

**Informe 7/09, de 25 de septiembre de 2009. «Consulta sobre qué normativa hay que aplicar a “adendas o “prórrogas” de convenios que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público».**

Clasificación de los informes: 2.3. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos o convenios excluidos.

**ANTECEDENTES**

Por el Interventor General de la Administración del Estado se formula la siguiente consulta:

*«Se han recibido en esta Intervención General diversas consultas relativas a la normativa que resulta de aplicación a los expedientes tramitados tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (LCSP en adelante), como “Adendas” o “Prórrogas” de convenios o encomiendas de gestión que fueron suscritos con anterioridad a dicha entrada en vigor y que, por tanto, se riguieron por la normativa anterior. En concreto se trata de determinar si estas “Adendas” o “Prórrogas” han de adaptarse a la nueva regulación prevista en la LCSP o, por el contrario, les es de aplicación la normativa por la que se rige el convenio o encomienda de gestión cuya modificación o prórroga se pretende.*

*Habida cuenta de la relevancia que dicha cuestión tiene en la tramitación de los correspondientes expedientes y que parece afectar con carácter general a todo el ámbito de la Administración General del Estado, esta Intervención General estima oportuno su elevación a la consideración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.*

*A este respecto, conviene señalar que la LCSP, de conformidad con lo establecido en las letras c) y d) del apartado primero de su artículo 4, excluye de su ámbito de aplicación los convenios celebrados tanto con entes públicos como con personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, siempre que por su naturaleza u objeto tengan la consideración de contratos sujetos a la Ley. En este sentido, se produce una importante modificación respecto a la anterior regulación por cuanto se limitan los convenios que pueden considerarse excluidos de la Ley. En particular, la limitación se refiere a los convenios celebrados con entes públicos, ya que el artículo 3.1 c) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP en adelante) antes vigente, excluía del ámbito de su aplicación, no solo a los convenios celebrados con entes públicos que por su objeto no pudiesen ser considerados contratos sujetos a dicha ley, sino además aquellos convenios que, teniendo como objeto el propio de uno de los contratos regulados por el TRLCAP, además fuesen de cuantía inferior a la fijada por el propio artículo 3.1 c).*

*Por su parte, y en relación con las encomiendas de gestión, si bien, tanto el TRLCAP como la actual LCSP excluyen de su ámbito de aplicación los supuestos de encomienda de gestión o de “in house providing”, sin embargo la nueva Ley establece una regulación más prolija sobre la materia, añadiendo nuevos requisitos para poder utilizar esta figura, como por ejemplo la necesidad de que la condición de medio propio o servicio técnico de la entidad encomendada respecto de la encomendante se recoja expresamente en los estatutos o normas de creación de aquélla.*

*Por otro lado, el ámbito temporal de aplicación de la nueva LCSP se establece en su disposición transitoria primera, cuyo apartado segundo señala “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 duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. Dicha disposición transitoria se refiere expresamente a los contratos y no a otros negocios jurídicos también contemplados en la LCSP, en concreto a los convenios de colaboración y a las encomiendas de gestión. No obstante, tanto si aplicamos por analogía el régimen transitorio previsto por la misma para los contratos a los convenios o encomiendas de gestión, como si aplicamos las normas de derecho transitorio del Código Civil, se puede deducir que, con carácter general, el régimen jurídico aplicable a los contratos o negocios jurídicos que se “adjudicaran” antes de la entrada en vigor de la Ley, se regirán por la anterior regulación “en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas”. Por tanto, en principio, y de conformidad con lo señalado, las modificaciones y prórrogas de los negocios jurídicos celebrados al amparo del TRLCAP, en tanto que constituyen efectos de los mismos, se regirán, no por los nuevos preceptos que esta Ley establece para los mismos, sino por la normativa que al efecto se establecía en la anterior regulación, en concreto según lo previsto en el artículo 3.1 c) y d) y 3.1 l) del TRLCAP.*

*No obstante, cabe plantearse si dicha conclusión admite matizaciones, puesto que, a juicio de este Centro Fiscal, no todas las modificaciones o prórrogas de los convenios o encomiendas de gestión celebrados bajo la vigencia de la anterior regulación, pero que despliegan sus efectos bajo la vigencia de la nueva Ley, tienen el mismo contenido, siendo, por tanto, conveniente analizar si todas han de ser tratadas de igual manera.*

*Así, por una parte, hay determinados tipos de modificaciones o prórrogas que pretenden amparar la realización de prestaciones adicionales que podrían instrumentarse en un negocio jurídico independiente a aquel que se pretende modificar, ya que no resultan necesarias para el buen fin de la prestación inicialmente acordada. A modo de ejemplo, este sería el caso en el que se pretende prorrogar un convenio o encomienda de gestión con la finalidad de que la prestación inicialmente acordada se vuelva a realizar en anualidades futuras, o bien, cuando la modificación tiene por objeto aumentar cuantitativamente la prestación a realizar en la misma anualidad. En estos supuestos, podría entenderse que las prórrogas o modificaciones que se pretenden, deberían realizarse cumpliendo los requisitos previstos en la LCSP, en especial será necesario verificar si efectivamente se cumplen los requisitos previstos en el artículo 4.1 c) y d), así como en el artículo 4.1 n) en relación con el artículo 24.6 de la LCSP, y ello aunque el propio convenio de colaboración o encomienda de gestión formalizada al amparo del TRLCAP hubiese previsto la posibilidad de su prórroga.*

