



CONSULTA 070/2024, de 31 de julio de 2024. Sobre la posibilidad de modificar un contrato de gestión de servicio público, y de acordar la prórroga, o ampliación del plazo, como medida para restablecer el equilibrio económico del contrato.

CONSULTA

1

“Desde el Ayuntamiento se está barajando la posibilidad llevar a cabo una modificación del "contrato de la explotación de la concesión del servicio público del ciclo integral hidráulico en el término municipal de XXXX " por razones de interés público. Los términos de la modificación vienen recogidos en el documentos denominado "Propuesta de modificación del contrato". En ese mismo documento se recoge una fundamentación jurídica a favor de la modificación, que conlleva la realización de obras en instalaciones y bienes relacionados con la prestación del servicio, actuaciones que dan lugar a un desequilibrio económico para el concesionario, desequilibrio que entendemos que solo puede ser solventado mediante la ampliación del plazo de duración del contrato. La presente consulta versa sobre la justificación de la modificación propuesta, si esta es ajustada a derecho”.

RESPUESTA

La consulta planteada versa sobre la posibilidad de modificación de un contrato de gestión de servicio público: " contrato de la explotación de la concesión del servicio público del ciclo integral hidráulico en el término municipal de XXXX ". Dicha modificación, tal y como resulta de la documentación aportada, consistiría en la realización de una serie de inversiones en relación con la ETAP, EDAR, así como las redes de saneamiento y abastecimiento, según lo indicado por el concesionario en el Plan Director de Abastecimiento XXXX, registrado el XX de XXXX de 2022, y del Plan Director de Alcantarillado, registrado el XX de XXXX de 2023.

Partiremos pues, del régimen jurídico aplicable a la modificación del contrato de referencia para responder a la consulta. La disposición transitoria primera 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 (LCSP, en adelante), establece:



“2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

El contrato se adjudicó con fecha XX de XXXX de 2004; por tanto, resultaría de aplicación la regulación establecida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP). No obstante, además de la citada norma, habrá de respetarse, en todo caso, tal y como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, en su Informe 1/2013, de 11 de abril, *“las exigencias del derecho comunitario y, en especial, los principios generales que informan la contratación pública según la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*. A la necesidad de respetar los principios comunitarios (publicidad, libre concurrencia, transparencia e igualdad de trato) se han referido también otras Juntas Consultivas, como la de la Región de Murcia (Informe 03/2012, de 25 de mayo), o la de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 16/2016, de 20 de julio).

A esta necesidad de respetar el principio de libre concurrencia al ejercer la potestad del *ius variandi*, se ha referido también el Consejo de Estado, en su Dictamen 1531/2003, de 24 de julio de 2003 (el resaltado es nuestro):

“(…) la modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991). Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de las exigencias propias del servicio, deriva de la exigencia de que concurran necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (artículo 101 de la LCAP, cuya aplicación no se excluye en el artículo 155.5 de la misma Ley). El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del ius variandi, concluía el Consejo de Estado en



su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, **podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas. (...)**”.

En el ámbito de la contratación administrativa hemos de partir necesariamente del principio de invariabilidad del contrato y, por tanto, del carácter restrictivo a la hora de interpretar los supuestos en que aquélla procede. En este sentido, el Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen 77/2008, de 28 de febrero, y 1.456/2009, de 21 de enero de 2010, indica:

“(...) La contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes –principio ne varietur– recogido fundamentalmente en el artículo 4 de la LCAP y reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que “existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva” (Sentencia de 3 de mayo de 2001).

Entre dichas excepciones se encuentra la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos, también denominada ius variandi, reconocida en el artículo 59.1 de la LCAP, privilegio que necesariamente ha de tener un carácter excepcional, como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre: “(...) la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observarían los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores del sistema de contratación pública” (...)”.

