

Informe 4/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Calificación de un contrato de recogida de residuos domésticos. Elementos distintivos legales, doctrinales y jurisprudenciales entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicio público. Carácter cofinanciado del contrato y modificaciones previstas.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la Comarca de Valdejalón se dirige con fecha 19 de diciembre de 2013 a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«Esta Comarca tiene previsto contratar el servicio de recogida de residuos domésticos a prestar en todos los municipios que la integran, una vez que los Ayuntamientos hayan acordado delegarle el ejercicio de la competencia para ello.

La delegación afectaría exclusivamente al ejercicio de la competencia en materia de contratación y correspondiente prestación del servicio derivada de aquél, pues tanto la reglamentación del servicio en su municipio, incluso número de contenedores y frecuencia de recogida, como la dotación de contenedores para recogida no selectiva y la imposición, ordenación, gestión y recaudación tributaria, quedarían en manos municipales.

En el contrato, los Ayuntamientos ceden a la Comarca el uso de los contenedores para la recogida no selectiva.

La Comarca solo aporta al contrato los contenedores para la recogida selectiva de envases y una cabeza tractora.

El Consorcio para la Gestión de RSU de la Agrupación nº 5 de Calatayud, al que pertenece esta Comarca, pondrá a disposición del servicio una Estación de Transferencia de Residuos.

La financiación del contrato sería del 100% a cargo de las aportaciones mensuales de los Ayuntamientos objeto del servicio, determinadas según los criterios de reparto aprobados por el Consejo, de conformidad a la normativa

comarcal, y a salvo de la decisión que se tome en cuanto a la recogida selectiva, cuyas alternativas se plantean a continuación.

A la hora de determinar el precio del contrato se plantean dos posibilidades:

- a) Que la Comarca obtenga el importe obtenido por la venta de la recogida selectiva y lo destine a financiar la parte del precio del contrato, correspondiente a la prestación de esa parte del servicio contratado, de forma que los Ayuntamientos no deban aportar cantidad alguna por este concepto. ¿Convertiría esta fórmula el contrato en “cofinanciado” también por la Comarca, en los términos del artículo 105.9 TRLCSP?*
- b) Que efectuados los cálculos pertinentes, se considere como retribución del contratista y como tal lo perciba directamente, y se aplique como minoración del precio de la licitación. Surge en este punto la pregunta de si ese cálculo ha de adecuarse a lo largo de la vida del contrato, o puede quedar inalterado desde el inicial.*

En cuanto al precio del contrato, sería un precio cierto a pagar mensualmente por la Comarca al contratista, sujeto a posibles modificaciones previstas en el Pliego por:

-Incremento/disminución de frecuencias y número de contenedores.

-Se plantea la duda de si puede ser incluida como modificación contractual la previsión de que un municipio cause “baja” en el contrato por desaparición, impago de aportaciones, incluso por la posibilidad de revocación de la delegación otorgada etc...En este caso ¿perviviría el contrato si se había previsto modificación en este sentido? ¿Qué parte del precio debería seguir pagándose al contratista a pesar de la “baja” del municipio?

En el supuesto de que algún municipio no realizase el pago de las aportaciones correspondientes por la prestación del servicio y la Comarca determinase el cese en dicha prestación. ¿Cómo afectaría al contrato dicho cese aún cuando hubiese previsión de minoración de municipios? ¿Esta previsión supondría trasladar el riesgo al contratista de forma que pudiese calificar el contrato como gestión de servicios públicos?

Esta Comarca es consciente de que a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, pero del supuesto concreto planteado entendemos que pueden extraerse consideraciones y conclusiones de carácter general en materia de contratación pública, que permitirían el pronunciamiento de ese órgano consultivo.

A modo de recapitulación, las cuestiones generales que se plantean son las siguientes:

- 1. Calificación adecuada del contrato a la vista de las consideraciones sobre su financiación y posibles modificaciones previstas. La previsión de modificaciones que supusieran la “baja” de municipios del contrato ¿implicaría la transferencia de riesgos al contratista y la necesidad de*

