



## **Informe 5/2022, de 28 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya (Comissió Permanent)**

**Assumpte: Alteració de l'equilibri economicofinancer d'un contracte de gestió de serveis públics en la modalitat de concessió i obligació de la concessionària d'aportar una comptabilitat separada per a la concessió objecte del contracte**

### **ANTECEDENTS**

I. Des de l'Ajuntament de Santpedor s'ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública sobre l'efecte que hagin de tenir determinades circumstàncies en l'equilibri economicofinancer d'un contracte de gestió de servei públic, en modalitat de concessió, que inclou l'execució d'obra –en concret, té per objecte la gestió del servei d'una residència i centre de dia amb construcció d'obra– en què hi ha hagut aportació econòmica de l'Administració, així com sobre l'obligació de la concessionària d'aportar els estats financers auditats de la concessió des de l'inici del servei.

D'acord amb la [Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre](#), d'aquesta Comissió Permanent sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe, la petició adjunta un informe que emeten conjuntament la secretària general de la corporació i la cap de Serveis Jurídics en relació amb l'execució del contracte subscrit, així com el certificat de l'Acord del Ple que faculta l'alcalde a formular petició d'informe a la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya i suspèn la resolució del procediment de requeriment incoat a la concessionària referent als estats financers auditats de la concessió, fins a la seva emissió.

Atenent a l'informe aportat, l'Ajuntament planteja si ha alterat l'equilibri econòmic del contracte el fet que la concessionària s'acollís a un règim fiscal no previst en la licitació, la qual cosa, segons s'assenyala, ha comportat per a aquesta un menor cost efectiu, i si això comporta haver de repercutir el menor cost en totes dues parts i, per tant, un rescabament a favor de l'entitat local en la mesura que el plec del contracte establí que el fet d'aconseguir uns preus de construcció i d'instal·lacions més baixos que els previstos havia de comportar una reducció en la inversió total, que repercutiria tant en l'empresa adjudicatària com en l'Ajuntament pel que fa a la construcció, i en l'empresa adjudicatària pel que fa a l'equipament. En aquest sentit, també planteja la possibilitat de restablir l'equilibri econòmic del contracte reduint el període de carència del cànon que ha de pagar la concessionària.

Així mateix, en aquest informe s'indica que l'Ajuntament ha adreçat reiterats requeriments a la concessionària per tal que porti els estats financers auditats de la concessió corresponents a diversos anys anteriors, amb el detall, forma i condicions establertes en el plec del contracte, per poder dur a terme el control financer dels comptes d'explotació de la concessió, sense haver pogut realitzar-lo atès que la documentació presentada per la concessionària no té per objecte l'activitat desenvolupada a l'emparament del contracte de concessió, sinó que es refereix a l'activitat general de l'empresa. En aquest sentit, l'Ajuntament planteja si la concessionària ha de portar una comptabilitat separada per a la concessió, tenint en compte que els plecs preveuen expressament l'obligació de la concessionària de lliurar anualment a l'Ajuntament els estats financers auditats de la concessió i que la documentació hagi de ser prou detallada per permetre conèixer les dades exactes dels diferents conceptes que integrin tant els ingressos com les despeses i els eventuais beneficis de l'explotació, així com l'obligació, durant tota la vigència del contracte, de presentar anualment la memòria de gestió de l'any anterior i l'auditoria econòmica, signada i validada.

En aquest ordre de consideracions, es plantegen les qüestions en els termes literals següents:

“Primera.- En un contracte de concessió d’obra i servei en el qual hi ha hagut aportació econòmica de l’Administració, i en el qual s’ha establert un període carència de pagament de cànon en funció de la concreta aportació econòmica que fa el concessionari:

- a) S’ha de considerar que quan aquesta aportació privada queda minorada per una causa aliena a les parts (en aquest cas l’aplicació d’un règim fiscal no previst en la licitació -inversió del subjecte passiu a efectes d’IVA-) s’ha alterat l’equilibri econòmic-financer del contracte?
- b) És possible restablir aquest equilibri a través de la reducció del període de carència de pagament de cànon?

Segona.- En un contracte de concessió d’obra i servei en el qual hi ha hagut aportació econòmica de l’Administració, i en el qual s’ha establert en plecs l’obligació del concessionari d’aportar anualment els comptes auditats de la concessió:

- a) Té l’obligació el concessionari d’aportar una comptabilitat separada per la concessió objecte de contracte respecte de la general de l’empresa?
- b) En cas afirmatiu, i tractant-se d’una obligació personal del concessionari, no executable per tercer, quina actuació pot fer l’administració més enllà de la imposició de penalitats?
- c) Com es pot establir el cànon futur, en el moment que correspongui, si els plecs estableixen que ha de ser en base als comptes auditats i no es disposa d’aquests comptes?”

