

Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (como suplente del Director del Instituto Aragonés del Agua, en virtud de la Orden de 25 de octubre de 2013), se dirige con fecha 4 de noviembre de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«En ejercicio de las funciones que corresponden al Director del Instituto Aragonés del Agua en virtud del artículo 44 de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de ordenación y participación de la gestión del agua en Aragón, se remite la presente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, para que en el ejercicio de las funciones que le atribuye su Reglamento, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, y a instancia de este órgano directivo, se emita informe sobre la conformidad a derecho del modelo de restablecimiento del equilibrio económico contractual a adoptar para eventuales supuestos de ruptura del mismo, en los contratos de concesión de obra pública celebrados por el Instituto Aragonés del Agua.

1. ANTECEDENTES

El Gobierno de Aragón, por Acuerdo adoptado en fecha de 5 de junio de 2001, aprobó el Plan Aragonés de Saneamiento y Depuración (PASD). Este Acuerdo, y un extracto del Plan aprobado, fueron publicados por Orden de 1 de octubre de 2001, del Departamento de Medio Ambiente, en el BOA núm. 124, de 22 de octubre de 2001.

El citado Plan contiene una serie de actuaciones a desarrollar para dar cumplimiento a lo establecido en materia de tratamiento de aguas residuales por la normativa de la Unión Europea, la legislación básica del Estado y la propia de la Comunidad Autónoma, planteando el objetivo de depurar antes del 2005 las aguas residuales de todos los núcleos de más de 1.000 habitantes equivalentes.

Dado el desarrollo actual del PASD y las actuaciones iniciadas o asignadas a otras Administraciones, quedan unos ciento setenta núcleos de población de más de 1.000 habitantes equivalentes sobre los que hay que actuar en el plazo anteriormente indicado, bien construyendo depuradoras o ejecutando colectores de unión a depuradoras comunes con otros núcleos.

Para alcanzar este objetivo, el Gobierno de Aragón, por Acuerdo adoptado en fecha 23 de marzo de 2004, aprobó el Plan Especial de Depuración de Aguas Residuales de Aragón, en el que quedan incluidas todas las actuaciones de depuración de aguas residuales pendientes de ejecutar en núcleos de más de 1.000 habitantes equivalentes agrupadas en trece zonas.

El volumen de inversión que suponía el acometer las citadas obras en el periodo de tiempo a que obliga el PASD, planteó la conveniencia de contar con la colaboración del sector privado, mediante la figura del CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA, vigente en ese momento el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante, TRLCAP) con las previsiones introducidas en el mismo por Ley 13/2003, de 23 de mayo, siendo el objeto de los contratos la concesión de la obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de las aguas residuales de los municipios incluidos en cada zona.

Cada contrato tiene plazos distintos de ejecución, que en líneas generales oscilan entre 18 meses o 2 años para la redacción del proyecto y ejecución de la obra y 20 -22 años para la explotación del servicio.

Una vez construida cada estación depuradora de aguas residuales (en adelante EDAR), comienza la explotación de la misma en régimen de concesión durante el plazo previsto. Durante este periodo será obligación del concesionario mantener adecuadamente las instalaciones para garantizar el correcto funcionamiento de las mismas, y la consecución de los rendimientos de depuración esperados.

Cada EDAR ha sido dimensionada para depurar todos los vertidos procedentes de uno o varios núcleos de población, en función de sus habitantes equivalentes, incluyendo los procedentes de los polígonos industriales y residenciales existentes, y sus desarrollos futuros. Sin embargo, la situación de crisis económica y financiera global ha incidido en las citadas concesiones de obra pública, tanto en la fase de construcción, como en la de explotación. A modo de resumen, para dar una visión de conjunto de la multiplicidad de causas que han determinado la alteración sustancial de las circunstancias en que dichas obras fueron proyectadas, licitadas y ejecutadas, puede decirse que, directamente, la crisis económica supone una dificultad añadida para obtener financiación del sector privado para la ejecución de las obras; y que, indirectamente, se han visto truncadas las previsiones iniciales de desarrollo urbanístico, en función de las cuales fueron diseñadas y proyectadas. De manera que algunas depuradoras que se encuentran todavía en fase de construcción, concretamente varias incluidas en el Plan de Depuración de los Pirineos, resultan estar manifiestamente sobredimensionadas, y otras en fase de explotación, como la EDAR de Zuera-San Mateo, está depurando un caudal muy por debajo del diseño previsto y ejecutado, en parte debido a que el caudal procedente de los polígonos industriales no puede llegar a la EDAR al no haberse llegado a construir por parte del

Ayuntamiento las infraestructuras necesarias para conectarlos a la red de saneamiento, y a que las previsiones del planeamiento urbanístico del municipio no se han llegado a desarrollar.

En este caso, como en otros, el concesionario ha acometido la construcción de una EDAR que está dimensionada para tratar un volumen de aguas residuales notablemente superior al que le puede llegar de manera efectiva. Esta circunstancia no es imputable al concesionario, ya que redactó el proyecto conforme al proyecto básico que salió a licitación, pero tampoco se trataría de una circunstancia imputable a la Administración contratante, que diseñó las plantas tomando de referencia unos datos y previsiones objetivos, que luego se revelarían erróneos con el paso del tiempo.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Es en estos supuestos cuando se produce una ruptura del equilibrio económico de la concesión y se plantea la necesidad de adoptar medidas que lo restablezcan, sin que tal restablecimiento pueda suponer una traslación de riesgos a la Administración contratante.

