

Informe 12/2021, de 30 de noviembre de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Asunto: Posibilidad de ampliación de la duración de un contrato de gestión del servicio público, en su modalidad de concesión, como mecanismo de compensación por la ejecución y financiación de determinadas obras por el concesionario. Régimen jurídico, prórroga y modificación de contratos.

I. ANTECEDENTES

D. Leopoldo J. Sierra Gallardo, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Daimiel se dirige a la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla –La Mancha, mediante solicitud de informe de fecha 11 de octubre de 2021, del siguiente tenor literal:

“A LA JUNTA CENTRAL DE CONTRATACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA

D. Leopoldo J. Sierra Gallardo, con DNI 05646236N, en representación del Excmo. Ayuntamiento de Daimiel, en su calidad de Alcalde – Presidente, cargo que ostento y ejerzo en la actualidad, comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

EXPONGO

I.-Fundamentación legal de la consulta:

El art. 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública.

Asimismo, el art. 17 Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala que el órgano titular legitimado para realizar



la consulta, en los casos de Entidades locales, será el Alcalde - Presidente

II.- Antecedentes sobre la cuestión que se somete a consulta.

Que, aunque los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, para un adecuado planteamiento y resolución de las cuestiones que se plantearán, consideramos que resulta de gran utilidad la siguiente descripción del contexto en el que las dudas interpretativas se originan en este Ayuntamiento:

1.-Que, por acuerdo pleno de este Ayuntamiento, de fecha 20 de enero de 1993, acordó adjudicar el servicio de abastecimiento de agua potable y mantenimiento de la red de alcantarillado a la mercantil Aquagest, P.T.F.A-, S.A (hoy Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, SAU). Como consecuencia de ello se formaliza, en fecha 16 de febrero de 1993, el correspondiente contrato administrativo por una duración inicial de tres años, conforme se especifica en la Cláusula 3ª del Pliego de Condiciones jurídicas, económicas y administrativas (en adelante, el "Pliego") que rigió dicha adjudicación, la cual prevé que la duración máxima de esta adjudicación (en adelante, el "Contrato") será de 50 años, al comprender dicha cláusula la ejecución de obras y su posterior explotación.

Siendo así, en fecha 15 de diciembre de 1995, el Pleno de la Corporación adoptó el acuerdo de aprobar el Proyecto Técnico de Planta Descalcificadora de Agua Potable en Daimiel, y en consecuencia ampliar el plazo de vigencia del Contrato inicial, por espacio de treinta años, a partir del 1 de enero de 1994, al asumir la empresa concesionaria el compromiso de instalar, conforme el proyecto aprobado, la planta descalcificadora de agua potable en este municipio.

Posteriormente, el 1 de julio de 2002, el Ayuntamiento Pleno acordó la modificación de las condiciones sexta, decimosexta y vigesimoprimera del Pliego para aclarar los términos de redacción de los apartados calidad del agua, personal y retribución por el mantenimiento de edificios públicos.

2.- En la actualidad se plantea la posibilidad de prorrogar el contrato para la realización de inversiones, debido a la necesidad de ejecución de obras de agua potable y saneamiento, siendo la problemática actual, según los informes municipales, la siguiente:



(i) *la red de abastecimiento presenta una obsolescencia muy importante que se traduce en unas notables pérdidas de agua, desde su captación hasta su suministro en baja a los abonados –a través de dichas redes obsoletas - valorándose estas pérdidas de agua en torno al 45%;*

(ii) *además del impacto medioambiental que ya de por sí supone no ser eficientes en el aprovechamiento del caudal captado, dicha problemática no podría solucionarse incrementando los m3 captados, pues los caudales autorizados para captar agua por el Organismo de cuenca se superarían y, por tanto, se estarían incumpliendo estas autorizaciones;*

(iii) *lo anterior se ve agravado con el número significativo de averías anuales (sobre todo, en las acometidas, que suponen un 75% del total) y que vienen provocadas por la citada obsolescencia. Esto implica una limitación de crecimiento en el municipio que viene provocada tanto por estas pérdidas de agua como por el hecho de no poder captar más de la autorizada en las concesiones otorgadas por el Organismo de cuenca (con las consiguientes sanciones económicas por infracción del límite de captación autorizado);*

(iv) *existe además también, un problema de eficiencia medioambiental –que exige reducir los impactos negativos en el medioambiente-, puesto que casi el 40% de la energía consumida (necesaria para captar y bombear el agua) finalmente se desaprovecha con las pérdidas de agua a través de las redes de suministro una vez captada; y, por último*

(v) *para el caso de aprobarse finalmente el anteproyecto de la Ley de Aguas de Castilla La Mancha, actualmente en tramitación, esto implicaría asimismo un mayor coste para el servicio, pues en dicha normativa se contempla un canon medioambiental que gravaría más a los municipios donde las pérdidas de agua sean mayores (art.43 y siguientes del anteproyecto de ley).*

3.- Que la Cláusula 3ª del Pliego, en cuanto a la duración del mismo establece:

“El contrato tendrá una duración de tres años, con prórrogas tácitas, si ninguna de las partes manifiesta lo contrario en forma fehaciente, al menos con seis meses de antelación al término del periodo inicial o de las sucesivas prórrogas de igual periodo, sin que, en ningún caso, el contrato, con sus posibles prórrogas, pueda exceder de un total de 50 años.