**II.** L’article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació pública, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l’Administració local a Catalunya. D’altra banda, l’article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l’aprovació dels informes corresponents.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

Amb caràcter previ a l’anàlisi de les qüestions plantejades, a la vista del seu contingut i termes i tenint en compte també que, com s’ha dit i segons s’assenyala, l’Ajuntament peticionari ha suspès la resolució del procediment de requeriment incoat a la concessionària referent als estats financers auditats fins a l’emissió del present informe, cal recordar que la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya té caràcter d’òrgan consultiu específic en matèria de contractació pública dels òrgans de contractació de Catalunya i, en aquest sentit, exerceix la seva funció de resoldre consultes de caràcter general sobre la interpretació i l’anàlisi de les normes jurídiques en aquesta matèria, sense substituir ni suplir les funcions d’assessorament jurídic que tenen atribuïdes altres òrgans en els àmbits de competència respectius i, per tant, sense informar sobre els expedients o els contractes concrets que, si s’escau, motiven la consulta.

### **I. Anàlisi de l’alteració i el restabliment de l’equilibri economicofinancer d’un contracte de gestió de serveis públics en la modalitat de concessió**

L’escrit de petició d’informe planteja, en primer terme, si en un contracte de gestió de servei públic, en modalitat de concessió, que inclou l’execució d’obra, en què hi ha hagut aportació econòmica de l’Administració, una eventual disminució de l’aportació privada per causa aliena a les parts –concretament, per l’aplicació d’un règim d’IVA no previst a la licitació– comporta

una alteració de l'equilibri economicofinancer del contracte i, en segon lloc, per al cas que es consideri viable el restabliment de l'equilibri, si es podria realitzar mitjançant la reducció del període de carència de pagament del cànon.

Per tal de donar resposta a les qüestions plantejades, d'entrada, cal tenir en compte que el contracte objecte de consulta és una gestió de servei públic que incorpora la realització d'una obra, amb aportació dinerària per part de l'Ajuntament, el qual es va formalitzar, segons s'assenyala, sota la vigència del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant, TRLCSP), sent aquesta la normativa aplicable als seus efectes, compliment i extinció i, per tant, la que es prendrà en consideració en aquest informe, si bé es fa referència també a la resposta a la qüestió des de la perspectiva de la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP).

D'altra banda, cal també assenyalar, atès l'esment que conté la petició d'informe relatiu a l'existència d'aportacions dineràries per part de l'Ajuntament, que la translació del risc operacional a l'empresa concessionària, inherent a aquest tipus de contracte, no s'exclou automàticament pel fet que hi hagi les dites aportacions.<sup>1</sup> A més, convé recordar també ja d'entrada que el restabliment de l'equilibri econòmic és un mecanisme previst específicament per als contractes de concessions, sense que es pugui fer extensiva de forma analògica a altres categories contractuals, i que en determinats casos, si s'altera l'equilibri econòmic de la concessió, s'admet la possibilitat de restablir-lo.

#### **a) Possible alteració de l'equilibri economicofinancer d'un contracte de gestió de serveis públics per una causa aliena a les parts, consistent en l'aplicació d'un règim fiscal no previst en la documentació de la licitació**

Abans de tractar els supòsits en què és possible procedir al restabliment de l'equilibri economicofinancer d'un contracte de gestió de serveis públics, cal destacar i recordar que el restabliment de l'equilibri de les prestacions es configura com la tècnica que permet retornar les parts a la situació inicial, quan, durant l'execució del contracte, falla el repartiment del risc pactat.<sup>2</sup>

L'article 282.4 del TRLCSP determina els supòsits en què procedeix el restabliment de l'equilibri econòmic del contracte de gestió de serveis públics, per part de l'administració i en benefici de la part que correspongui, enumerant, de manera taxada, els supòsits següents: a)

---

<sup>1</sup> En l'[Informe 16/2015, de 21 de desembre](#), d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública, en el qual s'analitza un contracte de gestió de serveis públics, en la seva modalitat de concessió, amb aportacions públiques, ja es va indicar que aquest fet no exclou, de forma automàtica, l'existència del risc d'explotació, sempre que aquestes aportacions no incideixin sobre la transferència a l'empresa concessionària de la totalitat o d'una part significativa del risc d'explotació, sinó que la recuperació dels desemborsaments econòmics que comporta l'explotació del servei provinguin, gairebé de forma exclusiva, de l'explotació del servei i depenguin de les incerteses del mercat.

