

Modificación de concesiones y pérdida del carácter *in house*: el Tribunal de Justicia delimita los casos en que no es necesaria una nueva licitación

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril del 2025 (as. C-452/23) aborda el alcance de las modificaciones contractuales en concesiones públicas adjudicadas originalmente a entidades *in house* que, con el tiempo, habían perdido esa condición.

BLANCA LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril del 2025, asunto *Fastned Deutschland* (C-452/23), resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf.

1. Antecedentes

La petición de decisión prejudicial se presentó en el contexto de un litigio en el que un operador de movilidad eléctri-

ca impugnó la ampliación de trescientos sesenta contratos de concesión existentes relativos a instalaciones de servicios auxiliares en autopistas federales alemanas (que representan el 90% de las áreas de servicio de dichas autopistas), para incluir en ellos la construcción, el mantenimiento y la explotación de infraestructuras de recarga eléctrica.

El operador recurrente alegó que esta modificación carecía de eficacia conforme al derecho alemán de contratación pública,

que transpone las directivas europeas en la materia, porque que se introdujo sin la previa publicación de un anuncio de licitación a escala de la Unión.

El anuncio de la modificación publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* justificaba la omisión de un procedimiento de licitación pública en el hecho de que la infraestructura de recarga eléctrica constituía un servicio sobrevenido necesario en el marco de los contratos de concesión y que no podía haberse previsto en el momento de su celebración. Este supuesto es uno de los que figuran tanto en las directivas europeas como en la legislación alemana como causa que permite modificar un contrato sin necesidad de convocar una nueva licitación.

Sin embargo, el recurrente cuestionaba la aplicación de dicha previsión legal alegando que las concesiones iniciales se habían adjudicado sin licitación a una entidad *in house* que, posteriormente, fue privatizada. El órgano jurisdiccional planteó, por ello, la cuestión jurisdiccional relativa a si la directiva europea aplicable al caso «debe interpretarse en el sentido de que, si se cumplen las condiciones establecidas en esa disposición, una concesión puede modificarse sin que sea necesario iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, aun cuando esa concesión hubiese sido adjudicada sin licitación a una entidad *in house* y su modificación se efectúe en una fecha en la que el concesionario ya no tenga la condición de entidad *in house*».

2. El precepto del derecho europeo objeto de interpretación

Aunque el órgano jurisdiccional remitente solicitaba una interpretación del artículo 72.1c de la Directiva 2014/24/UE, sobre

contratación pública, el Tribunal de Justicia considera aplicable, en realidad, el artículo 43.1c de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Según la sentencia, teniendo en cuenta las indicaciones facilitadas por el órgano remitente, la operación objeto de litigio debe calificarse de «concesión», y no de «contrato» público en la medida en que «el hecho de que la retribución del contratista no proviene de la autoridad pública, sino de los pagos realizados por terceros por el uso de la obra o del servicio en cuestión, implica que el prestador asume el riesgo operacional asociado a la explotación y caracteriza así una concesión y no un contrato público». El tribunal recuerda que este criterio ha sido afirmado por la jurisprudencia anterior y está actualmente consagrado en la Directiva 2014/23 (art. 5.1).

El tenor de ambos preceptos es, sin embargo, el mismo. En ambos casos, las directivas permiten la modificación de los contratos o concesiones durante el periodo de vigencia, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contrato o concesión, cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever;
- b) que la modificación no altere el carácter global del contrato o de la concesión;
- c) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato o, en el caso de las concesiones, el aumento

del valor no superen, en principio, el 50 % del valor del contrato o concesión original.

3. La resolución de la cuestión prejudicial

a) *Sobre la relevancia del cambio de naturaleza del concesionario*

La sentencia recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia sobre el artículo 72.1d, inciso ii, de la Directiva 2014/23, la sustitución de un operador *in house* por otro operador que no revista este carácter exige iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación (STJUE, Sala Cuarta, de 12 de mayo del 2022, *Comune de Lerici*, C-719/20) y afirma que «esta exigencia debe considerarse igualmente válida en materia de concesiones».

Sin embargo, considera que esta doctrina no es aplicable en este caso, por cuanto «al tener por objeto la construcción, mantenimiento y explotación de una infraestructura operativa de recarga eléctrica de alta potencia en las áreas de servicio correspondientes, no se refiere a la pérdida por el concesionario, en el año 1998, de su condición de entidad *in house*, sino al objeto de la concesión, y que, por tanto, no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 43, apartado 1, letra d, de la Directiva 2014/23».