Para la prórroga del contrato será condición indispensable que, por el adjudicatario, y dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de la adjudicación definitiva se presente en este Ayuntamiento proyecto técnico y presupuesto de ejecución de la planta descalcificadora y compromiso formal de llevar a cabo la ejecución de la obra, dentro de los ocho meses siguientes a la fecha de aprobación del citado



proyecto para el Ayuntamiento, y asunción de todos los gastos de explotación incluidos los del personal que precise la planta para su idóneo funcionamiento.

En el supuesto de que la descalcificadora fuera financiada por la Administración, la prórroga de esta concesión también podrá establecerse en función de mejora proyectada y realizada en la infraestructura de los servicios.

La duración de la prórroga será acorde a la concreción del equilibrio económico y el tiempo en que se pretenda realizar; todo ello de mutuo acuerdo entre las partes.

Expirado el plazo del contrato y sus prórrogas, en la forma antes señalada, el concesionario no podrá alegar derecho preferente alguno si el servicio saliera de nuevo a concurso o fuera adjudicado por cualquiera de las formas legales y reglamentarias vigentes en su momento.

A la expiración del contrato, las instalaciones inventariadas en su inicio más las ampliadas durante la vigencia del contrato, serán devueltas al Ayuntamiento de Daimiel en perfecto estado de funcionamiento previa comprobación por los servicios técnicos municipales.

Llegado el contrato a su término final, conforme a lo anteriormente indicado, es decir: plazo inicial más prórrogas, podrá ser prorrogado por la Corporación, obligatoriamente por el contratista, hasta que, realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, sea declarada desiertas la contratación y pueda adjudicarse directamente. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo de los servicios o la Corporación comience a prestarlos por administración”.

Que, a la vista del tenor de esta cláusula, es posible concluir que la duración del Contrato se fijó con una duración máxima de 50 años, si bien la posibilidad de alcanzar ese plazo máximo quedaba sometida a la adopción de prórrogas tácitas facultativas (hoy prórrogas expresas ^[1]) cada tres años o la aprobación de prórrogas expresas por el periodo necesario para la amortización de obras realizadas.

[1] Una vez que la Ley 53/1999, de 28 de noviembre dio nueva redacción al art. 68.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas lo que implica que no son admisibles prórrogas tácitas aun estando previstas en el contrato por ser conformes con la legislación anterior.



Hay que destacar el punto 2º de la modificación de 15 de diciembre de 1995 que acuerda “ampliara el plazo de vigencia del contrato inicial por espacio de treinta años, a partir de primer de enero de 1994”, una vez se aprobó la ejecución de la planta descalcificadora de agua potable propuesta por la concesionaria en atención a la Cláusula 3ª citada dado que “la duración de la prórroga será acorde a la concreción del equilibrio económico y el tiempo en que la recuperación económica se pretende realizar; todo ello de mutuo acuerdo entre las partes”. En definitiva, lo que se operó, en aplicación de la Cláusula 3ª es que, dentro del periodo máximo de 50 años, se garantizó al concesionario uno de 30 años para amortizar las inversiones realizadas en las obras que le fueron encargadas.

De esta forma, tras esta prórroga de 30 años, con efectos desde enero de 1994, el plazo de ejercicio de la siguiente prórroga tácita (que ahora tendría que ser expresa) por parte del Ayuntamiento de Daimiel sería el 31 de diciembre 2024. A partir de entonces, en principio, y a la vista del tenor del Contrato, podría volver a reactivarse el régimen jurídico de las prórrogas tácitas – ahora expresas - cada 3 años hasta completar la duración total de 50 del Contrato de Concesión, que se producirá en el año 2043.

4.-*Por otra parte, la Cláusula 19ª del Pliego establece el régimen previsto para las obras de ampliación y renovación de redes, con posibilidad de ejecución por parte del concesionario siempre que el Ayuntamiento le reembolse las cantidades invertidas, mediante el procedimiento acordado en común por el tiempo que aquél explote los servicios:*

Las obras de ampliación y las de renovación de redes de distribución de agua potable y de alcantarillado y registros, una vez transcurrido el periodo de vida media de las mismas por el normal uso, serán de exclusiva cuenta del Ayuntamiento, pero el concesionario podrá participar en ellas apartándolas total o parcialmente, siempre que el Ayuntamiento se comprometa a reembolsarle las cantidades invertidas, ya sea mediante el pago de una cuota anual, una sobretasa por metro cúbico facturado y cobrado, u otro procedimiento acordado en común por el tiempo que aquél explote los servicios.

En ese sentido, de justificarse la necesidad de acometer obras conforme lo indicado anteriormente, y dado la posibilidad de que el concesionario pueda participar en ellas, podría modificarse el contrato para obtener la compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la



concesión (tal como establecen las Cláusula 17ª y 18ª, y la 19ª referida expresamente, mediante la adopción de una prórroga por el plazo de duración del contrato por el tiempo necesario para amortizar las inversiones, como otro “procedimiento acordado en común”, y en relación a la cláusula 3ª al señalar que la “duración de la prórroga será acorde a la concreción del equilibrio económico y el tiempo en que la recuperación económica se pretende realizar; todo ello de mutuo acuerdo entre las partes”.