- licitarlo como contrato de gestión de servicios públicos y no como contrato de servicios?*
2. *Si la Comarca destina al contrato el producto de la venta de la recogida selectiva ¿se convierte en cofinanciadora del mismo? ¿Es compatible la figura con la delegación de competencias a su favor por parte de los Ayuntamientos?*
 3. *¿Sería posible prever en los documentos de la licitación las modificaciones apuntadas en esta solicitud?*
 4. *La “baja” del contrato de algún municipio o municipios por los motivos expuestos (supresión, impago, revocación de la delegación etc.) ¿implicaría necesariamente la resolución del contrato? ¿Qué parte del precio debería seguir pagándose al contratista a pesar de la “baja” del municipio?*
 5. *¿Pueden los Ayuntamientos delegantes revocar la delegación en supuestos distintos a los recogidos en el artículo 27.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. ¿Afectaría dicha revocación al objeto del contrato, es decir, deberían seguir recibiendo el servicio a través de dicho contrato?»*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 22 de enero de 2014, 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 referida, entre otros extremos, a la calificación de un determinado contrato de recogida de residuos a licitar por la Comarca que requiere el informe. Contrato que ésta va a licitar por delegación de los Ayuntamientos integrantes de la misma, que asumen su financiación. 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.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se plantea, para que esta Junta se pronuncie acerca de las cuestiones genéricas que se deducen de la solicitud de informe. Se adelanta que estas cuestiones genéricas susceptibles de pronunciamiento por esta Junta no alcanzan a todas las incluidas en la solicitud de informe, puesto que algunas de ellas plantean cuestiones del régimen local de delegación de competencias, o de las consecuencias de la desaparición de un municipio, que exceden del ámbito de competencia propio de esta Junta; y otras se refieren a propuestas de cláusulas para un expediente concreto.

De modo que a la vista de la solicitud de informe planteada, y del alcance de sus competencias, esta Junta extrae tres cuestiones genéricas susceptibles de obtener pronunciamiento por la misma: la relativa a la adecuada calificación de un contrato con un objeto determinado, el de la recogida de residuos; su carácter cofinanciado; y la posibilidad de introducir en el contrato la previsión de una determinada modificación.

Para responder a la primera cuestión es necesario un análisis previo de los elementos legales distintivos entre las categorías del contrato de servicios y el contrato de gestión de servicio público, delimitados además tanto doctrinal como jurisprudencialmente; para después aplicarlos a los elementos que se indican en el informe sobre la propuesta de contratación (contraprestación del contrato, financiación del mismo, transmisión o no del riesgo al contratista mediante la previsión de una serie de posibles modificaciones a la baja del objeto del contrato etc.).

Por otro lado, el Presidente de la Comarca de Valdejalón es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Elementos distintivos entre las categorías de los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicio público.

La distinción entre estas dos categorías contractuales ha sido una de las cuestiones sobre las que ha tenido una mayor repercusión la normativa y la jurisprudencia europea, así como la transposición de la misma a nuestra normativa con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (hoy el actual Texto Refundido de la ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP). Así se puso de manifiesto por esta Junta en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, a cuyas consideraciones nos remitimos íntegramente. Y ello porque se ha producido una ampliación del ámbito objetivo del contrato de servicios del actual artículo 10 TRLCSP, de modo que hoy ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además se elimina un elemento determinante, que era el relativo a que se tratara de un servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración. Por ello, hasta la regulación de la LCSP se defendía que la diferencia entre ambos contratos era el destinatario de la prestación.

Pero con la desaparición de ese elemento diferenciador, en ambas modalidades contractuales el objeto es la prestación de un servicio, de manera que no se puede atender únicamente a él para establecer la separación entre ambos contratos. Para solventar esta concurrencia en cuanto al ámbito objetivo, la doctrina, y sobre todo la jurisprudencia comunitaria, han venido a configurar los elementos que convierten ese servicio en un contrato de gestión de servicio público.

En primer lugar es necesario que el objeto del contrato pueda ser calificado como un servicio público. Pero una vez ante un servicio público, cuando éste no se presta directamente por la Administración competente sino por un tercero, de conformidad con la configuración del objeto y de la contraprestación al contratista, estaremos ante un contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, o bien ante un simple contrato de servicios. Así, el

elemento esencial que permite distinguir ambas modalidades es la transmisión al concesionario del denominado «riesgo de explotación», elemento que no concurre en el contrato de servicios. Este riesgo de explotación se proyecta sobre los dos elementos citados anteriormente:

-Sobre el objeto del contrato, que debe estar constituido por la gestión de la totalidad del servicio público, lo que significa que el concesionario tiene la potestad de organización y planificación del servicio. Este elemento ha sido puesto de relevancia recientemente en la doctrina, en el sentido de que el contrato de gestión debe tener por objeto social un servicio íntegro, o al menos, susceptible de utilización autónoma. Una diferencia entre el contrato de gestión de servicios y el de servicios radica en que el primero ha de contemplar una unidad funcional susceptible de ser explotada, mientras que el de servicios consistirá en la cobertura de una prestación accesoria de ese servicio.