Asimismo, sobre el carácter restrictivo de la modificación, la Junta Consultiva de Cataluña, en el informe citado, indica (el resaltado es nuestro): *Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha puesto de manifiesto, en diversas ocasiones, el carácter excepcional que deben tener las modificaciones, de manera que **las condiciones iniciales de un contrato no se vean alteradas sustancialmente por la vía de la modificación contractual**, ya que eso puede suponer una vulneración de los principios de libre concurrencia y de buena fe que tienen que presidir la contratación del sector público.*



Esta previsión relativa a no alterar las condiciones sustanciales del contrato ya fue expuesta por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 50/03, de 12 de marzo de 2004 (el resaltado es nuestro):

*“(...) 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 concedores de la modificación que ahora se produce” (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en los informes de 17 de marzo de 1999 y de 2 y 5 de marzo de 2001, expedientes 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)”.*

El TRLCAP, regulaba la modificación de los contratos en su artículo 101, que disponía:

“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo 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”.

En concreto, y por lo que respecta al contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 163 del TRLCAP establecía:

“1. 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.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.



3. *En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, para que pueda llevarse a cabo la modificación del contrato objeto de consulta, debe basarse en razones de interés público y que existan necesidades nuevas o imprevistas; no obstante, también ha de respetarse el derecho comunitario, no pudiendo suponer la modificación una alteración de las condiciones esenciales del contrato, ni implicar la constitución de un nuevo contrato, pues ello debe realizarse teniendo en cuenta, en todo caso, los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación. A continuación, analizaremos el clausulado del pliego regulador del contrato y las circunstancias determinantes de la modificación, para comprobar su viabilidad y responder a la consulta planteada.

El objeto del contrato (artículo 1º) comprende tanto la gestión de los servicios de abastecimiento de aguas, alcantarillado y depuración de aguas residuales, como la ejecución de dos obras: colector de la veguilla y modificación de la red de colectores en XXXX (capítulo 7), y la urbanización de nuevos viales: Avenida de XXXX y Camino de XXXX (capítulo 8).

El artículo 10 del pliego se refiere a las “modificaciones del contrato”, y establece:

“El contrato que regula el presente pliego podrá ser modificado por razones de interés público debidamente justificadas, siempre dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos que marque la legislación vigente reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas”.

El artículo 18 se refiere a los proyectos y obras ofertadas, y se indica que la redacción de los dos proyectos y la ejecución de las obras “se amortizará con la explotación del servicio y a lo largo de todo el periodo de concesión”, debiendo incluir los licitadores dicha amortización en su oferta.

Indica el pliego, artículo 34, que (el resaltado es nuestro) “**el Ayuntamiento aportará y pondrá a disposición del Concesionario, para su conservación, explotación y en general la prestación del Servicio, la totalidad de los bienes, instalaciones y redes municipales actualmente adscritos al servicio, así como lo que en un futuro pudieran adscribirse”.**



El artículo 35 se refiere a la “ampliación y modificación de las infraestructuras”, en los siguientes términos (el resaltado es nuestro):

*“Los bienes, instalaciones y redes pertenecientes al Servicio de aguas **podrán ser ampliados, mejorados y modificados** a lo largo de la vida de este contrato **y se incluirán igualmente en el conjunto de bienes a gestionar** por el concesionario. Esta circunstancia no generará por sí misma y en favor del concesionario derecho a contraprestaciones económicas aparte de las que correspondan por los posibles nuevos abonados, si los hubiera.*

***Las obras de "primer establecimiento" o "reforma y reposición"** de la infraestructura del Servicio, según se definen en el artículo posterior de "Clasificación de las Obras", **serán por cuenta del Ayuntamiento**, quien las realizará en la forma y con los medios que considere más oportunos en cada momento. Entre las obras de primer establecimiento o reforma a cargo del Ayuntamiento se exceptúan aquellas que el concesionario oferte en su Proyecto de Organización y Prestación del Servicio, o mejoras ofertadas, las cuales correrán a su cuenta.*

(...)

Para las obras de primer establecimiento o reforma del Servicio, con independencia de quien las realice, podrá el Ayuntamiento solicitar del adjudicatario, y éste queda obligado a realizarlo, su control y vigilancia, así como la realización de las pruebas necesarias previas a su recepción y posterior adscripción al Servicio.

