



Informe 4/2016, de 8 de julio de 2016, sobre la posibilidad de modificar un contrato administrativo (gestión de servicio público – modalidad de concesión) suscrito por una mancomunidad de ayuntamientos como consecuencia de la ampliación de su ámbito territorial.

ANTECEDENTES

Por la Mancomunidad de Ayuntamientos de la Serra do Barbanza se dirigió a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

Cuestión sobre la que se solicita informe: “Posibilidad de modificar un contrato administrativo (gestión de servicio público - modalidad concesión) para ampliar su ámbito territorial por ampliación a su vez del ámbito territorial inicial de la Mancomunidad; e incidencia en la modificación contractual pretendida de sentencia judicial firme anterior que interpreta el contrato administrativo”

ANTECEDENTES DE HECHO relevantes para la consulta:

I. La Mancomunidad de Ayuntamientos de la Serra do Barbanza está actualmente conformada por 6 municipios, miembros de pleno derecho (Brión, Carnota, Lousame, Muros, Noia y Porto do Son).

II. Esta Mancomunidad suscribió un contrato de ejecución de obra (construcción de un complejo medioambiental) y gestión de servicio público, modalidad concesión, para la recogida y tratamiento de los RSU, que fue firmado el 21/08/2001.

III. El proceso de adjudicación fue complejo e irregular. Los pliegos fueron aprobados en el año 1999 y el ámbito territorial estaba conformado por 7 Ayuntamientos (Brión, Lousame, Muros, Noia, Porto do Son, A Pobra do Caramiñal y Rianxo). Se adjudicó provisionalmente en junio de 1999. En marzo del año 2000 se procedió a su adjudicación definitiva. En ese proceso dos Ayuntamientos salieron de la Mancomunidad (A Pobra do Caramiñal y Rianxo). Así, en febrero de 2001 la Xunta de la Mancomunidad (órgano similar al Pleno de un Ayuntamiento) acuerda unas nuevas cláusulas que conformarán el futuro contrato administrativo. Y finalmente este contrato administrativo se firma el 21/08/2001, estando conformando el ámbito territorial de la Mancomunidad y de la concesión por cinco ayuntamientos (Brión, Lousame, Muros, Noia y Porto do Son). Carnota se incorporó unos años después (año 2004) como miembro de pleno derecho.

ANTECEDENTES JURÍDICOS relevantes para la consulta:

I. El contrato administrativo tiene una redacción confusa. Se transcribe un resumen del mismo, para hacerse una mejor idea:

"En _____, sed de la Mancomunidad, 21 de agosto de 2001

INTERVIENEN

D. _____, como Presidente de la Mancomunidad....

D. _____, como Secretario de la Mancomunidad....

D. _____, como representante de la mercantil....

Los comparecientes se reconocen mutuamente capacidad legal para el otorgamiento del presente contrato y a tal efecto EXPONEN:

I. ANTECEDENTES

[...]

*f) La Xunta de la Mancomunidad en sesión extraordinaria urgente de 20/08/2001 acordó:



[...]

i) Se aprueba la autorización al adjudicatario de la prestación de los servicios contratados con la Mancomunidad a otros ayuntamientos y los medios de la Mancomunidad siempre y cuando se acorde por las partes (Mancomunidad y XX SANA) la repercusión de los costes de utilización de dichos medios a los otros Ayuntamientos. **En el supuesto de que se produzca la incorporación de nuevos Ayuntamientos, se procederá a la revisión del canon de cada servicio a abonar por la Mancomunidad.**

II. Sobre los antecedentes que preceden, las partes otorgan el presente contrato sobre la base de las siguientes CLÁUSULAS:

[...]

DÉCIMO SÉPTIMA: La mercantil *XX SANA se obliga a la gestión, en régimen de concesión, del servicio público de RSU de la Mancomunidad, con arreglo a los Pliegos de cláusulas administrativas y Prescripciones Técnicas, así como a las cláusulas de este contrato.

DECIMOCTAVA: La concesión administrativa se extiende territorialmente a los Ayuntamientos integrantes de la Mancomunidad...