En este sentido, dispone el Artículo 248 del TRLCAP

“Artículo 248. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1 e) y 233.1.d) de esta Ley.

2. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional dentro de los límites fijados en el artículo 236, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación”.

Dicho artículo matiza el principio de riesgo y ventura que rige el contrato de concesión de obra pública, en el sentido en el que, si bien el concesionario asume el riesgo de la construcción, conservación y explotación de la obra pública, dicho principio debe modularse cuando se alteran las condiciones que sirvieron para fijar el contrato.

Aunque la regla general está constituida por la asunción por parte del contratista del citado principio, sin embargo el TRLCAP y la propia jurisprudencia han establecido mecanismos dirigidos a mantener el "equilibrio económico del contrato" cuando se produzcan alteraciones al mismo por motivos no imputables al concesionario, con el objetivo de evitar que se produzca una sustancial alteración de las circunstancias existentes al tiempo de contratar, pudiendo llegar a reconocerse al contratista el derecho a ser compensado para alcanzar el citado equilibrio económico del contrato.

En este sentido, abundante jurisprudencia ha matizado el principio de riesgo y ventura, incidiendo especialmente en contratos de duración muy extensa, como son los contratos de concesión de obra pública. En un contrato de larga duración, -en los casos de los contratos gestionados por el Instituto Aragonés del Agua, más de 20 años,- por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error en el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio, por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo.

Así, si bien la asunción de riesgo y ventura en proporción sustancial por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación, lo cierto es que la asunción del principio de riesgo y ventura por parte de los contratistas de la Administración no está exenta de límites. Y por ello, según dicha jurisprudencia, en ningún caso sería admisible sostener que la doctrina del riesgo y ventura a cargo de contratista sea un criterio absoluto que imponga la inmutabilidad del contenido del contrato.

Tradicionalmente, el principio de riesgo y ventura del contrato se ha modulado en aquellos supuestos en los que actuaciones administrativas o circunstancias imprevistas hayan dado lugar a una alteración de las condiciones previstas en aquél.

Así, a título de ejemplo, no se entenderán incluidos dentro del alcance del riesgo y ventura del contratista aquellos supuestos en los que la Administración modifique total o parcialmente el objeto de la concesión por razones de interés general ("ius variandi"), ni cuándo como consecuencia de medidas administrativas de carácter general no dirigidas directamente a modificar el objeto del contrato, su cumplimiento resulte más oneroso para el concesionario (esto es, cuando acontezca algún supuesto que encaje en la construcción doctrinal y jurisprudencial del "factum principis"), ni tampoco aquellos supuestos de errores de cálculo en los que haya incurrido la Administración en la elaboración de la documentación contractual. En este último supuesto, estarían incluidos los contratos de concesión para la construcción de EDARS cuyo caudal de diseño inicialmente previsto ha resultado ser notoriamente superior al real.

En definitiva, no se podrán entender incluidos dentro del alcance del riesgo y ventura del contratista (y por lo tanto, en el caso de que se produjesen, la Administración tendría obligación de compensar a la Sociedad Concesionaria):

- *Los supuestos en los que el contrato de concesión o la documentación contractual prevean que el concesionario no tiene el deber jurídico de soportar determinadas situaciones.*
- *Aquellos supuestos en los que la Administración modifique total o parcialmente el contrato por razones de interés general (ius variandi).*
- *Cuando, como consecuencia de medidas administrativas de carácter general no dirigidas directamente a modificar el objeto del contrato, el cumplimiento de la concesión resulte más oneroso para el concesionario (factum principis).*
- *Por causas de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el artículo 144 del TRLCAP.*
- *En caso de surgir circunstancias económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente al contratista, dentro de una previsión razonable (riesgo imprevisible).*
- *En aquellos supuestos en los que los errores de la Administración a la hora de elaborar la documentación contractual hayan producido una mayor onerosidad para el contratista, siempre que se trate de errores puestos de manifiesto de manera sobrevenida como una discordancia entre la previsión, fundada en estudios adecuados, y la realidad que surge durante el desarrollo del contrato.*

A nuestro juicio, queda suficientemente acreditado que las concesionarias que se encuentran en la situación anteriormente descrita han sufrido un perjuicio efectivo que excede de su deber de asunción del riesgo y ventura, aunque no sea por causas de fuerza mayor, ni imputables a la Administración contratante, pero sí debidas a la actividad de otra Administración, que ha alterado los presupuestos que sirvieron de base a la licitación y adjudicación de la concesión (como es el caso de la previsión, por parte de la Administración contratante, de la puesta a disposición de medios necesarios para la ejecución de las prestaciones del contrato por parte de una tercera Administración, previsión o compromiso objetivamente previsto bien por el ordenamiento jurídico, bien como obligación asumida por Convenio o por cualquier otro título jurídico).

En otro orden de consideraciones, conviene resaltar que si bien el TRLCAP no señala nada al respecto de los posibles límites cuantitativos al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas, limitándose a prever que aquél deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, la Doctrina y la Jurisprudencia sí han establecido unas pautas al respecto, y señaladamente, en relación con aquellos supuestos de riesgos imprevisibles.