-Sobre la contraprestación del contrato, que debe consistir en el derecho de explotación del servicio, con independencia de que la misma la reciba el concesionario directamente del usuario o de la Administración competente. El concesionario asume el riesgo de la explotación de tal servicio, es decir, tanto sus pérdidas como sus ganancias, de modo que su contraprestación es variable y está sujeta a cuestiones ajenas a su voluntad, como puede ser el nivel de uso de los usuarios. Este criterio ha tenido su reflejo en la regulación actual, cuando dispone el artículo 281.1 TRLCSP:

«El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se perciba directamente de los usuarios o de la propia Administración».

El análisis del significado y alcance de este riesgo de explotación del servicio, a la vista de la jurisprudencia comunitaria y de los múltiples pronunciamientos doctrinales, ha sido ya objeto de exposición precisa y extensa por esta Junta en

su Informe 2/2014, de 22 de enero, a cuyas consideraciones nos remitimos íntegramente. Dicho informe versa sobre la adecuada calificación de servicios sanitarios y sociales, que tradicionalmente se han venido calificando como de gestión de servicio público únicamente en razón de su objeto, sin atención a la concurrencia de este elemento del riesgo de explotación.

Entre las citas doctrinales y otros pronunciamientos consultivos que se incluyen en el mencionado Informe, hay que destacar el llevado a cabo por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 12/2010, de 23 de julio. En este informe se analiza el sentido de este elemento del «riesgo de la explotación», diferenciándolo del principio de riesgo y ventura del contratista, que es propio de toda modalidad de contrato público. Así, en dicho informe, la Junta señala que, cuando se habla de «riesgo de explotación», nos estamos refiriendo a la encomienda al concesionario de la potestad de organización y planificación en la gestión del servicio conforme a su concepción de empresa; así como a que, con independencia de quien le abone el servicio (esto es, usuario o Administración), dicha contraprestación esté sujeta a la variabilidad de circunstancias ajenas a su voluntad, o a su capacidad de peor o mejor gestión, como pueden ser la vinculación de la contraprestación al uso del servicio.

En el Informe, la Junta Consultiva del Estado enumera algunos de los elementos que pueden considerarse indicios de la asunción del riesgo de explotación por el concesionario. Entre ellos están la potestad de organización y gestión del servicio, y en todo caso la vinculación de la contraprestación a elementos variables sometidos a las condiciones de mercado desvinculadas de su voluntad, como son el nivel de uso del servicio. Es decir, sólo si existe una verdadera incertidumbre sobre la rentabilidad de la prestación del servicio estamos ante una gestión de servicio público. Pero en otro caso se tratará solamente de un contrato de servicios, servicio que se diseña y organiza por la Administración, pero para cuyo cumplimiento es necesario una serie de prestaciones accesorias que se atribuyen a través de un contrato y cuya

contraprestación viene constituida por un precio cierto y conocido con independencia del nivel de uso, precio que integra todos los costes y riesgos del servicio con independencia del nivel de uso del mismo.

Por último, otro de los indicios que la doctrina ha apuntado como revelador de la concurrencia de esa incertidumbre en la contraprestación del concesionario, es la incorporación a su objeto de obligaciones de inversión previas a la explotación del servicio. Que la asunción por parte del contratista de inversiones relevantes, ya sean en ejecución de obras o para la adquisición de bienes de equipo, que la Administración no abona, sino que el concesionario se resarce de las mismas y de su financiación mediante la retribución de la explotación, implica una clara asunción del riesgo por parte del concesionario, se pone en evidencia en el informe de la Junta estatal 65/08, de 31 de marzo de 2009, relativo a un contrato de mantenimiento de zonas verdes en un municipio:

«Pues bien, el análisis de las características del contrato analizado nos lleva a la conclusión de que, cualquiera que sea la configuración dada por el órgano de contratación, evidentemente en él no hay asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, pues ni se exigen inversiones al contratista ni asume la gestión del servicio como propia, ni se hace depender la retribución de la intensidad de uso del contrato, limitándose el pliego a fijarlo en el abono de una cantidad fija por metro cuadrado objeto de conservación».