<sup>2</sup> Tal com es diu en l'[Informe 24/2013, de 25 de novembre](#), de la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó "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".

quan l'administració modifiqui, per raons d'interès públic i d'acord amb el que estableix el mateix TRLCSP, les característiques del servei contractat; b) quan actuacions de l'administració determinin de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte; i c) quan causes de força major determinin de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte, entenent-se per causes de força major les esmentades en l'article 231 d'aquesta Llei –els incendis causats per l'electricitat atmosfèrica; els fenòmens naturals d'efectes catastròfics, com sismes submarins, terratrèmols, erupcions volcàniques, moviments del terreny, temporals marítims, inundacions o altres de semblants, i les destrosses ocasionades violentament en temps de guerra, robatoris tumultuosos o alteracions greus de l'ordre públic.<sup>3</sup>

És en aquests casos enumerats en la normativa de contractació pública, de modificació del contracte per variacions en el servei imposades per l'administració, que fan més onerosa la prestació (*ius variandi*); d'alteració indirecta de la prestació contractada sense que s'hagi modificat, a causa de mesures administratives generals que incideixen sobre l'objecte del contracte fent-lo més oneros pel contractista sense culpa seva (*factum principis*), i de força major, que es planteja el reequilibri econòmic financer dels contractes de concessió. A aquests casos previstos legalment, la doctrina i la jurisprudència han afegit el del "risc imprevisible" – que en ocasions s'equipara a la força major–, que es dona en aquells supòsits en què concorre una circumstància no imputable a cap de les parts contractants, que no es va poder preveure en el moment de formalitzar-se el contracte i que altera substancialment les condicions d'execució, de manera que la prestació pactada resulta molt més onerosa del que inicialment havia pogut preveure una de les parts.<sup>4</sup>

Aquesta doctrina del risc imprevisible, que no es preveu expressament en el TRLCSP,<sup>5</sup> sí que es recull a l'article 127.2.2n.b del Reglament de serveis de les corporacions locals de 1955

---

<sup>3</sup> L'article 290.4 de la LCSP recull, en uns termes no del tot coincidents amb els que preveia el TRLCSP, com a supòsits taxats en què s'ha de restablir l'equilibri econòmic del contracte, en benefici de la part que correspongui, quan l'Administració efectuï una modificació de les característiques del servei contractat i les tarifes que han d'abonar els usuaris, únicament per raons d'interès públic i si concorren les circumstàncies establertes en la LCSP per modificar els contractes; i quan actuacions de l'Administració pública concedent, pel seu caràcter obligatori per al concessionari, determinin de manera directa la ruptura substancial de l'economia del contracte. Fora d'aquests casos, únicament és procedent restablir l'equilibri econòmic del contracte quan causes de força major determinin de manera directa la ruptura substancial de l'economia del contracte.

<sup>4</sup> En la [Sentència de 6 de novembre de 2015](#), el Tribunal Suprem va considerar que "en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible".

<sup>5</sup> La LCSP tampoc preveu com a motiu per reequilibrar un contracte el risc imprevisible, si bé, com és sabut, preveu a l'article 205.2 de la LCSP la possibilitat de modificar un contracte sense que estigui previst al plec de clàusules per circumstàncies sobrevingudes i que fossin imprevisibles en el moment en què va tenir lloc la licitació, sempre que concorrin la resta de requisits fixats i provinents del dret comunitari –que la modificació derivi de circumstàncies que una Administració diligent no hauria pogut preveure, que no alteri la naturalesa global del contracte i que impliqui una alteració en la seva quantia que no excedeixi, aïlladament o conjuntament amb altres modificacions no previstes en plecs, el 50 per cent del seu preu inicial, IVA exclòs.

(d'ara endavant, RSCL),<sup>6</sup> i en l'article 249.b del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny (d'ara endavant, ROAS)<sup>7</sup> i, en tot cas, com assenyala la jurisprudència, perquè operi es requereix no només que concorrin circumstàncies i alteracions econòmiques extraordinàries, anormals i imprevistes, sinó també que siguin profundes i que afectin greument l'equilibri econòmic del contracte, tenint en compte l'interès públic per poder continuar prestant-se el servei en circumstàncies anormals sobrevingudes, cosa que comporta la necessitat d'acreditar que el desequilibri és suficientment important i significatiu, i que no es pot subsumir en el risc i ventura intrínsec en tot contracte.<sup>8</sup>

Així, en l'àmbit de l'administració local el ROAS regula les concessions de serveis als articles 243 i següents, i indica a l'article 244.2 –i en els mateixos termes es recull a l'article 126.2 del RSCL– que en el règim d'aquest contracte s'ha de diferenciar el servei objecte de la concessió de la retribució econòmica del concessionari, respecte de la qual s'indica que se n'ha de mantenir en tot cas l'equilibri, i a l'article 249 configura el manteniment de l'equilibri economicofinancer de la concessió com un deure específic de l'ens local concedent i titular del servei objecte de la concessió, preveient el possible reequilibri i la compensació econòmica a favor del concessionari “per raó de les modificacions que li ordeni introduir al servei que incrementin les despeses o disminueixin la retribució, i ha de revisar les tarifes i subvencions quan, encara que no hi hagi modificacions del servei, circumstàncies anormals i imprevisibles sobrevingudes determinin, en qualsevol sentit, la ruptura de l'equilibri econòmic” –l'article 127.2.2b del RSCL ho recull de forma idèntica sense fer referència al caràcter anormal de les circumstàncies.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Aquest precepte estableix que “la Corporación concedente deberá: (...) Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: (...) b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión”.

<sup>7</sup> De conformitat amb aquest precepte, l'ens local titular del servei objecte de la concessió ha de mantenir l'equilibri financer de la concessió, i ha de compensar, a aquest efecte, econòmicament el concessionari, per raó de les modificacions que li ordeni introduir al servei que incrementin les despeses o disminueixin la retribució, i ha de revisar les tarifes i subvencions quan, encara que no hi hagi modificacions del servei, circumstàncies anormals i imprevisibles sobrevingudes determinin, en qualsevol sentit, la ruptura de l'equilibri econòmic.

<sup>8</sup> El Tribunal Superior de Justícia de Murcia, en la [Sentència 524/2017, de 25 de setembre](#), recorda que la Sentència del Tribunal Suprem de 30 abril 2001 acudeix a la clàusula *rebus sic stantibus* o del risc imprevisible “para restablecer el equilibrio financiero del contratista cuando concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste. Según la jurisprudencia la imprevisibilidad que permite aplicar la mencionada cláusula ha de acreditarse, exigiendo una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato con los concurrente al tiempo de su celebración, así como una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes, que derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y acontezca con la sobrevivencia de circunstancias radicalmente imprevisible”.

<sup>9</sup> Malgrat que aquesta normativa local sembla circumscriure el principi del manteniment de l'equilibri econòmic del contracte a l'abonament a l'empresa contractista, partint per tant d'un enriquiment de l'Administració, cal interpretar-la conforme a l'article 282.4 del TRLCSP de manera que l'equilibri es restableixi “en benefici de la part que correspongui”.

En el supòsit de fet plantejat en l'escrit de consulta es planteja amb caràcter general si s'ha alterat l'equilibri del contracte i s'ha de reequilibrar a favor de l'Ajuntament basant-se en el fet que una causa que es qualifica com d'aliena a les parts, consistent en el règim d'IVA a què es va acollir la concessionària, no previst en la licitació, li va comportar un menor cost efectiu.

D'acord amb el que s'ha exposat, perquè sigui procedent el reequilibri econòmic d'un contracte s'ha de donar algun dels supòsits previstos a la normativa, de manera que, atès que en el cas objecte de consulta es planteja el reequilibri respecte un fet o causa aliè a les parts que no és cap dels supòsits previstos legalment a l'article 282.4 del TRLCSP, es podria ja afirmar en aquest moment que no sembla que d'entrada es pugui reequilibrar el contracte.<sup>10</sup> Tanmateix, sembla convenient completar l'anàlisi amb la possibilitat que tingui cabuda aquest fet aliè en el supòsit del "risc imprevisible" esmentat.

Per tant, cal ara analitzar si l'aplicació d'un règim fiscal no previst en la licitació –segons s'indica en la petició, el règim fiscal d'inversió del subjecte passiu a efectes d'IVA–<sup>11</sup> es pot considerar com un fet no previsible per a les parts que pot donar lloc a que la prestació sigui més onerosa per a una d'elles, comportant una alteració de l'equilibri econòmic del contracte que escaigui reequilibrar. A aquests efectes cal recordar que, amb caràcter general, la jurisprudència ha considerat com un supòsit perfectament previsible i que no trenca l'equilibri econòmic del contracte que durant el –moltes vegades, i més amb la normativa anterior– llarg període d'execució d'una concessió es puguin experimentar variacions significatives fiscals tant a l'alça com a la baixa. Així, la retribució pactada en un contracte no es pot modificar, ni a l'alça ni a la baixa, com a conseqüència de fluctuacions del tipus de gravamen propi de l'IVA –i el mateix pot entendre's respecte de l'IBI i la taxa d'escombraries– en tant que es tracta de disposicions generals que afecten a tots els ciutadans i que s'imposen com a càrregues públiques, de manera que no existeix una connexió directa i immediata amb el perjudici que pugui patir una de les parts del contracte.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> La [Sentència 83/2017](#) del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, de 28 de febrer de 2017, parteix de la premissa que "no toda alteración de la economía del contrato conlleva su reequilibrio financiero, sino tan solo supuestos tasados, conforme consolidada doctrina jurisprudencial sobre la materia, que recuerda la STS de 20 de julio de 2016". I a continuació descarta en el supòsit de fet enjudiciat la concurrència dels casos de "ius variandi" o "factum principis", "en tanto que, como se ha dicho, el alegado desequilibrio del contrato deriva, no de la actuación de la Administración contratante, sino de circunstancias ajenas a la misma, como son las relaciones laborales internas de la adjudicataria, y el establecimiento de las condiciones salariales de sus empleados (sean o no por subrogación), que le competen y quedan en principio extramuros de la contratación administrativa, por ende, no afectantes al precio del contrato (...)".