El Ayuntamiento dará audiencia al Concesionario en todo expediente de licencia de obras que suponga ampliación, renovación y/o mejora de las redes existentes en cada momento, al objeto de que emita informe técnico no vinculante sobre su incidencia en el servicio, así mismo el concesionario vigilará que dichas obras se realicen conforme a las disposiciones vigentes en cada momento, en cuanto a calidad y forma de ejecución.

(...)”.

Por su parte, el artículo 36 clasifica las obras distinguiendo las siguientes:



- Obras de primer establecimiento.
- Obras de reforma y reposición.
- Obras de Reparación.
- Obras de Conservación y Mantenimiento.

Indica el citado artículo, en consonancia con el anterior, que las obras de primer establecimiento y las de reforma y reposición, corresponden al Ayuntamiento. Sólo será obligación del concesionario la ejecución de las obras de reparación, conservación y mantenimiento.

El carácter que requieren las inversiones que se tratan de ejecutar parece que podría encuadrarse en los supuestos de obras de reforma y reposición; obras que, tal y como se ha indicado, corresponderían al Ayuntamiento. El pretender que sea el concesionario el que las lleve a cabo, a través de la modificación, podría implicar alterar las condiciones sustanciales de la licitación, pues el pliego establece con claridad que sólo corresponden al concesionario, en virtud del contrato, las obras de conservación y mantenimiento, y que las que son obligación del Ayuntamiento se pondrán a disposición de aquél, que, eso sí, deberá gestionarlas en todo caso.

Es más, incluso se prevé que, en el caso de tener que acometer obras de primer establecimiento o reforma, podrá el Ayuntamiento (y resultará obligatorio para el concesionario) solicitar de éste su control y vigilancia. Asimismo, se establece que se le conceda audiencia *“en todo expediente de licencia de obras que suponga ampliación, renovación y/o mejora de las redes existentes en cada momento, al objeto de que emita informe técnico no vinculante sobre su incidencia en el servicio”*.

Todo lo anterior denota que no corresponde al concesionario y, por tanto, no estaría dentro del objeto del contrato, la ejecución de las obras a que se refiere la consulta.

En este punto, es preciso traer a colación lo dispuesto por el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que, en su Informe 12/2021, de 30 de noviembre de 2021 establece lo siguiente:

“(…) 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. (...).

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, pressetext Nachrichtenagentur, C 454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69)”. (Énfasis añadido)

(...)”.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, indicó:

- a) La determinación apriorística de en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación sólo puede hacerse a la vista de las circunstancias propias de cada caso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que se deba tener en consideración el principio de que **son 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”.***

Esta consideración es la que actualmente se encuentra recogida en el artículo 205.2.c) de la LCSP: “(...) En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: 1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. (...)”.

De acuerdo con lo expuesto, estimamos que las obras que se pretenden acometer podrían alterar las condiciones sustanciales del contrato, de forma que, si hubiera sido conocida esta circunstancia por los licitadores distintos del adjudicatario, podrían haber modificado sus proposiciones o, incluso, podrían haberse presentado otros operadores económicos de haber conocido la modificación que ahora se persigue. Lo indicado conlleva que no se pronuncie este servicio sobre si se cumple el requisito previsto en los artículos 101 y 163 del TRLCAP (que exista interés público en la modificación, siempre que sea debida a necesidades nuevas o causas imprevistas), dado que existe ya otra causa que impediría la tramitación de la correspondiente modificación del contrato (alterar las sus condiciones esenciales).



En cuanto a la **posibilidad de ampliar el plazo de duración del contrato, como medida para restablecer su equilibrio económico**, es preciso también acudir a lo dispuesto en el pliego. El artículo 6 prevé que *“La concesión tendrá una duración de TREINTA Y CINCO AÑOS (35 años) contados a partir de su comienzo, por entenderlo incluido en el supuesto recogido en el apartado a) del artículo 157 del Real Decreto Legislativo 2/2000, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*. Ni en este artículo, ni en ningún otro, figura que el contrato pueda prorrogarse, ni el plazo de duración de las prórrogas.