III. La adecuada calificación contractual del servicio de recogida de residuos.

La solicitud de informe plantea la duda sobre la calificación como contrato de servicios o de gestión de servicio público de un contrato de recogida de residuos domésticos que va a licitar la Comarca por delegación de los municipios integrantes de la misma. A la vista de lo expuesto en el apartado anterior, es preciso analizar para ello no sólo el objeto del contrato, sino la configuración del mismo en el conjunto de la gestión integral del servicio

público; y, sobre todo, la contraprestación del contratista, a efectos de determinar si se da en este contrato, o no, riesgo de explotación del contratista para que éste sea un contrato de concesión o un contrato de servicios.

En primer lugar no cabe duda de la naturaleza de servicio público de la actividad de gestión de residuos. El servicio de recogida de residuos se configura como servicio público de competencia municipal obligatoria en los artículos 25.2.d) y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRBRL), en redacción dada a los mismos por la reciente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Igualmente se configura como tal en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Es en esta calificación donde nos tenemos que fijar en primer lugar, ya que lo que se califica como servicio público es el servicio de recogida y tratamientos de residuos, esto es, con carácter general la totalidad de la gestión de este servicio. Y en base a tal calificación han sido tradicionalmente calificados estos servicios como contratos de gestión de servicios públicos. Así a los Tribunales administrativos de contratos (por todos, Acuerdo del TACPA 42/2012) han llegado así calificados contratos de gestión de residuos que incluían la recogida de residuos, pero con un objeto mucho más amplio que incluía todo el tratamiento de los residuos, y que además disponían un gran nivel de inversiones a costa del concesionario. Estos gastos son precisamente los que la jurisprudencia ha calificado como gastos de primer establecimiento, cuya cuantía por encima del umbral legal es la que da acceso a estos contratos al enjuiciamiento en los tribunales administrativos.

Sin embargo, en el presente supuesto parece que el objeto contractual es únicamente la recogida de residuos, es decir, su transporte. Se incluyen en la solicitud datos como que son los propios Ayuntamientos los que aportan los contenedores, y también la Comarca en cuanto a la recogida selectiva, incluso una estación de transferencia de residuos. Además, la organización del servicio

parece reservarse de manera casi completa a los Ayuntamientos. En este sentido, esta delimitación del objeto del contrato no parece incluir una unidad funcional de la gestión del servicio.

Por ello, en cuanto al objeto, parece que nos encontramos ante una prestación accesoria que es subsumible en la categoría 16 del Anexo II TRLCSP. Sin embargo, la inclusión en dicha categoría no puede ser el elemento determinante, por sí solo, para la calificación como contrato de servicios, sino que puede ser también objeto de un contrato de gestión de servicio público, como se plantea en la solicitud de informe; pero ello siempre que concurra el elemento de transmisión del riesgo de explotación al concesionario. Este criterio ha sido el que ha dado lugar a que el TJUE haya calificado en ocasiones este objeto contractual como contrato de servicios. Entre otras, hay que citar la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, BFI Holding BV) que califica como contrato de servicios un contrato de recogida de basuras domésticas, atendiendo al hecho de que la retribución consiste en el precio y no en el derecho de explotación del servicio. Posteriormente, la Sentencia de 18 de julio de 2007 (asunto C-382 Comisión/República italiana) califica como contrato de servicios la utilización de la fracción residual de residuos urbanos, en virtud de la modalidad de retribución prevista en que no hay riesgo de explotación.

Este objeto contractual ha sido también objeto de análisis por diversos órganos consultivos, que lo han calificado como contrato de servicios en atención a la no concurrencia del elemento del riesgo de explotación del contratista. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 22/2009, de 25 de septiembre, afirma con rotundidad que el requisito esencial exigido para que pueda hablarse de concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura. Y continua: *«Esta expresión solo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. En*

ningún momento se exige que la retribución a percibir por el concesionario debe proceder directamente de los usuarios, sino que su cuantía esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario».

Igualmente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en Informe 11/2010, de 26 de noviembre, califica un contrato de recogida de residuos sólidos urbanos en virtud de la ausencia en el mismo de riesgo de explotación del contratista.