<sup>11</sup> Tal com s'indica en el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, al qual més endavant s'al·ludirà, emès a petició de l'Ajuntament de Santpedor atesa l'oposició formulada per la contractista a l'exercici de la prerrogativa d'interpretar aquest mateix contracte, el règim fiscal d'inversió del subjecte passiu previst en l'article 84.1.2n.f de la Llei 37/1992, de 28 de desembre, de l'impost sobre el valor afegit, comporta no incloure l'IVA en les factures, i qui les rep (el destinatari final) ha de calcular l'IVA sobre la factura, ingressar la quota corresponent i incloure-la en la seva liquidació com a quota suportada meritada.

<sup>12</sup> En aquest sentit ho ha considerat, per exemple, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la [Sentència 443/2018, de 28 de juny](#), en la qual afirma que els increments sobre l'IVA aplicable "en modo alguno pueden considerarse inesperados e imprevisibles, sino que es perfectamente previsible que las tasas e impuestos puedan experimentar significativas variaciones tanto al alza como a la baja durante el amplio periodo de ejecución del contrato (40 años) y que se trata de disposiciones generales que

En aquest mateix sentit, la jurisprudència nega també que l'increment dels costos salarials acordats per conveni col·lectiu amb posterioritat a la formalització d'un contracte de serveis justifiqui la concurrència d'un risc imprevisible, i la formalització de nous convenis col·lectius que augmentin salaris es qualifica com a fets coneguts o previsibles per a les empreses adjudicatàries, que constitueixen una qüestió aliena a l'Administració.<sup>13</sup>

En el cas que s'analitza, l'aplicació del règim fiscal que correspongui a l'empresa concessionària, a banda de la similitud amb els supòsits de fluctuacions en el tipus d'IVA o taxes o impostos analitzats per la jurisprudència, és també una qüestió aliena a la contractació i d'obligat compliment, malgrat no haver-se previst en el plec de clàusules administratives particulars. A més, el règim fiscal aplicable no només no seria imprevisible, perquè podia ser conegut per les parts en subscriure el contracte, sinó que, lògicament, s'hauria de tenir en compte en efectuar els càlculs econòmics quan s'acorda el preu de la retribució o les aportacions de les parts en el contracte, que consten en el plec. Així, un cop aprovats els plecs i presentada l'oferta pel licitador, els plecs, amb tot el seu contingut, inclosos els càlculs i clàusules econòmiques, s'accepten i vinculen les parts, de forma que l'eventual aplicació d'un règim fiscal existent no pot entendre's que comporti un desequilibri del contracte, ni un enriquiment injust per a alguna de les parts, sinó que el fet de no haver-lo tingut en compte podria constituir, en tot cas, un defecte de càlcul, el qual, si bé un cop acceptat per elles les vincula i, com s'ha dit, no pot donar lloc a un reequilibri econòmic financer del contracte.<sup>14</sup>

Adicionalment, per al cas d'aquest contracte concret cal fer al·lusió al [Dictamen 201/2017, de 13 de juliol](#), de la Comissió Jurídica Assessora, sol·licitat per l'Ajuntament de Santpedor a efectes d'exercir la prerrogativa d'interpretar el contracte atesa l'oposició del concessionari i ja esmentat, en el qual afirma que "la comparació entre els preus inicialment previstos i els costos efectivament produïts s'ha de realitzar sobre la base de quantitats homogènies i criteris

---

afectan a todos los ciudadanos y que se imponen como cargas públicas, por lo que no existe una conexión directa e inmediata con el perjuicio que puede sufrir el contratista".

<sup>13</sup> En la [Sentència de 15 de març de 2007](#) del Tribunal Suprem i, en aquest mateix sentit, en l'[Informe 2/2011, de 14 d'abril](#), relatiu a la repercussió en el preu dels contractes de l'augment dels costos salarials del personal de l'empresa adjudicatària, d'aquesta Junta Consultiva, es conclou que "d'acord amb la normativa contractual pública vigent, l'increment del preu d'un contracte, com a conseqüència d'un acord posterior o simultani a l'adjudicació d'una contractació que impliqui l'augment dels costos salarials pactats no justifica, per si mateix, la concurrència d'un risc imprevisible per efectuar la modificació del contracte".

<sup>14</sup> La [Sentència del Tribunal Suprem de 16 de desembre de 2013](#) conclou que no s'està davant d'un enriquiment injust per part del contractista, sinó d'un mal càlcul efectuat per l'Administració i acceptat per aquesta de la quantia de l'IVA de determinats serveis, després rectificat per l'Administració Tributària en consulta vinculant, i afegeix que no es produeix cap perjudici per a l'Administració, ja que la contractista d'inici havia d'abonar l'IVA en aquest servei al 7% i no al tipus ordinari, i l'Administració pel contrari està obligada simplement a abonar el preu al qual al seu dia es va comprometre. Així mateix, la [Sentència del Tribunal Suprem de 4 de febrer de 2014](#) diu que "si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad...) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración". I en l'[Informe 16/2015, de 21 de desembre](#), aquesta Junta Consultiva ja va afirmar que la valoració errònia per part de l'empresa contractista dels elements econòmics inherents al contracte no dona lloc, amb caràcter general, al seu reequilibri econòmic, llevat que es pugui acreditar que, prèvia la corresponent valoració, concorren els supòsits de *ius variandi*, *factum principis*, força major o risc imprevisible.

equiparables. Per tant, si la inversió inicialment prevista per a la construcció de l'equipament és amb IVA inclòs; la determinació de la inversió realitzada amb motiu de l'execució de les obres també ha d'incloure IVA", de manera que el fet que la contractista es dedúis les quotes d'IVA abonades no desvirtua la conclusió, atès que seguint la jurisprudència interna i comunitària "el dret a la deducció de l'IVA i, per tant, la seva neutralitat, és precisament l'element essencial en el qual se subjecta aquest tribut (...)". Així, la Comissió Jurídica Assessora considera que no és correcta la interpretació pretesa per l'Ajuntament perquè, a l'hora de calcular l'estalvi produït en la construcció de l'equipament, les quantitats emprades no resulten homogènies, ja que l'Administració parteix d'una inversió inicialment prevista amb IVA inclòs; però, en canvi, no inclou les quantitats corresponents a les quotes d'IVA declarades per l'empresa contractista en relació amb les certificacions d'obra emeses per l'empresa constructora i determina que no s'ha produït estalvi.

Arribat a aquest punt i d'acord amb el que s'ha exposat es pot donar resposta a la qüestió relativa a si s'ha alterat l'equilibri econòmic del contracte per quedar minorada l'aportació de la part privada en un contracte de gestió de servei públic per l'aplicació d'un règim fiscal no previst en el plec, afirmant que no s'està davant d'un supòsit d'alteració d'aquell equilibri que hagi de comportar un reequilibri, ni davant d'un enriquiment injust per part de la contractista que comporti un deure de rescabament a favor de l'Administració, la qual no queda obligada a pagar res més que allò a què s'havia compromès i d'acord amb les previsions de la normativa tributària que resulti d'aplicació.

## **b) Mesures per reequilibrar l'equilibri econòmic d'un contracte**

Malgrat que la conclusió a la qual s'arriba en l'apartat anterior portaria a fer innecessari donar resposta a la pregunta relativa a la possibilitat de restablir l'equilibri econòmic del contracte a través de la reducció del període de carència de pagament de cànon, es considera convenient analitzar-la, si bé breument, atès el seu possible interès general més enllà del cas concret que motiva la petició d'informe.

A aquest efecte cal partir de l'enumeració que el mateix article 282 del TRLCSP conté de les mesures per reequilibrar econòmicament un contracte, que afirma en primer lloc, en l'apartat 5, que aquest "es realitza mitjançant l'adopció de les mesures que en cada cas siguin procedents" i concreta seguidament que aquestes mesures poden consistir, a més de en la modificació de les tarifes a abonar pels usuaris, en la reducció del termini del contracte i, en determinats casos, en la pròrroga del termini del contracte per un període que no excedeixi un 10 per cent de la seva durada inicial, "en general, en qualsevol modificació de les clàusules de contingut econòmic incloses en el contracte".<sup>15</sup>

Per tant, en tant que la mesura respecte de la qual se sol·licita informe consisteix en la reducció del període de carència de pagament del cànon, que constitueix una clàusula de contingut econòmic prevista en els plecs, sembla que seria possible reequilibrar el contracte mitjançant la mesura proposada.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> En l'article 290.5 de la LCSP es recull, a més, la mesura consistent en la modificació de la retribució que ha d'abonar l'Administració concedent i, pel que fa a la mesura consistent en la pròrroga del termini del contracte, s'estableix que ha de ser per un període que no excedeixi el 15 per cent de la seva durada inicial.