Para estas modificaciones, el tribunal señala que el artículo 43.1c de la Directiva 2014/23 tiene por objeto —como resulta de sus considerandos— «conferir a las entidades adjudicador[a]s cierto grado de flexibilidad para adaptar una concesión durante su periodo de vigencia a circunstancias exteriores

que no se podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución se extiende durante un largo periodo de tiempo». En este marco, excluir la aplicación de dicha disposición por el mero hecho de que la concesión se había adjudicado inicialmente a una entidad *in house* que con posterioridad perdió tal condición supondría, según la sentencia, restringir injustificadamente esa flexibilidad, dado que tal exclusión no se desprende ni del tenor literal del precepto ni del contexto de la disposición.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial afirmando que, si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 43, apartado 1, letra c, de la Directiva 2014/23, «una concesión puede modificarse sin que sea necesario iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, aun cuando dicha concesión hubiera sido inicialmente adjudicada sin licitación a una entidad *in house* y la modificación del objeto de tal concesión se efectúe en una fecha en la que el concesionario ya no tenga la condición de entidad *in house*.»

b) *Sobre la posible revisión jurisdiccional de la regularidad de la adjudicación inicial de una concesión con ocasión de un recurso dirigido a obtener la anulación de una modificación de ésta*

Tanto el recurrente como la Comisión Europea en las observaciones escritas que presentó en el procedimiento, sostuvieron que la aplicación del artículo 43.1b de la Directiva 2014/23/UE (modificaciones del contrato durante su vigencia) depende de la regularidad

de la adjudicación inicial de la concesión. Por ello defendían que esta adjudicación podía ser objeto de revisión de forma incidental en el litigio sobre la legalidad de la modificación.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia niega que el Estado esté obligado a garantizar esta revisión jurisdiccional

Sustituir un operador in house por otro sin este carácter exige un nuevo procedimiento de adjudicación

cuando dicho recurso se interpone tras la expiración de los plazos establecidos por el derecho nacional con arreglo a la Directiva 89/665/CEE, relativa a los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE.

La sentencia argumenta que la fijación de plazos razonables para recurrir de carácter preclusivo, como los establecidos en el derecho alemán en aplicación del artículo 2 *septies* de esta directiva, «tiene por objeto garantizar, en interés de la seguridad jurídica, que, tras su expiración, ya no sea posible impugnar una decisión de la entidad adjudicadora o alegar una irregularidad del procedimiento de adjudicación. La fijación de estos plazos es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y cumple, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva [...]».

Esta doctrina es consistente con la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como única excepción, el tribunal ha admitido que el derecho a recurrir la legalidad de la licitación pueda prolongarse más allá del plazo fijado, hasta la finalización del plazo para recurrir la decisión de adjudicación, cuando

el pliego de condiciones esté formulado de modo tal que un licitador «razonablemente informado y normalmente diligente [...] no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, infor-

mó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión» (STJUE de 12 de marzo del 2015, as. C-538/13).

- c) *Sobre cuándo una modificación de una concesión es una «necesidad» en el sentido del artículo 43.1c de la Directiva 2014/23*

La sentencia precisa que, contrariamente a lo que parecía sugerir el órgano jurisdiccional remitente, no puede considerarse que la modificación de una concesión sea una «necesidad» por el mero hecho de que sus estipulaciones contractuales no regulasen la situación resultante de circunstancias sobrevenidas imprevisibles. Es necesario, además, que estas circunstancias hagan necesaria la adaptación de la concesión inicial con el fin de garantizar la correcta ejecución de las obligaciones que de ella se derivan.

Asimismo, el tribunal recuerda que deben cumplirse cumulativamente las

otras dos condiciones previstas en el artículo 43.1c: no alterar el carácter global del contrato de concesión y respetar el límite económico.

En el supuesto de que, tras este análisis, el órgano jurisdiccional concluya que no concurren estas condiciones, deberá examinar si la modificación pudiera ampararse en el artículo 43.1b de

la directiva. A tal efecto, deberá comprobar que «las obras o servicios afectados por la modificación no podían, desde el punto de vista económico y técnico y sin ocasionar inconvenientes significativos o un aumento de costes para el poder adjudicador, ser objeto de una concesión autónoma adjudicada mediante un procedimiento de licitación».