En definitiva, es posible concluir que ejecutada una determinada inversión por la concesionaria sobre la infraestructura por haber transcurrido el plazo de vida medio de estas y con el acuerdo del Ayuntamiento, esta tiene derecho al reequilibrio económico del Contrato mediante la ampliación de su duración “acorde a la concreción del equilibrio económico y el tiempo en que la recuperación económica se pretende realizar”, todo ello respetando el límite máximo de duración del Contrato que, como señaláramos, se estableció en 50 años.

A su vez se considera que este acuerdo de prórroga del Contrato supera una doble prueba: (i) por un lado, que dicha modificación estuviese prevista, en la legislación aplicable al Contrato; y (ii) por otro, que la modificación proyectada se considere conforme con los principios europeos de publicidad y concurrencia según han sido configurados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Respecto del cumplimiento de la modificación de los principios europeos de publicidad y concurrencia inicialmente perfilados por la jurisprudencia del TJUE y hoy recogidos principalmente, y a los efectos que aquí interesan, en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 (art. 43) y en la LCSP (art. 204), el resultado ha de ser igualmente positivo y ello por cuanto:

- (i) la posibilidad de modificación se encuentra expresamente prevista en el Contrato (cláusulas 3ª y 19ª, fundamentalmente) que fija el supuesto de hecho de esta, la necesidad de obras de ampliación o renovación de la red; y,*
- (ii) que el límite máximo (50 años) al que pretende ampliarse la duración del Contrato se incluía en el Pliego; por lo que la adopción de la prórroga sería conforme con los principios europeos de contratación recogidos actualmente en las mencionadas Directivas.*

III.- Documentación que se acompañan:

Contrato vigente.



Por lo expuesto,

SOLICITO: Que por dicho Organismo se emita informe, sobre la siguiente cuestión que, en materia de contratación, se somete a su consideración:

A) Si sería acorde con el principio de publicidad y concurrencia que rige la contratación administrativa, y siempre que estuviera prevista en el Pliego, la posibilidad de ejecución por el concesionario de obras de ampliación y renovación de las redes, previa justificación de su necesidad, y si esta posibilidad podría articularse mediante la prórroga prevista contractualmente por el tiempo necesario para la amortización de la inversión, siempre y cuando nunca superase el límite máximo de la duración del contrato.

EL ALCALDE"

El Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acuerda emitir el presente informe, del que ha sido ponente D^a MACARENA SÁIZ RAMOS, Presidenta de la Junta Central de Contratación.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y legitimación para solicitarle informe.

Con carácter previo debe aclararse lo que entendemos es una confusión del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Daimiel, solicitante del informe, pues si bien lo encabeza y dirige a la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha, en el primer apartado de su escrito fundamenta su consulta en el artículo 328 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP, en adelante) cuyo apartado primero dice que *"La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal"*.

La Junta Central de Contratación es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 8 del Decreto 74/2018, de 23 de octubre, por el que se



regula la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el sistema de contratación centralizada, que dispone que *“La Junta Central de Contratación emitirá informes en el ámbito de sus competencias a petición de las secretarías generales de las diferentes consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, de la Intervención General, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de los representantes de cualquiera de las entidades del sector público previstas en el artículo 2. También podrán solicitar informes y elevar consultas a la Junta Central, sobre cuestiones de carácter general en materia de contratación pública, los representantes de las entidades locales del ámbito territorial de Castilla-La Mancha”*. Por otro lado, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Daimiel, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 7.8.

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que los informes que pueda emitir esta Junta revisten un carácter facultativo y general, pues no le corresponde informar a la misma expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

En el caso que nos ocupa, como en la práctica totalidad de las solicitudes de informe que se dirigen a la Junta Central de Contratación, las cuestiones que se plantean están relacionadas con un supuesto en concreto, lo que no supone que exista, sin embargo, impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se dirige a esta Junta, para que la misma se pronuncie acerca de las tres cuestiones fundamentales que aquí se plantean, como son la duración, la prórroga, y la modificación de los contratos de gestión de servicios público en su modalidad de concesión.

II. Sobre el régimen jurídico aplicable al contrato: duración, prórroga y modificación.

Las cuestiones que aquí se plantean, relacionadas con la duración, prórroga y modificación del contrato, deben analizarse primeramente a la luz del *“Pliego de Condiciones Jurídicas, Económicas y Administrativas que regula la adjudicación directa de concesión de explotación conjunta del*



servicio municipal de agua potable y mantenimiento de alcantarillado, con registros, de Daimiel” (Pliego de Condiciones, en adelante). Este documento es el que rige el contrato y define su objeto, por remisión al artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, a cuyo tenor *“Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa (...) La concesión podrá comprender: a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas (...)”*. En concreto, el objeto del contrato, según la cláusula primera del Pliego de Condiciones, se define en los siguientes términos: *“La gestión y explotación de servicio municipal de suministro de agua potable a domicilios particulares, instalaciones industriales y deportivas de toda clase como servicios públicos (...) particulares, comunidades y grupo de personas residentes en Daimiel, conjuntamente con el mantenimiento de la red de alcantarillado con registros, con las instalaciones que se pondrán a disposición del contratista (...) al formar parte de los elementos necesarios para la prestación de los citados servicios”*.