<sup>16</sup> Respecte de la possibilitat de reequilibrar mitjançant "qualsevol modificació de les clàusules de contingut econòmic incloses en el contracte" convé tenir en compte que, tal com s'indica en l'Informe



D'acord amb això, i sens perjudici del que estableixi el plec respecte del reequilibri econòmic del contracte, en cas de preveure's una clàusula de contingut econòmic relativa al cànon que haurà de pagar el concessionari, efectivament sembla que l'òrgan de contractació podria decidir reequilibrar el contracte reduint el període de carència de pagament del cànon.

## **II. Obligacions de l'empresa concessionària en relació amb la comptabilitat de la concessió**

Un cop determinat que no es pot considerar que l'aplicació d'un determinat règim fiscal suposi un desequilibri econòmic del contracte i que, per al cas que s'hagi de reequilibrar, és possible, en general, dur-lo a terme mitjançant qualsevol modificació de les clàusules de contingut econòmic previstes, cal respondre la consulta relativa a l'obligació de l'empresa contractista de portar els comptes anuals de la concessió separats –en un contracte en el qual s'ha establert en els plecs l'obligació de la concessionària d'aportar anualment els comptes auditats de la concessió– i, per al cas que sigui obligatori portar aquesta comptabilitat separada, quines actuacions pot dur a terme l'Ajuntament contractant en cas d'incompliment, així com a la forma d'establir el cànon futur si en els plecs s'ha establert que es farà sobre la base dels comptes auditats i no es disposa d'aquests.

Pel que fa a l'obligació del concessionari d'aportar una comptabilitat separada, el primer que cal tenir en compte és que el TRLCSP no estableix res expressament al respecte en els articles que regulen el contracte de gestió de serveis públics, igual que tampoc s'estableix en el ROAS i en el RSCL, si bé en aquesta normativa s'estableix com una potestat de l'ens concedent la fiscalització de la gestió del concessionari, i pot inspeccionar el servei, les obres, les instal·lacions i els locals i la documentació relacionada amb l'objecte de la concessió, entre la qual s'entén que s'inclourà, si s'escau, tota la documentació comptable que haurà d'aportar o facilitar el concessionari.<sup>17</sup>

Tanmateix, l'article 131.1.c.6è del TRLCSP sí que obliga, per al contracte de concessió d'obra pública, que en els plecs de clàusules administratives particulars s'inclouï, entre d'altres previsions, "el compromís que la societat concessionària adoptarà el model de comptabilitat que estableixi el plec, de conformitat amb la normativa aplicable, inclòs el que pugui correspondre a la gestió de les zones complementàries d'explotació comercial, sense perjudici que els rendiments d'aquestes s'integrin a tots els efectes en els de la concessió". I aquesta previsió és també aplicable, de conformitat amb l'article 133.2 del TRLCSP, al contracte de gestió de serveis públics que compregui l'execució d'obres, com és el cas del contracte que motiva la consulta.

Així, d'acord amb la normativa reguladora del contracte de gestió de serveis públics que comporti l'execució d'obra, a efectes que l'Administració pugui inspeccionar i controlar la

---

24/2013, de 25 de novembre, de la Junta Consultiva d'Aragó, ja esmentat, el reequilibri podria consistir en qualsevol mesura econòmica "que respete la arquitectura del sistema de retribución pactado".

<sup>17</sup> L'obligació del concedent de fiscalitzar la gestió del concessionari s'estableix en l'article 249 del TRLCSP per al contracte de concessió d'obra pública i, en l'àmbit local per al contracte de gestió de serveis públics en modalitat de concessió, en l'article 248.b del ROAS i en l'article 127.1 del RSCL.

gestió de la concessió, és necessari que en els plecs consti el model de comptabilitat, el qual vincularà a l'empresa concessionària.<sup>18</sup>

Per tant, havent-se establert en el plec l'obligació de l'empresa concessionària de lliurar anualment a l'Administració els estats financers auditats de la concessió, de forma detallada i de manera que permeti conèixer les dades exactes dels diferents conceptes que integrin els ingressos, despeses i eventuais beneficis, s'ha de portar la comptabilitat d'aquesta manera i en cas d'incompliment cal atènyer-se al que disposa l'article 150.6 del TRLCSP, en relació amb la possibilitat d'establir en els plecs penalitats per al cas d'incompliment o de compliment defectuós de la prestació, així com d'atribuir a alguna obligació el caràcter d'essencial, de manera que el seu incompliment sigui causa de resolució, de conformitat amb l'article 223.f del TRLCSP.

Tanmateix, el fet que no s'hagi previst el caràcter essencial de l'obligació d'aportar aquesta comptabilitat separada tampoc sembla que impedeixi considerar l'esmentada obligació com a tal, de manera que el seu incompliment pugui considerar-se causa de resolució, d'acord amb la jurisprudència i els dictàmens d'òrgans consultius, si aquest incompliment és greu i de naturalesa substancial, corresponent a l'Administració, motivant la seva decisió, identificar i qualificar aquest incompliment i sense que es pugui apreciar de forma automàtica. Així, prèvia justificació per l'ens concedent que l'incompliment dificulta la seva obligació de revisió i control de la gestió de la concessió, així com la determinació del cànon a pagar, tractant-se en el supòsit plantejat en la petició d'informe d'un incompliment reiterat del qual sembla derivar-se una voluntat de no atendre el compromís assumit en els plecs d'aportar la comptabilitat en la forma que s'hi determina, sembla que després d'haver ser requerit per l'òrgan de contractació i d'haver-se imposat les penalitats corresponents, es podria procedir a la resolució del contracte d'acord amb el procediment establert legalment.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> La LCSP sí que concreta expressament l'abast d'aquesta obligació pel concessionari de serveis –al marge del que pugui indicar-se als plecs– i la delimita disposant a l'article 289.2 que aquesta comptabilitat ha de ser diferenciada, que s'ha de portar respecte de "tots els ingressos i despeses de la concessió", i que ha de reflectir degudament tots els ingressos derivats de les contraprestacions pactades, i el concessionari ha de posar-la a disposició de l'entitat contractant. En aquest sentit, cal entendre l'obligació de portar la comptabilitat separada de manera que les dades relatives a tots els ingressos i despeses en relació amb el contracte de concessió de servei es recullin en els seus estats comptables de tal manera que siguin fàcilment identificables, per exemple, codificant qualsevol assentament comptable relatiu a aquests ingressos i despeses amb un codi comptable específic.

<sup>19</sup> Per exemple, el Consell consultiu de Castella-Lleó en el [Dictamen 115/2014, d'11 d'abril](#), previ i preceptiu per a la resolució d'un contracte de gestió de servei públic, considera que davant l'incompliment d'una obligació –en el cas concret objecte de Dictamen, la manca de pagament del cànon–, el fet de no estar qualificada en els plecs ni en el contracte com a essencial no és obstacle perquè l'Administració, justificant degudament l'essencialitat de l'obligació pugui procedir a la resolució del contracte per aquest motiu, sempre ponderant les circumstàncies concurrents, per tal que hi hagi la necessària i deguda proporcionalitat entre els fets i les seves conseqüències, i valorant, conforme a la bona fe i equitat, el grau d'infracció de les condicions estipulades i la intenció del contractista. En aquest mateix Dictamen s'indica que la possibilitat de considerar essencial una obligació no qualificada com a tal en els plecs o el contracte l'han reconegut també altres òrgans consultius, com el Consell Consultiu de Madrid, en el [Dictamen 408/2011, de 20 de juliol](#), o el Tribunal Suprem en les sentències de 6/4/87 i [14/11/2000](#).

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

## **CONCLUSIONS**

- I. En un contracte de gestió de serveis públics en modalitat de concessió amb execució d'obres, l'aplicació del règim fiscal que correspongui a la concessionària no pot comportar el reequilibri econòmic del contracte, en tant que no constitueix cap dels supòsits que habiliten aquell reequilibri, establerts amb caràcter taxat per la normativa de contractació pública, ni comporta un enriquiment injust per a alguna de les parts, essent el règim fiscal aplicable una qüestió aliena a la contractació i d'obligat compliment.
- II. El reequilibri econòmic del contracte de gestió de serveis, per al cas que correspongui, s'ha de realitzar mitjançant la mesura que l'òrgan de contractació consideri convenient d'entre les previstes normativament i en el plec de clàusules administratives particulars del contracte, i s'admet qualsevol mesura que comporti una modificació de les clàusules de contingut econòmic incloses en el contracte, com ho és la reducció del termini de carència de pagament del cànon per l'empresa contractista.
- III. El plec de clàusules administratives particulars d'un contracte de gestió de serveis públics en la modalitat de concessió amb obra ha d'establir el model de comptabilitat que ha d'adoptar la concessionària que permeti conèixer tots els ingressos i despeses de la concessió. L'incompliment per la concessionària de l'obligació d'aportar una comptabilitat separada de la concessió, d'acord amb el que estigui previst en els plecs, comportarà com a mínim la imposició de penalitats amb la finalitat de compel·lir el compliment i podria arribar a comportar la resolució del contracte, fins i tot si no s'ha previst en el plec de clàusules el caràcter essencial d'aquesta obligació, prèvia justificació per l'ens concedent que l'incompliment dificulta la seva obligació de revisió i control de la gestió de la concessió, així com la determinació del cànon a pagar, i tractant-se d'un incompliment reiterat del qual sembla derivar-se una voluntat de no atendre el compromís assumit en els plecs.

**Barcelona, 28 de juliol de 2022**