Para apoyar esta propuesta, la entidad consultante trae a colación lo dispuesto por el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen de 8 de mayo de 2014. No obstante, las circunstancias del caso examinado no coinciden con las que son objeto de esta consulta, pues en aquél la prórroga sí está prevista en el PCPAP. Sin embargo, resulta interesante, para resolver la cuestión planteada, lo que indica el Consejo Consultivo, en cuanto al plazo de duración de los contratos de gestión de servicio público. En su Dictamen se remite a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2005 (a la que se refiere también la consultante) que permite, en el caso enjuiciado, que la compensación económica por la modificación del contrato se articule mediante la prórroga de la concesión para conseguir una adecuada amortización.

Sin embargo, también se refiere el Consejo Consultivo a otra Sentencia del mismo Tribunal, de 25 de mayo de 2006, que se pronuncia en sentido contrario:

»Ahora bien esa interpretación no se deduce de las normas antes mencionadas, ni tampoco de los artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, porque la ampliación del contrato, o, en otro caso, la prórroga del mismo no está contemplada en aquel que tiene una duración limitada establecida necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como las de las prórrogas de que pueda ser objeto, de modo que la pretendida compensación vía ampliación del contrato o prórroga del mismo para compensar de ese modo al contratista por la ruptura del equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato, vulnera el principio general de la contratación pública que se refiere a la libre competencia, puesto que de prorrogarse o ampliarse el contrato para compensar al concesionario de los desembolsos económicos que en este caso concreto vino obligado a hacer, al modificarse el contrato en cuanto al modo de prestación del



mismo, llevaría consigo que la Administración impidiese que al concluir el contrato se volviese a licitar el mismo, conculcando de ese modo el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre concurrencia en la contratación pública”.

Continúa diciendo el Consejo Consultivo (el resaltado es nuestro):

*En definitiva, cabe concluir que, con carácter general y siempre que no se trate de una modificación contractual, los contratos de gestión de servicios públicos podrán prorrogarse dentro de los límites previstos en el artículo 158 de la LCAP, que establece los plazos máximos de la concesión, **siempre que la prórroga y su duración esté expresamente previstas en el pliego**; y que, en los casos de falta de previsión o incluso de prohibición de tal posibilidad, la concesión solo podrá prorrogarse en los supuestos concretos previstos por la normativa.*

(..)

*Sentado lo anterior, ha de recordarse que **en los contratos de gestión de servicios públicos, el plazo constituye un elemento primordial de la licitación, por lo que su ampliación conlleva una modificación sustancial del contrato que podría vulnerar la libre concurrencia**. Ahora bien, en el supuesto analizado no se trata de una ampliación del plazo concesional ni de acordar prórrogas no previstas en los pliegos, sino de anticipar una de las dos posibles prórrogas del contrato contempladas en el PCAP, en los términos que en éste se recogen”.*

Sobre esta cuestión, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones, negando la posibilidad de prorrogar un contrato como medio de compensación cuando ello puede conculcar el principio de concurrencia. A estos informes se remiten otras Juntas Consultivas cuando tienen que pronunciarse sobre este asunto; entre otras, la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, en su Informe 02/2010, de 29 de abril, indica (el resaltado es nuestro):

“(…) En definitiva los contratos de gestión de servicios públicos podrán ser prorrogados dentro de los límites que fija el mencionado artículo 158 siempre y cuando dicha prórroga



*y su duración esté expresamente prevista en el pliego, de suerte que la misma habrá de aplicarse en los mismos términos previstos y **en el caso de falta de previsión o incluso prohibición en ellos, el contrato de gestión no podrá prorrogarse.***

En este sentido se han manifestado diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación, así en su Informe 9/99, de 30 de junio de 1999 literalmente dice que <<la prórroga que se propone no se ajusta a las previsiones del artículo 26 del pliego, pues estableciendo el mismo la posibilidad de prorrogar por iguales períodos que el plazo inicial (cinco años) aquí se está hablando de una prórroga de trece o veintiséis años, con lo que confirmado el criterio expuesto en el informe de 16 de diciembre de 1998 la prórroga no sería factible por no ajustarse, en cuanto a su duración, a lo previsto en el pliego. >>