Determinado el objeto del contrato y su naturaleza jurídica, como contrato de gestión de servicios públicos, el siguiente paso es determinar la normativa aplicable por razón de la fecha de su adjudicación. Según la documentación facilitada por el Ayuntamiento de Daimiel, el contrato se adjudicó con 20 de enero de 1993 y se formalizó con fecha 16 de febrero del mismo año. Posteriormente, según documentación adjunta, se acordó su prórroga mediante acuerdo del Pleno de fecha 15 de diciembre de 1994 (según el escrito de consulta, este acuerdo es de fecha 15 de diciembre de 1995); en todo caso, bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (en adelante LCE) y del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el cual se aprobó el Reglamento general de contratación del Estado (de ahora en adelante, RGCE). La normativa local aplicable a este contrato atendiendo a su fecha, son, por una parte, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (RCCL, en adelante) y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL, en adelante).

Sobre la aplicación a la contratación de las entidades locales de la normativa estatal, simplemente apuntar, que en la modificación operada por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se dio nueva redacción a ciertos artículos y se añadieron otros al texto articulado de la LCE, se hizo su aplicación extensiva a todas las Administraciones Públicas, tanto en cumplimiento



de las obligaciones contraídas por España por su pertenencia a la Comunidad Europea, como por mandato constitucional. Y este mismo criterio fue seguido por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se reforma el RGCE.

El Pliego de Condiciones y las citadas normas, legales y reglamentarias, vigentes al tiempo de adjudicación del contrato sobre el que se formula la consulta, conforman el régimen jurídico aplicable al cumplimiento y ejecución del contrato y a los derechos y obligaciones de las partes

En primer lugar, y en lo que a la duración del contrato se refiere, el artículo 64 de la LCE, ya establecía que el contrato de gestión del servicio público no podía tener carácter perpetuo o indefinido, que debía fijarse necesariamente su duración y las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que en ningún caso pueda exceder el plazo total incluidas las prórrogas, de noventa y nueve años. En cuanto a la modificación de este tipo de contratos, el artículo 74 de la citada LCE establecía que la Administración podía modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que tenían que ser abonadas por las personas usuarias; y que, cuando estas modificaciones afectaran al régimen financiero del contrato, la Administración tenía que compensar al empresario de manera que se mantuvieran en equilibrio los supuestos económicos que presidieron su perfección.

Por su parte, el RGCE, en su artículo 211, sobre contenido de los pliegos de cláusulas de explotación, decía en el punto siete que los mismos debían prever *“el plazo del contrato y de las prórrogas posibles, determinando con precisión la fecha en que el contrato empezara a tener efectos”*. El artículo 221, sobre modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, reproducía el contenido del citado artículo 74 de la LCE.

En el ámbito local, el RCCL establecía en su artículo 51 que los contratos tenían que ser inalterables a partir de su perfeccionamiento, que tenían que cumplirse con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que lo regularan y que sus condiciones sólo se podían modificar mediante nueva licitación, salvo los supuestos que, expresamente, se preveían. Entre estos supuestos, se tiene que hacer especial referencia a lo previsto en el artículo 54 que permitía la modificación de las prestaciones por causas imprevisibles e inevitables o por motivos de interés público, siempre que se dieran las condiciones establecidas en el mismo precepto y en los términos que expresamente



se determinaban. Por último, el RSCL determina en el artículo 115 que se tiene que fijar el plazo de duración de la concesión, el cual no puede ser superior a cincuenta años. Y el artículo 127 de esta misma norma establece la posibilidad de modificar el contrato, por razones de interés público, con la obligación para la Administración de mantener su equilibrio económico.

La normativa aplicable al contrato que nos ocupa, ya establecía, tanto la duración de los contratos como su prórroga. Y, en cuanto a la modificación de los contratos, debía fundamentarse en razones de interés público y en caso de ruptura del equilibrio económico se establecía la obligación de la Administración de compensar al contratista.

Una primera conclusión, acorde a la interpretación que de los preceptos anteriormente citados, hizo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 38/1998, de 16 de diciembre de 1998, es que *“la prórroga o ampliación del plazo de la concesión de servicio público, sólo es posible si está prevista, así como su duración, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y deberá concederse en los términos previstos en dichos pliegos, tanto si, por la fecha del contrato, resulta aplicable la Ley de Contratos del Estado, como si lo es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*; precisión esta última que obedece a la indefinición de la fecha de adjudicación del contrato al que se refiere dicho informe.

Esta regla general de rigurosa aplicación al régimen de duración y posible prórroga de un contrato ya adjudicado, de lo dispuesto en el pliego de condiciones y en la normativa vigente al tiempo de su adjudicación, debe ser matizada si de lo que hablamos es de la **prórroga tácita** o por consentimiento tácito de las partes. En estos casos, aunque dichas prórrogas tácitas estuvieran recogidas en el clausulado de los pliegos de condiciones y admitidas por la LCE, e incluso por la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), debemos remitirnos a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, reflejada en los informes de 7 de junio y 9 de julio de 2004 (expedientes 24/04 y 35/04) y en tres de esta misma fecha (expedientes 47/04, 50/04 y 55/04), por la cual, tras la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de noviembre, por la que se modifica, entre otros, el artículo 68.1 de la LCAP, las prórrogas tácitas deben ser rechazadas. El citado artículo 68.1 deja bien claro que *“a los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente*



se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.