Particularmente, la Jurisprudencia ha delimitado más pormenorizadamente la cuantificación de lo que supone una alteración grave en el equilibrio económico del contrato. En tal sentido, sirvan como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo, de 6 mayo de 2008 (RJ 2008\2629), y 4 junio 2008 (RJ 2008\6035), las cuales, sin desconocer la dificultad para que este extremo pueda ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su

relevancia y significación en el contexto total de la contratación de que se trate, plantean este debate tendente a delimitar y apreciar un desequilibrio económico “suficientemente importante o significativo” alrededor del porcentaje del 2,50 por 100 del precio del contrato, sobre la base de determinados Dictámenes del Consejo de Estado, a la vista de lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 4º del Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964.

De este modo, en la elaboración de los expedientes de reequilibrio económico que procedan, el Instituto Aragonés del Agua, habrá que tener en cuenta el límite cuantitativo anteriormente mencionado, a los efectos de determinar si las concesionarias tienen o no el deber jurídico de soportar determinados perjuicios generados en la explotación de la EDAR, y si los mismos excederían precisamente del ordinario riesgo y ventura razonablemente asumible por cualquier contratista de la Administración.

3. MECANISMOS A ADOPTAR PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN ESTOS SUPUESTOS.

Respecto a la naturaleza de las medidas a adoptar para restablecer el reestablecimiento económico, tal y como recoge el apartado 3 del artículo 248 TRLCAP, puede llevarse a cabo mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan.

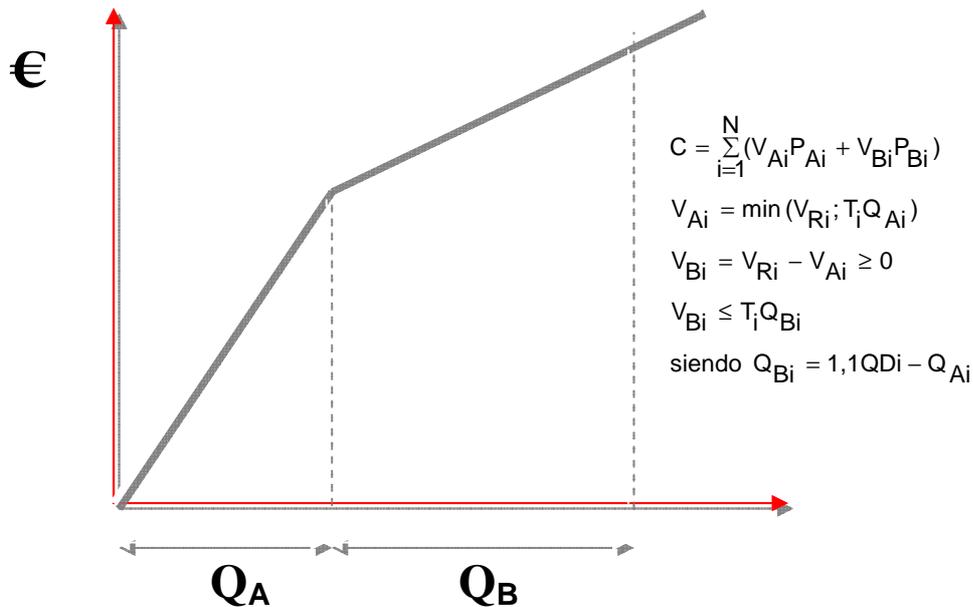
En algunos expedientes de reequilibrio ya resueltos por el Instituto en el pasado, se ha optado por el abono de una compensación económica de pago único. Esta opción se ha considerado más adecuada en los supuestos en los que la revisión de las tarifas es inviable por la imposibilidad de medir caudales pasados, y como medio de no diferir más la compensación al concesionario, en tanto se solucionaran las causas que alteraban el equilibrio económico del contrato. La cantidad así abonada tenía el carácter de pago a cuenta, para ser compensada con la medición de los caudales realmente vertidos mediante campañas puntuales de diferentes temporadas durante el año, una vez normalizada la situación original. Por otra parte, se planteó que asumir una revisión de las tarifas implicaba el riesgo de prolongar una situación que debía ser transitoria, de modo que una parte no despreciable de la actividad del concesionario se convertiría en un negocio únicamente potencial que no consistiría en la prestación efectiva de un servicio, con las consecuencias que ello podría implicar desde el punto de vista de la transmisión de riesgos.

No obstante, el retraso en la solución de las causas que han originado el desequilibrio, y la posibilidad real de que dichas situaciones se vayan a prolongar indefinidamente, llevan a replantearse la posibilidad de restablecer el mismo mediante una revisión al alza de las tarifas, sin alterar su estructura.

El sistema específico de retribución en los contratos concesionales del Plan Especial de Depuración y del Plan de Depuración de los Pirineos, se determina mediante una tarifa en dos tramos que es función del uso de la infraestructura. Se mantiene así el riesgo empresarial en la explotación de la obra pública característico de la concesión, ya que, aun cuando es la Administración la que retribuye al concesionario, los ingresos de éste último están vinculados a la demanda de uso de la obra pública.

El concesionario percibe unos ingresos en función del caudal de agua depurado que sale de la planta y con esos ingresos hace frente a la amortización y financiación de la obra y a los costes de explotación.

La formula que se utiliza tiene dos tramos y es la siguiente



C = retribución total a percibir por el concesionario durante el período de pago (euros)

N = número de instalaciones objeto del contrato, referida cada una por el subíndice i

V_{Ai}, V_{Bi} = volúmenes aplicables a los tramos A y B de la tarifa, para cada instalación (m^3)

P_{Ai}, P_{Bi} = precios de los tramos A y B de la tarifa, para cada instalación (euros/ m^3)

Q_{Ai} = caudal que define el límite entre los tramos A y B, para cada instalación ($m^3/día$)

V_{Ri} = volumen realmente tratado en el período de pago en cada instalación (m^3)

Q_{Di} = caudal medio de diseño de cada instalación, expresado en m^3/d .

T_i = tiempo de funcionamiento real de cada instalación en el período de pago (días)

Con este modelo se transfiere el riesgo de demanda al concesionario, de forma que si no depura (caudal cero) no se percibe retribución alguna.

El régimen económico de la concesión no determina tramos de soporte en los flujos de caja de la sociedad concesional que garanticen ingresos mínimos al concesionario. No operan tramos de fluctuación que acoten y distribuyan el riesgo de demanda entre las partes. Las tarifas de licitación fueron definidas sobre los caudales previsible en cada instalación y sobre los cuales se definieron dos tramos. Esta es una característica importante de estos contratos, puesto que las retribuciones al concesionario se estructuran en función de los caudales depurados y los ingresos de la sociedad concesional están estrechamente correlacionados con el rendimiento de la depuración de las aguas residuales y con la demanda de agua de abastecimiento.

La naturaleza del régimen económico de la concesión no se ve alterada por la modificación de tarifas que se propone, ya que se mantiene la misma estructura de la curva de ingresos.

4. INCIDENCIA EN LA TRANSMISION DE RIESGOS

Todas las consideraciones expuestas pretenden situar en su contexto del objeto de la presente consulta: si el restablecimiento del equilibrio económico de una concesión de construcción y explotación de obra pública, así configurado, supondría una alteración en el esquema de transmisión de riesgos contractual.

En la decisión de Eurostat (11/02/2004) sobre los requisitos de las asociaciones público privadas, aplicable a los contratos de concesión del Plan Especial de Depuración, se definen tres riesgos para este tipo de contratos: construcción, demanda y disponibilidad. Los riesgos de demanda y disponibilidad están asociados a la prestación del servicio en la concesión, es decir, a la necesidad real de la prestación del servicio, en función de los caudales que efectivamente se reciban, –que puede coincidir o no con las previsiones iniciales con base en las cuales fue proyectado y licitado- así como al funcionamiento de la depuradora e instalaciones auxiliares previstas en el proyecto durante la fase de explotación. En cuanto al riesgo de construcción, está asociado a los sobre costes, errores del proyecto, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas y externalidades negativas que afecten al diseño y ejecución de la propia infraestructura.

La estructura de asignación de los riesgos derivado del PCAP del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las actuaciones incluidas en las zonas 04 y 06 del Plan Especial de Depuración, tanto durante la fase de construcción como durante la fase de explotación, se resume en la siguiente matriz:

Esquema de asignación de riesgos en la concesión de obra pública

RIESGO	ASIGNACIÓN	
	Concesionario	Gobierno de Aragón
Fase de construcción		
1. Riesgo de aportación de terrenos.		✓

2. Riesgo financiación de la construcción	✓	
3. Riesgos técnicos en la ejecución de la construcción.	✓	
4. Riesgo de mediciones o errores de redacción de proyectos constructivos.	✓	
5. Riesgo de costes de construcción de la obra.	✓	
6. Riesgo medioambiental.	✓	
7. Retrasos e incumplimientos por concesionario.	✓	
8. Fuerza mayor.		✓
9. Modificaciones construcción por Administración interés público.		✓
10. Retrasos e incumplimientos por Administración		✓
Fase de explotación	Concesionario	Gobierno de Aragón
1. Riesgo de demanda.	✓	
2. Riesgo de disponibilidad.	✓	
3. Riesgos de sobrecostes de explotación.	✓	
4. Riesgos de sobrecostes de inversión de reposición.	✓	
5. Riesgos de incumplimientos de parámetros de vertido.	✓	
6. Riesgos de mantenimiento y conservación de obras ejecutadas.	✓	
7. Incumplimientos por concesionario.	✓	
9. Fuerza mayor.		✓
10. Modificaciones explotación por Administración interés público.		✓
11. Incumplimientos por Administración		✓

Para que la inversión en las infraestructuras no compute como activo de la Administración, con su contrapartida de deuda a favor del concesionario, se traspasa a éste necesariamente el riesgo de la construcción y se le traspasaron también el riesgo de la demanda y el riesgo de disponibilidad. Para ello, los pliegos de las concesiones del Plan Especial se configuraron para:

- *Trasladar el **riesgo de la demanda** al concesionario, eliminando todo pago mínimo garantizado y fijando una retribución en función al volumen*

de agua depurada, resultando cero para un volumen nulo (por ejemplo, en caso de paralización del servicio).