Como puede observarse en la parte de CLÁUSULAS no se recoge nada relativo a la incorporación de nuevos Ayuntamientos. Y hay que reseñar que el acuerdo de la Xunta de 20/08/2001 fue posterior a la aprobación del expediente de contratación y adjudicación del contrato (adjudicado provisionalmente en el año 1999 y definitivamente en el año 2000).

II. El Pliego de Cláusulas Económico Administrativas en el que aquí interesa dice:

Artículo 43, Deberes del concesionario: *"realizar los trabajos extraordinarios que se les encomienden. El coste de estos servidos será abonado de acuerdo con los precios unitarios vigentes en cada momento. En el supuesto de inconcreción se pactarán precios contradictorios en la forma que indica en pliego de cláusulas".* No obstante en el Pliego no se vuelve a hablar de esta cuestión

Artículo 45, Facultades de la Mancomunidad: *"ordenar las modificaciones que exija el interés público y entre otras, la variación de la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones de los servicios"*

III. El Pliego de condiciones técnicas en lo que aquí interesa dice:

Artículo 3: *"Los servicios objeto de la concesión **abarcarán toda la Mancomunidad.** No obstante, **el diseño de las instalaciones tendrá la elasticidad necesaria para permitir la incorporación de otros Municipios que en su día puedan determinarse"***

IV. El Anexo X

Finalmente hay un Anexo 10, que modifica los Pliegos del contrato (sobre unas 12 cláusulas del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas y del Pliego de Prescripciones Técnicas), firmado por el presidente y por el representante de la concesionaria.

Este Anexo 10 no tiene ni fecha, ni lugar de firma. Pero la realidad, es que se viene aplicando desde que se inició la concesión. Al inicio del documento se señala que el mismo contiene las modificaciones realizadas en los Pliegos que se deben realizar para plasmar y adaptar el dimensionamiento del servicio adjudicado a la situación actual de la Mancomunidad.

En este Anexo X se introducen las siguientes modificaciones, en lo que aquí interesa:

- Se modifica el ámbito territorial de la Mancomunidad. De los Ayuntamientos iniciales ahora se recogen los ayuntamientos reales que conforman la Mancomunidad y con los que nace la concesión.
- Modifica el artículo 3, ámbito territorial y señala: **"Los servicios objeto de la concesión abarcarán toda la**



Mancomunidad de Ayuntamientos del Barbanza o de fuera de ella previa autorización de aquella. Inicialmente se prestará el servicio a los Ayuntamientos de Porto do Son, Brión, Lousame, Muros y Noia. No obstante, el diseño de las instalaciones tendrá la elasticidad necesaria para permitir la incorporación de otros Municipios que en su día puedan determinarse (...)

V. En el año 2013 surge un conflicto entre la Mancomunidad y la concesionaria en relación con la interpretación del contrato, que fue resuelto en sede judicial de un modo firme a favor de la Mancomunidad.

El concreto conflicto fue el siguiente. El concesionario debe recoger la basura que se produzca en la Mancomunidad y tratarlo. El material reciclado se convierte en su propiedad y queda a su libre disposición.

Desde el inicio de la concesión hasta el año 2011 el ente gestor del SIG (Sistema integral de gestión) le recogía al concesionario el 100% de un producto X (envases) Pero a partir del 2011 pasó a recoger sólo el 80%.

El concesionario exigió a la Mancomunidad que le compensara por esa pérdida económica. La Mancomunidad desestimó por silencio.

En los tribunales (primera instancia y apelación en el TSJ de Galicia) se le dio la razón a la Mancomunidad. No hay que compensar al concesionario. El producto tratado es de su propiedad y por lo tanto puede vender 100, 80 o nada. Es a su riesgo o ventura.

VI. Datos económicos de la concesión:

- El precio adjudicado del contrato fue de 196.683.428,00 pesetas/año (año 2001) que traducido a euros implica 1.182.091,21 /año (precio para los 5 Ayuntamientos iniciales)
- El precio para esos 5 Ayuntamientos iniciales, segundo a última revisión de precios aprobada, es 1.743.623,76 €/año.
- El precio para el Ayuntamiento de Carnota, segundo a última revisión de precios aprobada, es de 258.559,9 €/año. El Ayuntamiento de Carnota, se incorporó en el año 2004

VII. Por la fecha de su firma, el contrato está sometido al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por lo que se aprueba el TRLCAP.

Después de estos antecedentes de hecho y de derecho, necesarios para entender el expediente de modificación contractual sobre el que se formula la consulta, acontece lo siguiente en el año 2014:

- Un nuevo ayuntamiento está interesado en incorporarse a la Mancomunidad.
- La Mancomunidad solicita al concesionario que formule oferta sobre el coste-precio que supondría la incorporación de ese nuevo Ayuntamiento a la concesión administrativa.
- El concesionario hace una oferta, que en resumen es del siguiente tenor:
 - El coste de recoger y tratar la basura para ese ayuntamiento es de 500.000 €/año, hasta el final de la concesión (restan 10 años). Este precio está actualizado segundo a última revisión de precios aprobada, y se revisará a medida que se vayan aprobando sucesivas revisiones de precio.
 - En el momento en que el ente gestor del SIG de envases abone el 100% de los envases recogidos, el precio pasará a ser de 420.000 €/año.
 - Es necesario adquirir un camión para refuerzo de los actuales.



- Es necesario adquirir nuevos contenedores que sustituyan a los actuales.

La Mancomunidad entiende que el concesionario con esta oferta está incumpliendo lo que ya dictaminó el juez. Es decir, la Mancomunidad no tiene que asumir ningún coste por la no venta total de un producto reciclado.

La Mancomunidad le dice al concesionario que no se aceptan esos 80.000 €. El concesionario responde que él tiene que cumplir la sentencia para el ámbito territorial de la Mancomunidad que existía cuándo él firmó el contrato. El concesionario alega que no se le puede obligar a recoger la basura en un nuevo ayuntamiento sin su consentimiento; y no presta su consentimiento con un precio anual de 420.000 €/año.

Teniendo en cuenta el TRLCAP, RXLCAP, el contrato, Pliegos y Anexos, se solicita la emisión de informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la modificación contractual que se pretende acometer y en particular:

- 1) ¿Se puede modificar el contrato administrativo adjudicado en el año 2001 y ampliar el ámbito territorial de la concesión, por ampliación del ámbito territorial de la Mancomunidad?
- 2) En este caso particular ¿se cumplen los requisitos legales para acometer esta modificación contractual y adjudicar directamente esta ampliación territorial al mismo concesionario, habida cuenta de los importes de que se están hablando? O formulado de otro modo ¿cuáles son los requisitos legales que deben cumplirse para acometer la modificación contractual y adjudicar directamente esa ampliación territorial de la concesión al mismo concesionario?
- 3) ¿Puede la Mancomunidad rechazar de la oferta del concesionario lo que este pretende cobrar por la no recogida del 100% de los envases, basándose en la sentencia judicial firme? O formulado de otro modo. ¿Siendo posible la modificación contractual, esta debe respetar los criterios interpretativos fijados por sentencia judicial firme, antes de acometer la modificación contractual?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Segundo el dispuesto en el artículo 2.1 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por lo que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndele a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, sometan su consideración las entidades comprendidas en su artículo 1, entre las que figuran las entidades locales de Galicia.

2. Haciendo uso de esa capacidad, la Mancomunidad de Ayuntamientos de la Serra do Barbanza traslada su consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato administrativo suscrito por una mancomunidad de municipios por el mero hecho de que durante la vigencia de aquel esta amplíe el número de ayuntamientos que la integran y, de ser el caso, los requisitos legales que se deben observar.

3. Cabe señalar en primer lugar que, respeto a la presente solicitud, este órgano consultivo debe reiterar lo reflejado en informes anteriores en el sentido de que no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que, en virtud de la legislación vigente en materia de contratación, competen a otros órganos de la actividad contractual. Tampoco actúa como fiscalizador de las actuaciones acordadas por los órganos con competencia en la materia ni como preliminar ni sustituta de instancias a las que les corresponde resolver las reclamaciones o recursos que los interesados interpongan.

Dicho lo anterior, indicar que el tenor de la consulta permite hacer abstracción de su literalidad y emitir un pronunciamiento genérico sobre el origen de modificar un contrato administrativo (gestión de servicio público – modalidad de concesión).

4. Para empezar, es preciso analizar el régimen jurídico que resulta de aplicación a una eventual modificación de un contrato de gestión de servicio público como la que es objeto de consulta.

El apartado 2 de la disposición transitoria primera del Real decreto legislativo, 3/2011, de 14 de noviembre, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP) establece que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”*

En consecuencia, toda vez que el contrato se licitó en el año 1999 y que fue adjudicado en el año 2000, la principal normativa de aplicación será la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por lo que se modifica la LCAP y normativa de desarrollo concordante.

Las sucesivas modificaciones normativas operadas en la materia contractual desde esa fecha no son de especial relevancia para el contrato de referencia hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (LES) que reformó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP) en varios aspectos, entre los que destaca el régimen de modificación de los contratos del sector público.

La LES trata de dar una solución, en este ámbito, a la disconformidad existente entre las normas de contratación pública española y las exigencias del derecho de la Unión, de preferente aplicación en caso de conflicto entre ambas normas, por imperativo del principio de primacía del derecho comunitario.

La disposición transitoria séptima de la LES establece que *“los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público que habían sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

A pesar de la aparente claridad de este precepto, la circular 1/2011 de la Abogacía del Estado, de 7 de abril, sobre el régimen de modificación de los contratos del sector público aclaró, a propósito de esta ley que *“El criterio correcto, por ajustado al derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no solo para los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y lo es en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge ex novo, sino que viene exigido por el Derecho de la Unión Europea y, como ya se dijo, su implantación venía motivada por el desajuste del derecho español al derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas y texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio).”*

Debe concluirse, pues, que el hecho de que la normativa que deba aplicarse a una eventual modificación de un contrato sea la que esté en vigor en el momento en que fue adjudicado el contrato, no impide que la dicha normativa pueda, y deba, ser interpretada necesariamente de acuerdo a los principios y normas de derecho comunitario.

La Unión viene de regular la contratación pública en el ámbito restringido de las fases de preparación y adjudicación de los contratos, por considerarlas más sensibles a las posibles vulneraciones de los principios de igualdad, libre concurrencia y transparencia. En la actualidad, las Directivas 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre la contratación pública y 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, pretenden dar un paso más y acoger los conceptos y nociones derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto de las fases posteriores a la adjudicación del contrato, tales como la subcontratación o la cesión, la modificación y la resolución. La transposición de estas



directivas, que tenía que haberse realizado antes del 18.04.2016, dará lugar a uno nuevo texto que regule la contratación del sector público en España.

En relación a la aplicación de estas directivas, en la Sentencia de 2 de junio de 2005, el TJUE advierte que cuando una directiva comunitaria establece previsiones *“incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular”*, este podrá invocarla, de ser el caso, frente a una entidad adjudicadora. Y añade, además, que *“En consecuencia, las propias directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación secundum directivam”*, esto es, las propias directivas ofrecen mecanismos de solución de los conflictos.

Sobre el caso que nos ocupa, en la Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) el TJUE aborda con profundidad los límites y los requisitos de la modificación de un contrato público, y concluye que *“los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como en su ejecución.”*

5. Además, hace falta ahondar en la tipología de la entidad contratante.

Las mancomunidades de municipios son entidades de base asociativa que disfrutan de la condición de entidades locales no territoriales que ostentan la personalidad y la capacidad jurídica necesaria para el cumplimiento de sus fines, según establecen los artículos 3 y 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL) y el artículo 2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia (LALGA). La mancomunidad de municipios disfruta de personalidad propia y diferenciada de la de los municipios que la integran y se califica, a los efectos del TRLCSP, de entidad del sector público considerada administración pública y poder adjudicador conforme a la clasificación del artículo 3.2 letra la) del mismo cuerpo legal.

El contrato administrativo regula los pactos, los derechos y los deberes de dos sujetos de derecho individualizados, una mancomunidad de municipios y una empresa contratista, por lo que no existe relación jurídica ninguna entre la mercantil y cada uno de los ayuntamientos que integran la mancomunidad. Por esta razón, el elemento subjetivo del contrato administrativo no varía por el mero hecho de incorporar un nuevo ayuntamiento a la mancomunidad durante su vigencia, ya que esta es un ente que disfruta de personalidad distinta y diferenciada de la de sus entes asociados. No obstante, cuando dicha incorporación implique un aumento en el volumen de prestaciones que debe ejecutar la empresa concesionaria, afectará al objeto del contrato y podría tramitarse en consecuencia, siempre que concurren los requisitos legales al efecto, una modificación contractual que garantice el equilibrio económico-financiero del contrato.

6. El régimen jurídico aplicable en materia de contratación pública prevé una regulación específica para los supuestos en los que el interés público aconseja variar el elemento objetivo de un contrato administrativo, en aras de garantizar el principio de equilibrio económico contractual y en íntima conexión con los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores.

A la vista de este régimen legal, la modificación del objeto del contrato como consecuencia de la incorporación de un nuevo municipio a la mancomunidad, con el deber para el contratista de asumir el servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos (RSU) en las condiciones estipuladas en la documentación contractual, requiere que concorra alguno de los siguientes supuestos:

Primero. De estar prevista en los pliegos o en el contrato, la posibilidad de modificación para aumentar las prestaciones como consecuencia de incorporación de nuevos municipios a la entidad contratante, -junto con una especificación clara, detallada y precisa de las condiciones en las que se llevará a efecto-, sería viable la modificación contractual por imperativo del axioma *pacta sunt servanda*, en conexión con el dispuesto en el artículo 160 de la LCAP según lo que el contratista vendría obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato.



Segundo. En el caso contrario, de no estar prevista en los pliegos o en el contrato, la falta de concreción de las condiciones de modificación en la documentación contractual implica que la modificación del contrato por la causa en cuestión deba seguir el régimen previsto en el artículo 102 de la LCAP de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia comunitaria ya comentada anteriormente.

A la vista de lo expuesto, el órgano de contratación podrá realizar la citada modificación por una ampliación del ámbito territorial siempre que tal situación esté prevista en la documentación contractual o cuando pueda acreditar que concurren los requisitos legalmente exigidos ante una circunstancia no prevista en los pliegos o en el contrato.

7. Finalmente, hace falta destacar que las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, ambas de 26 de febrero, prevén la desaparición del contrato de gestión de servicio público, que quedará integrado en el contrato de concesión administrativa que, a su vez, distingue dos variantes diferenciadas: la concesión de obras y la concesión de servicios.

En afianzamiento del marco de interpretación de los contratos celebrados con arreglo a normas anteriores según las normas europeas actuales, interesa adelantar aquí la incorporación del concepto europeo de “*riesgo operacional*”. Así, en ambas modalidades de concesión, el contrato implica la transferencia al concesionario del *riesgo operacional* en la explotación de las obras o de los servicios. Esto supone que no existe garantía de que el concesionario vaya recuperar las inversiones realizadas ni vaya a cubrir los costes en los que incurra como consecuencia de la explotación objeto de la concesión.

CONCLUSIONES

1. El hecho de que la normativa que deba aplicarse la una eventual modificación de un contrato sea la que esté en vigor en el momento en que fue adjudicado el contrato, no impide que la dicha normativa pueda, y deba, ser interpretada necesariamente conforme a los principios y normas del derecho comunitario. En consecuencia, la modificación sólo es posible cuando tanto los supuestos de hecho como las condiciones de la modificación se recojan en la documentación contractual.

Cuando no estén previstos o no se concreten suficientemente los supuestos de hecho y las condiciones de modificación en la documentación contractual, el contrato sólo se podrá modificar cuándo concurren los requisitos previstos en la normativa que le sea de aplicación, siempre que estos no se opongan a los principios comunitarios en materia de contratación pública.

2. Teniendo en cuenta la nueva regulación del contrato de concesión recogida en las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, este contrato conlleva la transferencia al concesionario del *riesgo operacional* en la explotación de las obras o de los servicios, lo que supone que no existe garantía de que el concesionario vaya recuperar las inversiones realizadas ni vaya a cubrir los costes en los que incurra como consecuencia de la explotación objeto de la concesión.

Santiago de Compostela, 8 de julio de 2016