Sobre la aplicación de este artículo al régimen de duración y prórrogas de contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor es meridianamente claro el Informe 47/04, de 12 de noviembre de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el que se analiza, como cuestión fundamental, la duración y prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos celebrado en 1994; vigente, por tanto, la LCE. El citado órgano consultivo dice:

“Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de prórrogas tácitas a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en el sentido de disponer que en los pliegos ha de fijarse “con precisión el plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes”, hay que citar a los informes de esta Junta de 7 de junio y 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04, 35/04) y tres de esta misma fecha (expedientes 50/04, 55/04 y 57/04), en las que se mantiene el criterio de que las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas una vez entrada en vigor la nueva redacción del artículo 67 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al resultar un contrasentido -se afirma que el segundo informe citado- que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas. Además, la prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, por lo que debe considerarse nuevo contrato, lo que impone que, al producirse durante la vigencia del actual artículo 67.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el consentimiento contractual que la prórroga implica haya de ser necesariamente expreso.”

A mayor abundamiento en esta línea argumental, el Informe 12/06, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, analiza un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa, referido a un Ayuntamiento de Castilla-La Mancha que consulta sobre la prórroga de un contrato de la misma naturaleza y objeto que el que aquí se analiza. Pues bien, dicho informe, se remite a los argumentos expuestos en el de 12 de noviembre de 2004 (expediente 47/04),



rechazando de plano la prórroga tácita del contrato una vez entrada en vigor la nueva redacción del artículo 68 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 67.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor: *“A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes”*.

Sobre la aplicación del citado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio al régimen de duración de contratos adjudicados antes de su entrada en vigor y, en especial, sobre la nulidad de las prórrogas tácitas establecidas en los contratos celebrados antes de la prohibición de estas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, ello se fundamenta en que cada prórroga contractual se considera una novación¹, lo que conlleva aplicar la normativa vigente en el momento de acordar esta, tal como concreta el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2275) – que anuló la prórroga de una concesión de servicios públicos que ampliaba sustancialmente la duración inicial del contrato–, al afirmar que, *“aunque las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones, “debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de esta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos” porque, en caso contrario, “los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]”*.

¹ Ver el artículo publicado en la REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (REGAP) | ISSN: 1132-8371 | Núm. 55, titulado **“Reflexiones jurídicas sobre la contratación de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública”** de M.ª FUENSANTA GÓMEZ MANRESA, Profesora titular de Derecho Administrativo Universidad de Murcia



Sentado el criterio a seguir sobre el régimen de duración y prórroga de un contrato adjudicado con anterioridad a la citada Ley 53/1999, de 28 de diciembre, veamos, a continuación, en qué términos se expresa la cláusula tercera del pliego de condiciones, reproducida en el escrito de consulta y en el presente informe. Dicha cláusula, en su versión inicial, establece que la duración del contrato **será de tres años, con prórrogas tácitas, si ninguna de las partes manifiesta lo contrario, al menos con seis meses de antelación al término del periodo inicial o de las sucesivas prórrogas de igual periodo, sin que, en ningún caso, el contrato, con sus posibles prórrogas, pueda exceder de 50 años.** Vigente ya el contrato, nos encontramos con que el Ayuntamiento, con fecha 4 de enero de 1994, adopta un acuerdo por el cual *“se amplía el plazo de vigencia del contrato inicial”*, por espacio de treinta años, a contar desde el 1 de enero de 1994, al asumir AQUAGEST el compromiso de instalar la planta descalcificadora de agua potable, así como el mantenimiento de la misma. Ciertamente en el citado acuerdo se habla de ampliación de la vigencia del contrato inicial y de prórroga del mismo, pero lo cierto es que dicho acuerdo no solo amplía sustancialmente la duración inicial del contrato – de tres a treinta años- sino que altera el régimen de prórrogas previsto en la citada cláusula tercera, que deberían ser por igual periodo al inicialmente establecido; o sea de tres años cada una con el límite de los 50 años.

Por otra parte, llama la atención el planteamiento realizado por el Ayuntamiento de Daimiel en lo que a la prórroga del contrato se refiere. Por una parte, plantea lo que denomina reactivación del régimen jurídico de las prórrogas tácitas, lo que supondría, tal y como ya hemos visto, prórrogas tácitas – o expresas, como dice el escrito- cada tres años hasta completar la duración total del contrato en 2043; sin embargo, en otro apartado del mismo escrito de consulta y, sobre todo, en la conclusión, la ampliación del plazo de duración del contrato no se presenta como una prórroga o prolongación en el tiempo de lo pactado, sino como una forma de compensación al concesionario por la ejecución y financiación de las obras de renovación de redes que el Ayuntamiento considera necesario ejecutar y que pretende realice la empresa concesionaria, de manera que ya no se habla de prórrogas cada tres años sino de ampliación de su vigencia hasta el límite máximo de duración del contrato, establecido en 50 años. En definitiva, como se dice en otro apartado, *“ejecutada la inversión por la concesionaria (...), esta tiene derecho al reequilibrio económico del contrato mediante la ampliación de su duración (...)”*.



Esta cuestión no es baladí, ni mucho menos, pues deja a la luz la verdadera pretensión del Ayuntamiento, que no es “reactivar” el régimen de duración y prórrogas inicialmente establecido para que el concesionario siga gestionando y explotando el servicio municipal de suministro de agua en los términos pactados, **sino modificar los términos esenciales del contrato vigente – objeto y duración- ampliando su objeto con el fin de que la concesionaria sea la que ejecute y financie las obras de ampliación y renovación de redes a cambio de una ampliación de la vigencia del contrato hasta el año 2043.**

No obstante, antes de entrar a valorar la posibilidad de modificación del contrato para incluir en el mismo las citadas obras, con lo hasta aquí expuesto, ya podemos concluir que **la prórroga del contrato propuesta por el Ayuntamiento de Daimiel, no puede contar con la aceptación y criterio favorable del órgano que informa** ya que ni se ajusta a las previsiones de la cláusula tercera del pliego de condiciones ni puede ser admitida tras la prohibición de las prórrogas tácitas llevada a cabo por la citada Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la LCAP ni conforme a la legislación vigente. En este punto, de acuerdo con el criterio expuesto en el Informe 7/2005, de 4 de octubre², de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, *“la posibilidad (de) que las partes contratantes prorroguen la vigencia de un contrato, así como su duración, tiene que reflejarse en el pliegos de cláusulas administrativas particulares del expediente de contratación, ya que éste tiene que recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato, y en el anuncio de licitación, para que sea conocida por todos los licitadores y pueda ser valorada a efectos de presentar las proposiciones correspondientes, de acuerdo con los principios de igualdad y concurrencia.”*

En cuanto a la naturaleza de la prórroga, los argumentos expuestos en el citado Informe 7/2005, de 4 de octubre de 2005, resultan de gran interés, pues la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, siguiendo su propia doctrina (Informe 4/1999, de 30 de septiembre), deja claro que *“la prórroga de un contrato implica que éste se prolonga durante un tiempo determinado después de la fecha inicial de finalización, pero esta **prórroga no***

² Citado en el Informe 15/2009, de 5 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña sobre “Posibilidad de prorrogar un contrato de gestión de servicio público como contraprestación por las inversiones hechas por la empresa adjudicataria”



modifica ninguno de sus elementos esenciales ni comporta novación y, por tanto, se mantienen las partes contratantes, el objeto, el precio (actualizado, si procede, de acuerdo con las previsiones del contrato, por ejemplo, por aplicación de la cláusula de revisión correspondiente) y el conjunto de derechos y obligaciones establecidos en el pliego de cláusulas administrativas”. (Énfasis añadido)

Y continúa: “se tiene que tener presente que las limitaciones normativas a la posibilidad de ampliar el período de gestión del servicio —consistentes en la existencia de una duración máxima de los contratos, incluyendo las prórrogas, y en la necesidad de indicar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares tanto la duración del contrato como de las posibles prórrogas-, tienen como base asegurar la concurrencia y el dinamismo del mercado o del sector de la actividad económica, garantía de comportamiento de eficiencia de un sector empresarial”.

(Énfasis añadido)

Descartada, a criterio de esta Junta Central de Contratación, la posibilidad de prórroga del contrato, **analizaremos a continuación la posibilidad de su modificación, para incluir en su objeto la ejecución de nuevas obras.** En primer lugar, nuevamente debemos aclarar cuál es la normativa aplicable a la modificación del contrato que nos ocupa, pues aunque el Ayuntamiento de Daimiel parece tener claro – y así lo dice en una de las últimas consideraciones de su escrito- que “este acuerdo de prórroga del Contrato supera una doble prueba: (i) por un lado, que dicha modificación estuviese prevista, **en la legislación aplicable al contrato (...)**” no es unánime el criterio doctrinal sobre la aplicabilidad de las normas vigentes a contratos adjudicados al amparo de la LCE, derogada por la LCAP.

La discusión doctrinal sobre la norma aplicable a los efectos, cumplimiento, extinción y, por supuesto, modificación, de los contratos, adjudicados y formalizados durante la vigencia de la LCE, viene motivada, fundamentalmente, por los términos en que viene redactada la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP, en adelante). Y es que a diferencia de lo dispuesto en la norma actualmente vigente³ y en las inmediatamente anteriores a

³ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

esta; concretamente, las de 2011 y 2007 ⁴, que, con mayor o menor acierto, dejan claro que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, no ocurre lo mismo con la normas inmediatamente posteriores a LCE. En efecto, si nos vamos a la LCAP, por la que se derogan expresamente la LCE, el RGCE y, también, el RCCL, citadas al inicio del presente informe, dicha norma – la LCAP de 1995- no hace referencia a la normativa aplicable a los efectos o cumplimiento de los contratos ya adjudicados, y simplemente dice que *“Los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente Ley de las actuaciones ya realizadas.”* Sin embargo, y de aquí viene la discusión, el TRLCAP establece en su **disposición transitoria primera**, bajo el significativo título, *“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre”*, que *“Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior (...)”* sin mayor concreción sobre si el término *“normativa anterior”* se refería a la LCAP, modificada por la Ley 53/1999, o a la normativa vigente en el momento de la licitación o de la adjudicación del contrato. A nuestro juicio, esta última interpretación es la que resulta acorde con el Código Civil, con lo manifestado por la jurisprudencia y con el criterio seguido por el propio legislador en normas posteriores como la actualmente vigente⁵. Dicho criterio se expone con gran claridad por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana en su Informe 2/2016, de 26 de abril de 2016⁶ en el que, sobre la normativa aplicable a cuestiones similares a las que aquí se plantean referidas a un contrato formalizado en 1984 dice lo siguiente: *“En cualquier caso, de acuerdo con lo dispuesto en*

⁴ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁵ Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. El apartado segundo dice: *Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.*

⁶ Informe 2/2016 de 26 de abril de 2016. junta superior de contratación administrativa de la generalidad valenciana. Obras que pueden considerarse comprendidas en un contrato de gestión de servicios públicos que el concesionario debía realizar, con cargo a su propia retribución. fondo de renovación de la red de abastecimiento. su vinculación al contrato suscrito. Entrada en vigor de la ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas. imposibilidad de continuar prorrogando el contrato.



el Código Civil y lo manifestado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia, el criterio de esta Junta es que el contrato debe ejecutarse y llevarse a término de conformidad con las condiciones pactadas que, en este caso, a tenor de la documentación facilitada por el Ayuntamiento, son las establecidas en el pliego de condiciones económico-administrativas que consta en la escritura pública de su formalización, sin que deban aplicarse o sean exigibles otras condiciones o reglas que no estén contempladas o referidas expresamente en dicho pliego, el cual podrá y deberá interpretarse de acuerdo con las normas vigentes al momento de su licitación y adjudicación, si ello fuera necesario y resultara pertinente (...)"

Por último, y antes de entrar en el análisis del pliego de condiciones del contrato que nos ocupa a fin de comprobar si la modificación pretendida se encuentra o no prevista en su clausulado, es importante traer aquí la argumentación, claramente restrictiva que, sobre la modificación del contrato, mantiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el propio TJUE. En el ya citado Informe 12/06, de 24 de marzo de 2006, el citado órgano consultivo estatal se pronuncia *"sobre la posibilidad de nuevas prórrogas en el contrato de concesión de servicio público y la posibilidad de modificación del objeto del contrato y prorrogarlo para comprender obras que se dicen necesarias"* y se remite a su informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 7/06) en los siguientes términos:

"(...) A mayor abundamiento de la tesis expuesta hay que citar que la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar a la libre concurrencia y, en este sentido, para su utilización en el caso concreto de las autopistas ha sido necesario una modificación normativa a nivel de Ley, cual es la operada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud del cual se adiciona un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, el cual viene a establecer la posibilidad de que la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión en los supuestos de modificación o ampliación "podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión" sin que sea lícito extender esta prevención a supuestos distintos de aquéllos a los que se refiere, es decir, a las concesiones de autopistas en régimen de peaje".



Y continúa: *“Por ello añadimos ahora que la prórroga del plazo de la concesión para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión no puede aplicarse a supuestos de gestión del servicio público de agua potable a que se refiere el presente expediente. Por lo que respecta, ya no a la prórroga, sino a la modificación del contrato, parece oportuno remitirse a los criterios de esta Junta reflejados en el informe de 12 de marzo de 2004 (expediente 50/03) y los que en el mismo se citan, expuestos en el sentido negativo en relación con la posible modificación de los contratos de gestión de servicios públicos por las siguientes razones:*

En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que aparte de los requisitos formales a que se sujetan tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público, expresando el primero que “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente” y el segundo –el artículo 163- en el mismo sentido que “la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

En segundo lugar, debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce” (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)”.



Este es también la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en la Sentencia “Succhi di Fruta” (Asunto C-496/99 P) que, en síntesis establece como principio *“que si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta”*. De lo que debe desprenderse, por lo que al Derecho Español se refiere, la necesidad de prever en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad modificación de las cláusulas contractuales y las condiciones en que ésta pueda llevarse a cabo.

Y la misma Sentencia establece que *“por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente”*. Lo cual quiere decir, según criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁷, que *“no habiéndose previsto la modificación, no pueden alterarse las condiciones esenciales del contrato.”*

Llegados a este punto, lo que parece claro es que **la modificación del contrato podría considerarse admisible si la misma se halla prevista**. En este sentido, el pliego de condiciones del contrato que se analiza recoge en su cláusula vigésimo octava que *“La Administración sólo podrá modificar el contrato cuando sea bien por causa de necesidades nuevas o técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el Pliego de Condiciones Técnicas o por razones de emergencia, cuyas circunstancias deberán quedar suficientemente justificadas”*. Y en términos más concretos, sobre las obras de ampliación y renovación de redes, la cláusula décimo novena, a la que alude el Ayuntamiento para justificar la modificación que pretende, dice que las citadas obras *“serán de exclusiva cuenta del*

⁷ Informe 43/08, de 28 de julio de 2008. «Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad



Ayuntamiento” si bien continua diciendo que “el concesionario podrá participar en ellas apartándolas total o parcialmente, siempre que el Ayuntamiento se comprometa a reembolsarle las cantidades invertidas, ya sea mediante el pago de una cuota anual, una sobretasa por metro cúbico facturado y cobrado, u otro procedimiento acordado en común por el tiempo que aquél explote los servicios.” Por tanto, la modificación que ahora se pretende no obedece a necesidades nuevas o técnicas imprevistas al tiempo de elaborar los pliegos pues, acabamos de ver que el pliego sí preveía la ejecución de obras de ampliación y renovación de redes, pero en términos de difícil encaje, tanto en la legislación vigente al tiempo de adjudicación del contrato, ya citada, como en el propio TRLCAP, si es que entendemos que esta es la norma aplicable al contrato que nos ocupa. La citada cláusula decimonovena parece querer dejar abierta la posibilidad de participación del concesionario en la ejecución y financiación de obras de ampliación y renovación redes - que *“serán de exclusiva cuenta del Ayuntamiento”* según su tenor literal- pero lo que ahora pretende el Ayuntamiento de Daimiel – que las ejecute y financie la concesionaria - tiene difícil encaje en dicha cláusula, pues el pliego no concreta mínimamente las obras ni la inversión que suponen, lo que habría impedido a los licitadores dimensionar esta eventual modificación del contrato; además, el pliego, lo que prevé, es la participación del concesionario; término que implicaría la realización de las obras conjuntamente con el Ayuntamiento y con un nivel de implicación similar; pero no la ejecución y financiación por la concesionaria en su totalidad. Y, por último, sin salirnos de la cláusula decimonovena, dicha participación del concesionario en las obras está condicionada al reembolso por parte del Ayuntamiento, de las cantidades invertidas por la concesionaria a través o por medio de algunas de las formas que dicha cláusula establece expresamente, e incluso mediante otros procedimientos acordados por la partes *“en común acuerdo”*, pero limitada dicha compensación al *“tiempo que aquél explote los servicios”*; o sea, a los treinta años establecidos como período de duración del contrato de gestión y explotación del servicio.

Y por si todo lo anteriormente expuesto no fuera suficiente, resulta que el propio pliego de condiciones del contrato, en su cláusula decimoctava, establece la obligación del Ayuntamiento de mantener el equilibrio financiero de la concesión, aludiendo a diferentes métodos, fórmulas o procedimientos para su reequilibrio. Así, la citada cláusula, prevé la compensación económica *“por razón de las modificaciones que le ordenare (el Ayuntamiento) introducir en los servicios y que incrementaren los costos (..);* sin que en ningún caso se hable de prórroga o ampliación de plazo como un medio para reequilibrar la concesión.

En definitiva, sin entrar en la justificación de la necesidad de las obras ni en las razones de interés público que las avalan; y desconociendo el objeto exacto de las mismas, el coste de la inversión y



el tiempo necesario para su amortización, lo cierto es que nos encontramos ante una **modificación sustancial del contrato vigente**, pues lo que se pretende no es solo variar la duración del contrato y el régimen de prórrogas sino ampliar su objeto en términos muy diferentes a los inicialmente licitados y recogidos en el pliego. En este punto, es conveniente recordar **que este contrato se adjudicó de forma directa**, cuando ya la LCE, modificada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, habla en su artículo 13 de la aplicación a los contratos administrativos de obras, de gestión de servicios y de suministros de los principios de publicidad y concurrencia y de que la contratación directa solo cabe en los casos previstos en dicha norma; o lo que es lo mismo, dicha forma de adjudicación de contratos sin publicidad ni concurrencia ya entonces era un supuesto excepcional de contratación, lo que nos obliga a ser aún más restrictivos, si cabe, en lo que a la admisibilidad de la modificación del contrato se refiere.

A modo de cierre de lo hasta aquí expuesto, se citan a continuación algunas sentencias del TJUE que evidencian el criterio del Alto Tribunal sobre las cuestiones planteadas. Este Tribunal ha señalado en su Sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14) lo siguiente:

*“28 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, **o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores** (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)”. (Énfasis añadido).*

Y en otro apartado de la misma sentencia se dice:



“30 En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C 91/08, EU:C:2010:182, apartado 42). Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69)”. (Énfasis añadido)

En virtud de las anteriores consideraciones jurídicas, el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formula las siguientes

III. CONCLUSIONES

- I. La pretensión del Ayuntamiento de Daimiel, de ampliar el objeto del contrato para incluir en el mismo la ejecución y financiación por el concesionario de determinadas obras en las redes y prorrogar el plazo de duración de la concesión, por el tiempo necesario para la amortización de la inversión, como mecanismo de compensación o reequilibrio del contrato, se informa desfavorablemente. **Dicha modificación no se ajusta a lo previsto en el pliego de condiciones y altera sustancialmente los términos de la adjudicación – directa- del contrato y las condiciones inicialmente pactadas.** En este sentido, con carácter general, tienen la consideración de esenciales *“aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente”⁸.*

- II. Sobre la consulta planteada por el Ayuntamiento de Daimiel, de si su pretensión es acorde con el principio de publicidad y concurrencia que rige la contratación administrativa, la respuesta es tajante en sentido negativo. **La modificación sustancial de los términos del contrato – objeto y duración- no es acorde a los principios de igualdad y no discriminación de licitadores ni a los de transparencia, publicidad y concurrencia que rigen actualmente la contratación administrativa** y que son de aplicación a la misma, al tratarse, en definitiva, de un contrato nuevo. Como tal contrato nuevo se aconseja la

⁸ Conclusiones recogidas en el ya citado **Informe 43/08, de 28 de julio de 2008.**



tramitación de un nuevo expediente de contratación y la adjudicación de las obras y/o de los servicios que constituyan su objeto en la forma prevista en la actualmente vigente LCSP.

- III. Tampoco es acorde la modificación del contrato que se informa, a la Jurisprudencia del TJUE ni, por supuesto, a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en cuyos considerandos son numerosas las referencias a la obligación de respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, publicidad, concurrencia y libre competencia.

**PRESIDENTA DE LA JUNTA CENTRAL DE
CONTRATACIÓN**

**SECRETARIA DEL PLENO DE LA JUNTA CENTRAL
DE CONTRATACIÓN**



Documento Verificable en www.jccm.es mediante
Código Seguro de Verificación (CSV): E478307777B8D2556C39B8