- Trasladar el **riesgo de disponibilidad**, definiendo un régimen de penalidades, de forma que se evite cualquier discrecionalidad de las mismas y se fijen unos importes y porcentajes que sancionen al concesionario de forma que se reduzcan sustancialmente sus ingresos en caso de infracción e incumplimiento de los estándares mínimos de desempeño.
- Trasladar el **riesgo de la construcción**, estableciendo como aspectos fundamentales que es el concesionario el que asuma el riesgo de un mayor coste en la inversión respecto de la presupuestada y que el concesionario no sea efectivamente retribuido hasta la correcta finalización de las obras y puesta en marcha.

A juicio de este Instituto, la aceptación del perjuicio y la compensación de éste, debido a las antedichas causas que lo generan, deja inalterada la transmisión del riesgo, puesto que no se modifica ni el régimen contractual ni la estructura del sistema de retribución al concesionario. Las nuevas tarifas no supondrían una disminución del riesgo de demanda porque no se modificará la estructura tarifaria que define un sistema de retribución en función del caudal depurado, ni el esquema de asignación de costes entre tramos que definen las tarifas. La transmisión del riesgo de construcción no se alteraría porque no se modifican las obligaciones contractuales del concesionario, que suponen que los retrasos en los plazos de entrega de las infraestructuras, incumplimiento de los estándares especificados, sobrecostes en la ejecución de la obra, deficiencias técnicas, o efectos externos negativos sean asumidos por el concesionario. La transmisión del riesgo de disponibilidad no se alteraría tampoco, porque no se modifican los estándares mínimos de desempeño o los esquemas de deducción o penalización de los pagos periódicos al concesionario.

Por tanto, entendemos que este mecanismo de compensación por los perjuicios ocasionados no altera el modelo de transmisión de riesgos, por cuanto la estructura contractual permanecería inalterada.

5. PETICIÓN DE INFORME A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN

Con base a antecedentes descritos y las soluciones propuestas, se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación sobre los siguientes extremos:

1º) Si el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de concesión de obra pública, a causa de una circunstancia o conjunto de circunstancias que se prevén transitorias en el tiempo, pero cuyo término no es posible concretar en el momento presente, mediante la modificación al alza de las tarifas de modo transitorio, y sin alterar su estructura, supondría una alteración del esquema de transmisión de riesgos al concesionario antes descrita.

2º) ¿Qué otros mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico, alternativos o adicionales, tales como abonar todo o parte de la compensación mediante pago único, pueden considerarse adecuados para evitar la traslación de riesgos a la Administración contratante?».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de noviembre de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURIDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

Nos encontramos ante una solicitud de informe compleja, con una gran extensión en el análisis de los antecedentes, y referida a determinados contratos específicos de concesión de obra pública, del Instituto Aragonés del Agua. En primer lugar es necesario indicar, como criterio general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

Por ello procede aclarar que la función consultiva y de asesoramiento de esta Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación atribuye a órganos específicos y determinados, en el ámbito de decisiones en fase de ejecución de los contratos. Sin embargo, de la consulta que plantea el Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, en sustitución del Director del Instituto Aragonés del Agua, resulta posible formular conclusiones de alcance general, que, en su

caso, corresponderá al órgano solicitante trasladar al concreto objeto de la consulta.

Del planteamiento expuesto, tal y como al final sugiere en el escrito de solicitud de Informe, son dos las cuestiones objeto de análisis:

1º) Elementos para determinar si el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de concesión de obra pública, a causa de una circunstancia o conjunto de circunstancias que se prevén transitorias en el tiempo, pero cuyo término no es posible concretar en el momento presente, mediante la modificación al alza de las tarifas de modo transitorio, y sin alterar su estructura, supone o no una alteración del esquema de transmisión de riesgos al concesionario.

2º) Posibles mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico, alternativos o adicionales, tales como abonar todo o parte de la compensación mediante pago único, adecuados para evitar la traslación de riesgos a la Administración contratante y mantener la equivalencia de lo pactado.

Por otro lado, el Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, en sustitución del Director del Instituto Aragonés del Agua, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.d) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Sobre el significado y función de la técnica del reequilibrio financiero de las concesiones.

El contrato de concesión de obra pública es aquel en que, siendo su objeto el de obras, el adjudicatario o contratista puede explotar la obra realizada y percibir así la retribución. Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; aunque este derecho de explotación puede también estar acompañado

de un precio (en la actualidad, artículo 7 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre en adelante TRLCSP).

El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación por el valor de la obra, sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas. El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.

De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario (habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo), que forman así elemento esencial del contrato celebrado, y que tiene especiales consecuencias desde la perspectiva de estabilidad presupuestaria, pues con esta arquitectura de traslación de riesgos se pretende en muchas ocasiones, conforme a las normas contables SEC 95 (Reglamento (CE) nº 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad), trasladar a estos contratos fuera del perímetro de endeudamiento y gasto público.

Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas —cobradas por el uso de la obra— sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio. Ciertamente es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo de la Administración. Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como «riesgo económico», son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos.

En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, tanto la Comisión como el TJUE consideran que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión, con las evidentes consecuencias jurídicas y presupuestarias.

En consecuencia, la concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, donde es un elemento clave la tasa de retorno de inversión prevista (TIR) y necesariamente pactada en el contrato, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, *«el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no*

resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002).

Pero estas condiciones iniciales no son en todo caso inmutables. Con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública regula, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Y es que como bien indicará el Conseil d'Etat francés *«Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión» (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 marzo 1910).*

Y así lo ha admitido nuestra jurisprudencia al afirmar que toda concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000, *«el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo».*

Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de concesión el aleas comercial tiene un doble alcance: hay un alea comercial ordinario que es el propio de toda explotación, y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un aleas garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo —máxime en casos de imprevisibilidad—, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado. No hay, en todo caso, una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que inaplica la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado.

La regla del equilibrio financiero del contrato de concesión se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el «reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles —utilizando la terminología del artículo 127.2.b del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales— incidan en la economía de la concesión. Obviamente, en estos reajustes no puede ser corregida en beneficio del concesionario la TIR pactada, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación.

La jurisprudencia es clara. Al respecto resulta conveniente recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 2004:

«La doctrina expuesta tiene perfecto encaje en nuestro Derecho positivo municipal, en el que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones

Locales de 17 de junio de 1955 [artículos 126.2.b), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3] acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo tanto del hecho del príncipe (apartado a), como de la teoría de la imprevisión (en el apartado b), destacando el artículo 129.4 la naturaleza de principio excepcional reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de enero de 1958, 24 de noviembre de 1962, 1 [RJ 1981, 1808] , 8 [RJ 1981, 1826] y 13 de abril, 22 de octubre y 23 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 5295], 5 de marzo, 14 de octubre de 1982 [RJ 1982, 1666], y 9 de octubre de 1987 [RJ 1987, 8326], entre otras).

También ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, así en sentencias de 6 de junio de 1975, 11 de julio de 1978, 23 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 5130), 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 1 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1352), 3 de enero de 1985 (RJ 1985, 2589), 11 de junio de 1986 (RJ 1986, 6768) y 22 de febrero de 1988, el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional, amparado en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2.a) y b), 128.3.2, 129.3 y 5 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956, 85)».

La técnica del reequilibrio financiero del contrato, que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite «ajustar» la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario. En consecuencia, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Y es así desde la lógica del principio de equidad y buena fe —STS de 27 de octubre de 2009 y STS de 17 de mayo de 2012—, porque cuando existen hechos imprevisibles que, aun con una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas.

Junto a la imprevisibilidad como causa de reequilibrio, también el principio de *factum principis*, que exige una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato, habilitara su aplicación. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia —STS de 29 de mayo de 2007— como la doctrina administrativa: por todos, Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta

Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «*Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos*». Si se acreditare por la Administración concedente que con posterioridad a la adjudicación del contrato se han tomado decisiones administrativas que han podido condicionar el régimen económico de la explotación —por ejemplo, nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica que disminuyen la afluencia de tráfico viario— nos encontraríamos ante un caso de *factum principis* que obligaría a un reajuste del contrato. En todo caso, convendrá determinar la existencia de los elementos propios: alteración indirecta de la prestación no debida a riesgo imprevisible; relación de causalidad entre medida y perjuicio; mayor onerosidad del contrato y carácter evaluable del mismo, y ausencia de culpa del contratista.

Obviamente, la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la Administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto la diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables de SEC 95, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un «reequilibrio financiero» no debido.

Del razonamiento general expuesto para la gestión de concesiones, puede concluirse con la idea que si existen elementos económicos que permitan justificar que se han alterado los parámetros económicos de la explotación —sobre los que de buena fe y sin abuso de derecho formularon sus proposiciones los distintos licitadores—, podría existir un desequilibrio

financiero con la oferta de la concesionaria que no sería imputable a una deficiente gestión de ésta (sobre este desequilibrio totalmente desproporcionado y que se produce desde el inicio de la explotación debería incluirse en el expediente un informe técnico que analizara las causas que lo producen) que altera el reparto de riesgos pactado.

Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, por existir un riesgo desmesurado (tal y como advirtiera el Consejo de Estado en su Dictamen de 14 de mayo de 1987), lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo, que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

Por último, conviene advertir, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto de la entidad contratante—, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante.

III. Aplicación de la técnica del equilibrio financiero: consecuencias jurídicas y financieras.

Las causas que justifican (más bien obligan) al reequilibrio económico de las concesiones deben ser las previstas en la legislación vigente al momento de

celebrar el contrato. Así, para el caso consultado, habría que estar a las previsiones contenidas en el artículo 248 TRLCAP.

Y para su aplicación «*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

Esto explica que la STS de 11 de mayo de 2011, dictada en relación con la pretensión de reequilibrio económico-financiero formulada por la sociedad concesionaria del contrato de concesión de obra pública (relativo a la autopista de peaje Madrid-Toledo, la «AP-41»), no haya admitido la pretensión de ésta, al considerar que la concesionaria, al presentar su oferta, podría haber conocido las previsibles circunstancias adversas derivadas de la crisis, por lo que no existe ruptura de la causa del contrato en el elemento de reparto de riesgos. Como ya se advirtiera en nuestro Informe 18/2012, de 19 de septiembre, no es posible, con carácter general, entender que la crisis económica constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico de la concesión a que se refiere el artículo 282.4 TRLCSP.

En todo caso, esta Junta entiende que hay que evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo previamente acordado acabe frustrando la realización de los intereses públicos perseguidos. Es necesaria una suerte de tensión, immanente a las concesiones, entre, por una parte, el principio de riesgo y ventura y, por otra parte, el principio de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión. Sin riesgo y ventura la concesión pierde uno de sus principales signos de identidad, de modo que no puede ignorarse. El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero debe aplicarse de forma prudente. Ahora bien, aplicación prudente no significa aplicación en forma restrictiva, como si este último principio viniera recogido en normas de carácter excepcional: existe un verdadero derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico financiero de su concesión, como derecho a atenuar los rigores del riesgo

concesional ante determinadas circunstancias y mediante determinadas técnicas que deben, eso sí, ser aplicadas con prudencia. Así, en la medida en que la actual situación de crisis económica impacte de forma desproporcionada, —por alterarse la realidad en que se fundamentaron las previsiones del objeto del contrato y sobre las que responsablemente formuló la proposición el licitador—, sí resultaría posible un reajuste de las condiciones financieras de la concesión, si el sistema de retribución que se diseñó ha variado más allá de lo previsible, lo que influye directamente e indebidamente en las tasas de retorno de la inversión (TIR) previstas y pactadas en los contratos, y sobre las que se hace descansar el principio de riesgo de explotación.

La nueva regulación de los contratos públicos operada en 2007 ha venido a limitar, al menos formalmente, tal posibilidad a los supuestos contemplados en el propio TRLCSP, lo que exige una consideración por esta Junta sobre sus consecuencias, en atención al objetivo de aclarar el marco normativo vigente desde una perspectiva o alcance general.

Así, el artículo 282.4 TRLCSP, para los contratos de gestión de servicios públicos, admite que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.
- b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.

Este carácter tasado de las causas de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos deriva de la regulación de otro tipo de contratos (cfr. artículo 258 TRLCSP), los de concesión de obras públicas, a cuyo régimen jurídico se pretenden asimilar.

Sin embargo, aunque el TRLCSP parece configurar la que aparece en el antecitado precepto como una lista tasada de supuestos en que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, no debemos olvidar que otras normas y principios generales del derecho que resultan de aplicación a esos mismos contratos pueden establecer también otras causas en las que procede el reequilibrio económico del contrato. De hecho, el propio Consejo de Estado advertía en su Dictamen sobre el anteproyecto que daría lugar posteriormente a la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que *«... no se considera del todo adecuado enunciar, con carácter tasado, los supuestos en que “exclusivamente” habrá de restablecerse el equilibrio económico-financiero, pues de ordinario son muy diversos los supuestos en que tal restablecimiento puede resultar procedente...»*.

En principio, fuera de esos supuestos en que el TRLCSP determina la obligación de restituir el equilibrio económico del contrato, parece que no pueden invocarse por ninguna de las partes desigualdad de las prestaciones y pretender la restauración del equilibrio. Incluso, en alguna ocasión, se señala expresamente desde el TRCSP la imposibilidad de proceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como sucede, en los contratos de concesión de obras públicas, cuando los rendimientos derivados de la zona complementaria de explotación comercial o industrial no superen el umbral mínimo de rentabilidad establecido en el Pliego, pues tal circunstancia no es causa suficiente para proceder al reequilibrio del contrato (cfr. artículo 131.1.c.4º in fine TRLCSP). Y el TRLCSP no contempla la restauración del equilibrio económico en los supuestos de riesgo imprevisible, lo que desplazaría la regulación contenida al respecto en el Reglamento de Servicios Locales de las Corporaciones Locales de 1955 (artículo 127.2.b), que sí la reconoce, y que podría resultar aplicable a las concesiones con carácter

general (lógicamente, ese «nuevo régimen jurídico del reequilibrio económico de los contratos» sólo sería aplicable a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP de 2007, y no alcanzaría a los adjudicados con anterioridad, cuyo régimen jurídico es el vigente en el momento de su adjudicación).

Esta Junta considera que no es posible una interpretación literal, pues eliminar del riesgo la imprevisibilidad es un elemento básico del equilibrio contractual. Es necesaria una interpretación teleológica y sistemática ex artículo 3 del Código Civil. Como ya se ha explicado, la jurisprudencia ha venido reconociendo la lógica del equilibrio del contrato, como elemento inherente al mismo, cuando elementos imprevisibles perturban el reparto de riesgos con un riesgo no previsto, ni previsible, que pone en serio peligro la economía del contrato en tanto existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Por lo tanto, puede afirmarse que el equilibrio económico financiero del contrato es un criterio rector en un contrato de gestión indirecta de servicio público, o de concesión de obra pública, de forma que los costos de inversión y gestión del servicio o de la obra puedan ser resarcidos con el margen de beneficio pactado mediante el cobro, entre otras posibles fuentes de ingresos, de las tarifas que abonarán los usuarios del servicio. Cuando el desequilibrio en la explotación de una concesión no es imputable al concesionario, y éste ha desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el costo de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, se debe reequilibrar el contrato con el fin de mantener, en estas nuevas condiciones imprevisibles, la TIR incorporada al contrato.

Para ajustar el reparto de riesgos en las condiciones pactadas, la Administración concedente no puede modificar en ningún caso el objeto del contrato. Las opciones posibles se encuentran contempladas en el artículo 131.1.4º TRLCSP, que contiene la siguiente previsión:

«Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente».