En términos similares se pronuncia el Informe 38/98, de 16 de diciembre de 1998, cuando expresa 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>>

*También el Informe 47/98, de 17 de marzo de 1999, mantiene dicho criterio cuando con respecto a los artículos 158 de la LCAP y antiguo 64 de la Ley de Contratos del Estado dice que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa << han venido interpretando tales preceptos en el sentido de que **si bien en los contratos de gestión de servicios públicos es admisible la prórroga del plazo de duración es necesario que la misma y su duración estén prevista expresamente en el pliego**, ya que caracterizado éste como “ley del contrato” al ser definidor de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, según el artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 10 de la Ley de Contratos del Estado) la falta de previsión en el mismo impide su aplicación.>>*

(...)



Es admitido con carácter general que la prerrogativa del ius variandi ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio económico, pero el problema que se plantea es el relativo a la determinación de la forma de compensación al contratista, esto es, si debe ser económica o si puede afectar a la duración del contrato y más concretamente si esta compensación puede consistir únicamente en la ampliación del plazo del contrato o prórroga del mismo.

Tema este sobre el que, si bien es cierto que a nivel jurisprudencial no existe una postura única tal como se recoge expresamente en el Informe del Servicio Jurídico, donde se detallan diversas Sentencias del T.S. en sentido contrario, no es menos cierto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sí parece haber mantenido un mismo criterio que responde al de su no admisión por vulnerar el principio de la libre concurrencia que debe presidir la contratación pública, criterio que se mantiene, entre otros, en los siguientes informes de aquella que, a continuación se detallan. (...)”

Entre los informes a que se refiere la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, se encuentra el Informe 61/08, en el que se plantea la ampliación del plazo concesional como medida para restablecer el equilibrio económico del contrato. Señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (el resaltado es nuestro):

*“(...) La consulta se refiere, sin embargo, de modo específico a la **ampliación del plazo concesional para permitir la compensación**. Ello supondría, no tanto incrementar la duración del contrato por el mecanismo de las prórrogas previstas en él, cuanto aumentar el plazo de duración originario de la concesión, sobre el cual actuarían ulteriormente las prórrogas previstas. Pues bien, respecto de esta opción la Junta no puede por menos que manifestarse en contra habida cuenta de la falta de cobertura legal que una opción así tendría. En efecto no existe ni un solo precepto en la legislación aplicable a la concesión que examinamos que permita admitir una posibilidad tal.*

La opción de considerar aplicable lo establecido en el artículo 258 b) de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, es, según hemos puesto de manifiesto repetidas veces



a lo largo de este informe, inaceptable de conformidad con la disposición transitoria primera de dicha Ley.

(...)”.

Así pues, de acuerdo con lo anterior, este servicio considera que no sería posible la utilización de la prórroga como medio de compensar el desequilibrio económico del contrato que supondría la tramitación de una modificación del mismo, pues no se contempla ningún régimen de prórrogas en el contrato. Tampoco sería posible la ampliación de la duración de la concesión (y mucho menos por el plazo que indica la consultante, fijado, además, de manera arbitraria, sin base normativa alguna) a que se refiere la consultante, pues tal posibilidad no se encuentra contemplada en el TRLCAP, norma de aplicación al caso que nos ocupa.

Como conclusión, indicar que este servicio estima que la modificación que se pretende llevar a cabo podría suponer una alteración de las condiciones esenciales del contrato, quebrando los principios comunitarios de publicidad, libre concurrencia, transparencia e igualdad de trato, tal y como se ha indicado anteriormente. No obstante, si el órgano de contratación considera lo contrario y, finalmente decide modificar el contrato, tampoco apreciamos que sea viable una prórroga o ampliación del plazo concesional como medida para restablecer el equilibrio económico del contrato, por las razones expuestas.

Finalmente, indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN