

ASUNTO: *“Sobre posibilidad de prórroga del contrato de gestión de servicios públicos por la ejecución de obras por concesionario”.*

0995/22

FCG

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente

INFORME

I. ANTECEDENTES:

La documentación aportada por el Ayuntamiento obrante en el expediente de su razón: Pliego de cláusulas Administrativas Particulares

II. NORMATIVA APLICABLE

1. Real Decreto legislativo 2/2000, por el que se aprobó en Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El pliego de cláusulas administrativas (PCAP) que rige en este contrato establece en cláusula primera la posibilidad de que el adjudicatario ejecute obras:

“Igualmente es objeto del contrato, la ejecución por parte del concesionario de obras relacionadas con las infraestructuras, instalaciones, componentes y elementos en general necesarios para el funcionamiento y el normal desarrollo de los servicios, en las siguientes condiciones:

1. La adjudicación de obras a favor del concesionario podrá tener un importe máximo anual inicial, es decir referido al primer año de vigencia de la concesión, de de _____ €, IVA incluido; actualizándose esta cuantía posteriormente cada año y durante toda la vigencia del contrato conforme

al Índice General de Precios al Consumo para el conjunto nacional, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u órgano que lo sustituya.

2. El Ayuntamiento aprobará los proyectos o presupuestos necesarios y, previos los trámites oportunos, adjudicará la ejecución de las obras al concesionario.
3. Las obras de ejecutarán, en cualquier caso, bajo el control e inspección municipal; pudiendo exigirse, en cada momento, al concesionario el cumplimiento de los requisitos y garantías precisos conforme a la legislación aplicable a los contratos de obras.
4. La ejecución de estas obras será decidida discrecionalmente por el Ayuntamiento, conforme a su programa de inversiones y presupuestos anuales. Es así en cuanto que se trata de obras cuya competencia y financiación corresponde a la Entidad Local y al margen de aquellas que, en todo caso, debe ejecutar el concesionario a su cargo a tenor de lo establecido en el presente Pliego y como obligaciones propias de la explotación integral de los servicios que constituye el objeto primordial y fundamental del contrato.
5. En el supuesto de que anualmente y a decisión municipal, no se lleve a cabo obra alguna o no alcancen las adjudicadas el importe previsto en el apartado 1) anterior, el concesionario no generará a su favor derecho a indemnización, revisión de su retribución o compensación económica alguna; de forma que las citadas circunstancias no tendrán incidencia alguna en el equilibrio económico-financiero de la concesión.
La adjudicación de obras al concesionario en los términos anteriormente expuestos, y como parte integrante del contrato, no constituye un límite máximo que le impida concurrir, y en su caso resultar adjudicatario, en los distintos procedimientos contractuales que, conforme a la legislación en vigor, pueda convocar el Ayuntamiento.
6. El concesionario queda obligado a participar en la financiación, total o parcial, de este tipo de obras, a voluntad del Ayuntamiento, siempre que previamente se haya acordado la fórmula mediante la cual el Concesionario pueda recuperar dicha inversión realizada durante la vigencia del contrato.”

No obstante lo dispuesto en el PCAP sobre la posibilidad de que el concesionario ejecute obras relacionadas con las infraestructuras, instalaciones, componentes y elementos en general necesarios para el funcionamiento y normal desarrollo de los servicios, dichas obras no se concretan.

Debe tenerse en cuenta a este respecto lo dispuesto en el artículo 158.2 del TRLCAP:

"2. En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas."

En este punto, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por RD legislativo 2/2000 y norma de aplicación a su contrato al haberse adjudicado en 2004, ofrece unas reglas específicas para determinar el alcance concreto del objeto en cada uno de los contratos que regula y, concretamente, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, su artículo 154.1 establece lo siguiente:

1. Los contratos mediante los que las Administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 132 del TRLCP, los contratos de gestión de servicios públicos podrán comprender en su objeto, además de la actividad de prestación del servicio, la ejecución de obras necesarias para la prestación del mismo:

"2. En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas."

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Estado en su Informe 97/18, aunque emitido vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011, ha afirmado lo siguiente:

"Dichos contratos -los de gestión de servicios- podrán comprender en su objeto, además de la actividad de prestación del servicio, la ejecución de obras necesarias para la prestación del mismo, en cuyo caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133.2 del TRLCSP, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación

administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas." En virtud de tal remisión el artículo 131.1.a) dispone que los pliegos deberán contener una definición del objeto del contrato con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate, que **deberá contener el correspondiente presupuesto para su ejecución.** De este modo, queda claro que **cuando en el contrato de gestión de servicios públicos hayan de acometerse obras, las mismas deben estar previstas y descritas en la documentación preparatoria del contrato: pliegos, proyecto y presupuesto.** En coherencia con ello, el proyecto aprobado que es la base por la que se adjudica el contrato se convierte en un parámetro conforme al cual ejecutar aquel una vez celebrado, de conformidad con lo que dispone el artículo 279 del TRLCSP que señala que "El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación". En conexión con la idea anterior, recalcando la importancia de la definición del objeto del contrato y de las condiciones descritas en los pliegos y proyectos, resulta claro que el presupuesto de obras y sus características, unidos al proyecto de explotación, que contiene los requisitos propios para la prestación del servicio correspondiente, deberán ser tenidos en cuenta, entre otras cosas, para determinar los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores (art. 131.1.b) TRLCSP), así como el valor del contrato en cuestión (artículo 88.3 TRLCSP). En definitiva, de acuerdo con las reglas establecidas para la determinación del objeto de un contrato de gestión de servicios públicos establecidas en el TRLCSP, y como respuesta a las exigencias derivadas de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, podemos concluir que **para entender comprendidas dentro del objeto del contrato de gestión de servicios públicos determinadas obras posteriores al inicio de la explotación tales obras deberán haber sido previstas en el pliego de la licitación inicial por referencia a un anteproyecto o proyecto que permita identificar su alcance, condiciones y valoración.** Ello supone que debe identificarse con precisión los aspectos esenciales de tales prestaciones, que debe preverse inicialmente la solvencia o, en su caso, la clasificación que necesitan los licitadores para su ejecución y que, en suma, **no cabe acudir a fórmulas genéricas que adolezcan de una indeterminación inicial que sólo podrá ser concretada por una decisión de la Administración contratante. Tal solución carece de seguridad jurídica y**

puede ser perjudicial para el resto de los licitadores, para el contratista o, incluso, para la propia Administración contratante.

*Por tanto, como colofón de lo anterior, nuestra conclusión es que **no procede entender incluidas en el objeto del contrato de gestión de servicios públicos las obras que se concreten con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato sobre la mera base de menciones genéricas respecto a su inclusión en el objeto del contrato**, sin determinación previa de su alcance y valoración, o cuya concreción quede diferida a decisiones posteriores, que podrán realizarse o no por la Administración titular del servicio o por el contratista en función de una decisión discrecional."*

Por tanto, **analizado el PCAP esa referencia que en el mismo se hace a la ejecución de obras relacionadas con las infraestructuras, instalaciones, componentes y elementos en general necesarios para el funcionamiento y normal desarrollo de los servicios, no cumplen con ese requisito esencial de concreción, presupuesto y proyecto o anteproyecto de las mismas. Es decir, no existe ninguna determinación expresa de previsión inicial de obras que estarían a cargo del concesionario.**

En su consecuencia, y como conclusión, consideramos que **no procede entender incluidas en el objeto del contrato de gestión de servicios públicos la ejecución de obras a cargo del concesionario por no cumplir lo exigido en el mencionado artículo 158.2 del TRLCAP.**

2.DURACIÓN DEL CONTRATO. PRÓRROGAS.-En la cláusula tercera del PCAP se establece lo siguiente:

3.- PLAZO Y TÉRMINO DE LA CONCESIÓN.

1. El Contrato resultante de la adjudicación de este concurso tendrá una duración de veinticinco años, a contar desde la fecha en la que se formalice el correspondiente contrato administrativo, prorrogables tácitamente por períodos de cinco años, salvo denuncia expresada de forma fehaciente por algunas de las partes, con al menos un año de antelación al vencimiento del inicial o cualquiera de sus prórrogas, pudiendo alcanzar la duración total máxima de cincuenta años, establecida en el apartado a) del artículo 157 del TRLCAP.

2.1.PRÓRROGAS TÁCITAS.-Por lo que se refiere a la cuestión de las prórrogas tácitas en contratos anteriores a la 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, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

del Estado ha venido manifestándose en diversos informes, que confluyen en el informe 55/2004 de 12 noviembre, en el que se afirma que: *"...hay que remitirse a la doctrina de esta Junta reflejada en los informes de 7 de junio y de 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04 y 35/04) y en tres de esta misma fecha (expedientes 47/04, 50/04 y 57/04) expuesta en el sentido de que 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, **las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas, una vez entrada en vigor la nueva redacción del citado artículo 67.1 al resultar un contrasentido** —se afirma en el **informe de 8 de julio de 2004**— 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."*

Tal consideración de la necesidad de que las prórrogas de los contratos sean expresas ha venido manteniéndose en la legislación posterior a la citada Ley 53/1995:

- *Artículo 67.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000:*

*"1.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."*

- *Artículo 23.2 in fine de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, correspondiente con el artículo mismo artículo 23 del hoy vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por RD legislativo 3/2011 :*

"La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.



- Artículo 29.2, párrafo tercero, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público:

"En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes."

El fundamento de la necesidad de poner límites a las posibilidades de prórroga de los contratos, debe buscarse en las Directivas Comunitarias, y en el principio general de la contratación administrativa de favorecer la competencia, proscribiéndose las medidas, como era la prórroga tácita, por las que la «*competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada*». Adjetivos que se pueden aplicar a un procedimiento de prórroga de los contratos de manera constante que evite, así, nuevos procesos de licitación en libre concurrencia.

Como hemos visto, las sucesivas normas que han venido regulando la contratación pública desde la Ley 53/1999 exigen que el acuerdo de prórroga sea expreso, **prohibiendo de manera específica la prórroga tácita**. Así, siendo que la norma de aplicación al contrato que nos ocupa es el TRLCAP, conforme a lo dispuesto en su artículo 67.1, **las prórrogas deben ser expresas, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes. Por tanto, la referencia esas prórrogas tácitas adolece de nulidad**.

2.2.DURACIÓN MÁXIMA DEL CONTRATO.-Ya hemos visto que en la mencionada cláusula 3ª del PCAP se establece una duración máxima de este contrato de cincuenta años.

Pues bien, recordemos que el artículo 157 del TRLCAP establece lo siguiente sobre la duración de este tipo de contratos:

"El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público.

b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en el párrafo a)."

Como vimos en el epígrafe primero de nuestro Informe, esa determinación del PCAP sobre la ejecución de obras por el concesionario no cumple con el requisito

exigido en el artículo 158.2 del TRLCAP y, por tanto, está tildado de nulidad; consecuentemente con ello de aplicabilidad. Por consiguiente, **no es posible extender la duración de este contrato más allá de los veinticinco años inicialmente establecido en el PCAP.**

3.REVISIÓN DE OFICIO DEL PCAP.-Entre las causas de nulidad de derecho administrativo el artículo 62 del TRLCAP establece "a) *Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*" Y del procedimiento legalmente se ha prescindido tanto al establecer la posibilidad de ejecución de obras por parte del concesionario sin ajustarse a los requisitos exigidos en el artículo 158.2 del TRLCAP, como al permitir prórrogas tacitas y establecer duración máxima del contrato de cincuenta años en lugar de veinticinco.

Si acudimos a la norma de procedimiento administrativo en vigor, la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), su artículo 47.1 e) establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la LPACAP "Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta ". Por consiguiente, ante la existencia de causa de nulidad habrá de estarse a lo establecido en el artículo 106.1 de la LPACAP respecto a la facultad de revisión de los actos administrativos:

*"1. Las Administraciones Públicas, **en cualquier momento**, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y **previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma**, si lo hubiere, **declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. ."***

Así mismo, el artículo 64 del TRLCAP establecía respecto a la nulidad lo siguiente:

"1. La declaración de nulidad de los contratos por las causas expresadas en el artículo 62 podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el

artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. En los supuestos de nulidad y anulabilidad, en relación con la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación, se estará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.."

Por consiguiente, **conforme a los argumentos aquí expuestos, por el órgano de contratación deberá procederse a la revisión de oficio de las cláusulas del PCAP que hacen referencia tanto a la ejecución de obras por el concesionario como a las prórrogas tácitas y duración máxima del contrato de cincuenta años.**

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la vigente LCSP, **la norma de aplicación a su contrato, al haberse adjudicado en 2004, será el TRLCAP.**

SEGUNDA.-El artículo 158.2 del TRLCAP permite que los contratos de gestión de servicios públicos puedan comprender en su objeto, además de la actividad de prestación del servicio, **la ejecución de obras necesarias para la prestación del mismo, pero exige la especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización.** Así, cuando en el contrato de gestión de servicios públicos hayan de acometerse obras, las mismas **deben estar previstas y descritas en la documentación preparatoria del contrato: pliegos, proyecto y presupuesto.**

TERCERA.- En la determinación del objeto del contrato ni se contienen ni definen las obras a las que estaría obligado a ejecutar el concesionario; como tampoco aparece reflejado su concreción ni el valor estimado de las mismas.

CUARTA.-En su consecuencia, consideramos que **NO PROCEDE** entender incluidas en el objeto del contrato de gestión de servicios públicos la obra pretendida, al no haberse establecido con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato, sino, todo lo contrario, a posteriori, y, por tanto, sin determinación previa de su alcance y valoración.

QUINTA.-Las cláusulas del pliego referidas a la ejecución de obras, la **posibilidad de prórrogas tácitas** y a la **duración del contrato de cincuenta años son nulas**

de pleno derecho en los términos establecidos en el artículo 62 del TRLCAP, con remisión al artículo 47.1 de la LPACAP.

SEXTA.-Ante la existencia de causas de nulidad, **por el órgano de contratación deberá procederse a la revisión de oficio de las referidas cláusulas siguiendo el procedimiento establecido e el artículo 106 de la LPACAP, previo dictamen favorable de la Comisión Jurídica de Extremadura.**

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, 2022