La primera opción lógica, máxime cuando la propia Administración admite que los condicionantes financieros sobre los que se fijó la previsión de demanda han sido incorrectos por circunstancias imprevisibles por las partes —como parece suceder con el caso de las EDAR consultado—, sería reajustar el sistema tarifario previsto en la concesión, lo que, si se mantiene la TIR, no supone una alteración del reparto de riesgos y la operación, desde el punto de vista de contabilidad, sería neutra (es decir, el contrato de concesión permanecería fuera del perímetro de endeudamiento). Otra opción posible sería una compensación económica para limitar el desequilibrio, si bien debe justificarse adecuadamente para que no tenga la consideración de ayuda estatal.

Como se ha anticipado, y recoge el TRLCSP, no es posible una modificación del objeto de la concesión para proceder a su reequilibrio. Y ello en aplicación de la conocida doctrina del TJUE sobre modificación contractual en su Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*), donde el Tribunal de Justicia, aborda en profundidad los límites y requisitos de la modificación de un contrato público al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

“El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular

los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.”

.....

“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.

Por ello, la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (con la excepción del artículo 107 TRLCSP). Y, en consecuencia, el reequilibrio de la concesión no puede articularse a través de la modificación del objeto de la misma. Cuestión distinta es que una modificación prevista en el pliego pueda —como indica el TRLCSP— dar lugar a un equilibrio financiero del contrato (282.4 a) TRLCSP), pero, insistimos, no es posible a la inversa.

En conclusión, ese reequilibrio económico, en todo caso, podría consistir en una indemnización económica con modificación de tarifas, o cualquier otra medida económica que respete la arquitectura del sistema de retribución pactado. Lo que resulta claro, es que no parece posible una ampliación del plazo ni una prórroga, en cuanto el régimen propio de éstas impide su utilización con este fin, ya que podría dar lugar a «*ampliaciones que benefician más allá de lo debido*» al concesionario, quebrando las reglas de transparencia y concurrencia, alterando igualmente el valor estimado del contrato.

Solo hay una excepción a la posibilidad de ampliación del plazo, ya que con carácter legal se admite que en los casos de fuerza mayor, o en los que como consecuencia de decisión directa de la Administración concedente se altere el equilibrio del contrato, quepa una «prórroga», sin que pueda superarse el diez por ciento del plazo de la concesión inicial (282.5 TRLCSP), en el contrato de gestión de servicios públicos, y sin que pueda superarse el quince por ciento

del plazo de la concesión de obra pública (258.3 TRLCSP). En consecuencia, la prórroga estricta del contrato de gestión de servicios públicos, o del de concesión de obra pública, más allá de los límites legales, no es posible sin un procedimiento licitatorio.

De lo expuesto se deduce claramente que los entes contratantes pueden —y deben— aplicar la técnica del equilibrio financiero del contrato cuando el sistema de remuneración del contratista, produce un desequilibrio que no debe soportar una de las partes contratantes. Entre los supuestos de ajuste, amén de aplicar las exigencias de la normativa al contexto concreto del beneficio industrial, debe tenerse en cuenta también la situación económica general —de marcado carácter objetivo— que obliga a revisar dicha retribución, para que se contextualice de forma armónica con la nueva situación financiera del ente contratante (y de la ciudadanía). Y es que la retribución, como hemos defendido, no puede analizarse como una cuestión estática, sino que debe valorarse conforme al principio de eficiencia y de adecuada estabilidad presupuestaria.

III. CONCLUSIONES

I. El equilibrio económico financiero del contrato es un criterio rector en un contrato de gestión indirecta de servicio público o de concesión de obra pública, de forma que los costos de inversión y gestión del servicio, o de la obra, puedan ser resarcidos con el margen de beneficio pactado mediante el cobro, entre otras posibles fuentes de ingresos, de las tarifas que abonarán los usuarios del servicio.

Cuando el desequilibrio en la explotación de una concesión no es imputable al concesionario —no se cumplen las expectativas de flujo de demanda que condicionan el modelo y que son causa del mismo—, y éste ha desarrollado

una buena y ordenada administración, para amortizar el costo de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, se debe reequilibrar el contrato con el fin de mantener, en estas nuevas condiciones imprevisibles, la TIR incorporada al contrato.

II. El reequilibrio financiero de una concesión consecuencia de un riesgo anormal y, por tanto, no inherente al contrato de concesión, se fundamenta en todo caso, en la necesaria equivalencia de las prestaciones recíprocas incorporadas a la concesión, que podría consistir en una indemnización económica con modificación de tarifas, o cualquier otra medida económica.

III. El reajuste del sistema tarifario previsto en la concesión en los casos de reequilibrio de la concesión, si se mantiene la tasa de retorno de la inversión que fue causa del contrato, no supone una alteración del reparto de riesgos y la operación, desde el punto de vista de contabilidad en aplicación de las normas SEC 95, sería neutra (es decir, el contrato de concesión permanecería fuera del perímetro de endeudamiento).

IV. No es posible para reequilibrar la concesión una ampliación del plazo, ni una prórroga, en cuanto el régimen propio de éstas impide su utilización con este fin, ya que podría dar lugar a «*ampliaciones que benefician más allá de lo debido*» al concesionario, quebrando las reglas de transparencia y concurrencia, alterando igualmente el valor estimado del contrato.

V. Por último, insistir en que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, en los términos contenidos en el cuerpo de este informe.

Informe 24/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de noviembre de 2013.