Queremos reseñar este mismo criterio mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia, en su Informe 1/2010, de 26 de octubre, ante la consulta planteada por un Ayuntamiento que pretende iniciar procedimiento licitatorio para la contratación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, cuando concluye la inexistencia de concesión de servicios públicos. En este caso se preveía que la retribución la percibiera el contratista del Ayuntamiento y no de los usuarios, siendo el mismo Ayuntamiento el que aportaba los medios personales y materiales para la prestación del servicio y la revisión de la retribución a percibir se iba a establecer en función del aumento del número de usuarios. Este informe, insistiendo en la existencia o no del riesgo en la explotación, establece en sus conclusiones:

“(..) cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y, aunque proviniera de terceros, no procede de la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista, sino de la prestación del servicio a cambio de un precio cierto; precio que incorpora todos los riesgos previstos y previsibles y revisable en función del número de usuarios, la figura del contratista, lejos de asimilarse al concesionario, se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18 y la propia LCSP se denomina prestador de servicios. La inexistencia por tanto de riesgo, aunque fuera al principio limitado por la propia configuración jurídica pública del servicio, lleva por sí sola a la conclusión de que estamos ante contratos de servicios. (..)”

Esta Junta comparte los criterios mantenidos por estos pronunciamientos, y a la vista de los mismos entiende que en el supuesto planteado no concurre el elemento fundamental de riesgo de explotación de una concesión de servicios.

Además, otro elemento decisivo es la contraprestación del contratista, que consiste en un precio cierto anual a pagar por la Comarca a través de las aportaciones correspondientes de los municipios, y ello con independencia del mayor o menor uso del servicio por los usuarios finales. Se establece un precio cierto que se abonará mensualmente al contratista y se prevén en el pliego los efectos que tendrán el incremento o disminución de frecuencias o número de contenedores, lo que excluye totalmente el riesgo de explotación, pues garantiza al contratista los ingresos necesarios para cubrir los costes del servicio. Lógicamente el pliego contemplará los efectos de la minoración sobre la retribución del contrato, por lo que el contratista puede contemplar esta cuestión al realizar su oferta y no asume más riesgo que los vinculados a un error de apreciación al realizar la misma, como en cualquier contrato

Es decir, no parece que exista una configuración de la contraprestación del servicio que la vincule a algún elemento de incertidumbre, como sería el nivel de uso del servicio, por ejemplo la vinculación del precio a la tonelada de residuos recogida.

Tampoco la previsión en los pliegos de que el producto obtenido por la venta de la recogida selectiva se considere como retribución al contratista, y se aplique como minoración del precio de licitación, supone la asunción de riesgo de explotación, pues queda garantizado en todo caso que el contratista va a percibir el precio pactado por el servicio, sea por una u otra vía.

IV. Carácter cofinanciado del contrato. Posibilidad de prever como modificación del contrato la «baja» de alguno de los municipios que participan en su financiación.

La licitación que se plantea en la consulta tiene el carácter de contrato cofinanciado, en los términos previstos en el artículo 109.5 TRLCSP, que determina:

«Si la financiación del contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de una misma Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquél la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad».

En estos casos, el artículo 316.5 TRLCSP —que puede aplicarse en general a Administraciones y entes públicos «cofinanciadores», aunque no sean, como este caso, departamentos ministeriales sino entidades locales— dispone:

«Excepcionalmente, cuando el contrato resulte de interés para varios departamentos ministeriales y, por razones de economía y eficacia, la tramitación del expediente deba efectuarse por un único órgano de contratación, los demás departamentos interesados podrán contribuir a su financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente y con respeto a la normativa presupuestaria, en la forma que se determine en convenios o protocolos de actuación».

Por su parte, el artículo 8 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aun vigente, señala que:

«La concurrencia a la financiación de distintos Departamentos ministeriales a que se refiere el artículo 12.5 de la Ley se llevará a cabo poniendo a disposición del órgano de contratación por parte de los Departamentos que participen en dicha financiación la documentación acreditativa de los correspondientes expedientes, de conformidad con los criterios y repartos acordados en los oportunos convenios o protocolos de actuación».

Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus Informes de 4 de abril de 1989 y de 20 de marzo de 1997, concluía con argumentaciones totalmente trasladables al actual marco normativo en la

materia, que *«la cofinanciación de contratos no es un instrumento que se produzca en el mismo momento de la celebración del contrato, sino que derivará de convenios, normas o disposiciones administrativas, los cuales deben jugar un papel importante, al margen o con independencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para determinar la plena disponibilidad y garantía de las aportaciones de las distintas Administraciones y Entes Públicos que deben cofinanciar el respectivo contrato»*.

La licitación, por la Comarca, del contrato cofinanciado requerirá —al margen de la delegación de competencias que se plantea, y sobre la que esta Junta no debe pronunciarse— de la formalización de un Convenio o protocolo de actuación. Será en ese documento en el que se recogerán aspectos tan específicos como los planteados sobre la posible participación por la Comarca en la cofinanciación, mediante la aportación de los contenedores para la recogida selectiva de envases y de una cabeza tractora, que, de producirse no «convertirá» en cofinanciado un contrato, que ya lo es desde el origen.

En el marco del contrato cofinanciado entre los municipios, o entre éstos y la Comarca si así se decide, se plantea la cuestión de si es posible incluir como un supuesto de modificación «prevista», en los términos recogidos en el artículo 106 TRLCSP, *«la previsión de que un municipio cause “baja” en el contrato por desaparición, impago de aportaciones, incluso por la posibilidad de revocación de la delegación otorgada etc.»*, así como las consecuencias que para la pervivencia del contrato tendría su producción.

Son numerosos los informes que sobre el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos públicos ha emitido esta Junta Consultiva y en todos ellos ha venido recordando, de manera constante, que el actual régimen debe ser interpretado desde la lógica del derecho comunitario, por todos, el reciente Informe 1/2014, de 22 de enero.

Desde esta lógica, y a la vista de la regulación contenida en el artículo 106 TRLCSP, podría preverse como causa de modificación del contrato la señalada

de «*Incremento/disminución de frecuencias y número de contenedores*», a la vista de la concurrencia de circunstancias verificables de forma objetiva previstas en el Pliego, con indicación del porcentaje del precio al que como máximo podrán afectar y al procedimiento a seguir para la modificación.

Mayores problemas plantea, a juicio de esta Junta, la previsión de una modificación asociada a la «baja» de uno, o varios, de los municipios cofinanciadores. Dentro de este concepto se incluyen posibilidades muy diversas, tales como «*la desaparición, impago de aportaciones, incluso por la posibilidad de revocación de la delegación otorgada*». La «baja» voluntaria de un municipio del contrato, o el incumplimiento de sus obligaciones de pago, no pueden considerarse supuestos a incluir como causas de modificación previstas, pues en un caso se quebraría uno de los presupuestos básicos para la existencia y pervivencia de un contrato (su adecuada financiación) y en el otro nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación legal de pago (artículo 216 TRLCSP) con las consecuencias previstas en la norma (suspensión o resolución del contrato con el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al contratista). Será en el Convenio o protocolo de actuación, y en los Pliegos de la licitación, donde se podrán prever los supuestos y consecuencias jurídicas que se consideren convenientes para garantizar la correcta ejecución del contrato y su continuidad.

III. CONCLUSIONES.

I. La calificación de un contrato de recogida de residuos como contrato de servicios o como contrato de gestión de servicio público, no es algo inherente a su objeto, sino que dependerá de cómo se configure el mismo en los pliegos, en particular en relación a la asunción del denominado «riesgo de explotación», en los términos recogidos en el cuerpo de este informe.

II. La previsión en los pliegos de la revisión de la remuneración al contratista si se modifica la frecuencia del servicio, la inclusión de causas de modificación del contrato que minoren las prestaciones contempladas en el mismo y sus efectos, o la posibilidad de que parte de la retribución se realice mediante la venta directa por el contratista de los residuos sin que esto afecte al importe total del contrato, son elementos que no suponen la asunción por el contratista del «riesgo de explotación», y por tanto no permiten calificar un contrato como de gestión de servicio público.

III. En los contratos cofinanciados ex artículo 109.5 TRLCSP, es el Convenio o protocolo a suscribir entre las Administraciones o Entes Públicos intervinientes en donde deben establecerse todos los términos de la cofinanciación.

IV. Las modificaciones previstas en un contrato deben cumplir todos los requisitos del TRLCSP, interpretados desde la lógica del derecho comunitario, y en ningún caso alterar requisitos de validez, como puede ser el de la suficiencia de su financiación.

Informe 4/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 22 de enero de 2014.