*Una interpretación distinta a la expuesta, esto es, entender que este tipo de adendas o prórrogas de convenios o encomiendas de gestión regidos por el TRLCAP deben realizarse conforme a este texto normativo, podría llevar, a juicio de esta Intervención General, a una situación en la que la aplicación de la LCSP quedaría al arbitrio de cada órgano de contratación, ya que, al no existir limitaciones a las modificaciones o duración de dichos negocios jurídicos, podría quedar vacía de contenido la modificación que en la regulación de los convenios de colaboración o encomiendas de gestión ha introducido la nueva Ley.*

*Situación distinta es aquella en la que la modificación tiene por objeto concretar alguno de los términos de la prestación inicialmente acordada o bien resulta necesaria para el buen fin de aquella. Así, a modo de ejemplo, nos encontraríamos ante esta situación cuando el objeto de la Adenda o Prórroga es articular un reajuste de anualidades motivado por una modificación en el plazo de la ejecución de la prestación inicialmente pactada, o bien en el supuesto de que, habiéndose acordado en el convenio o encomienda la ejecución de una determinada obra, es precisa una modificación del proyecto de la obra que implica un mayor coste de la misma y por tanto, requiere la modificación del negocio jurídico que ampara su realización. En estos supuestos, entiende este Centro Fiscal, que dicha modificación podría articularse teniendo en cuenta la regulación que se aplica al negocio inicial del que trae causa, sin que sea preciso valorar si se cumplen los requisitos que establece la LCSP en relación con los convenios de colaboración o las encomiendas de gestión.*

*A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que, de conformidad con el 299 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico en la Administración General del Estado en materia de contratación, esta Intervención General solicita, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el criterio de dicho órgano sobre el régimen jurídico aplicable a las modificaciones de convenios de colaboración o encomiendas de gestión que se produzcan tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando aquéllos fueron celebrados antes de la entrada en vigor de dicha Ley».*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. La consulta plantea una única cuestión referida a si la prórroga o las modificaciones de cualquier otra clase de los convenios de colaboración entre organismos públicos y encomiendas de gestión celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, deben seguir rigiéndose por la normativa vigente en el momento de su celebración o si, por el contrario, resultaría aplicable la Ley de Contratos del Sector Público ya citada, vigente en el momento en que tales modificaciones se llevan a cabo.

Ante todo debe indicarse que la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, en principio, no debería haber producido efecto alguno sobre el régimen jurídico de los convenios y encomiendas de gestión habida cuenta de que ni unos ni otros se rigen, en primer término, por la legislación de contratos públicos. En efecto, tanto la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 3, como la de Contratos del Sector Público en el 4 excluyen de la aplicación de ambas a los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, con la única condición de que no se refieran a materias que deban ser objeto de cualquiera de los contratos típicos regulados en ellas.

Sin embargo, existe una diferencia entre ambas leyes consistente en que mientras la de Contratos de las Administraciones Públicas excluye de su aplicación los convenios que se refieran a estas materias cuando su cuantía sea inferior a los umbrales establecidos en las Directivas comunitarias, la Ley de Contratos del Sector Público no los excluye, en ningún caso, al considerar

incluidos en su regulación aquellos convenios “que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”, sin excepción ninguna por razón de la cuantía.

2. De conformidad con ello, para los convenios mencionados, cuando por su naturaleza debieran considerarse sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público si se hubiesen celebrado bajo la vigencia de ésta, pero excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por haberse celebrado mientras ésta estaba en vigor y no superar los límites mencionados, cabe plantear la cuestión de qué régimen debe aplicárseles.

En tales casos, si entendemos que les es de aplicación la normativa anterior, habríamos de admitir que tales convenios estarían excluidos también del régimen jurídico establecido por la Ley de Contratos del Sector Público y, en particular, de su artículo 24 que establece las normas reguladoras de los contratos celebrados con medios propios o servicios y técnicos. Si por el contrario se considera que les es de aplicación la nueva legislación, es evidente que deberán adaptarse a la Ley indicada y, cuando proceda, al artículo mencionado.

A este respecto, debe analizarse, en primer lugar, el apartado dos de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Contratos del Sector Público, reiteradamente mencionada en el texto de la consulta, de conformidad con la cual “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 duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Sin embargo, de la redacción literal de esta norma se deduce que lo establecido en ella es de aplicación exclusiva a los contratos administrativos, y, por tanto, no a las relaciones jurídicas que como los convenios y encomiendas de gestión no tienen, a efectos de la Ley, la consideración de contratos. Esta conclusión es, además, la única coherente con el hecho de que tanto los convenios de colaboración celebrados entre entes públicos como las encomiendas de gestión están excluidas de la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público y, por consiguiente, también deben estarlo de la aplicación de sus normas transitorias.

El problema, por tanto, se centra en establecer qué norma debe aplicarse para determinar el régimen jurídico de los convenios que venimos analizando una vez que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo cuya vigencia se celebraron, ha sido derogada y sustituida como reguladora de la materia por la de Contratos del Sector Público.

Para resolverlo, debe tenerse en consideración el principio general que de modo expreso consagra el Código Civil de que las Leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (artículo 2.3), y, en consecuencia, debe considerarse de aplicación el régimen que estuviera vigente en el momento de celebrarse el convenio o de acordarse la encomienda de gestión.

3. Ello no obstante, cabe cuestionar si este mismo criterio es de aplicación también a los supuestos de prórroga o modificación del convenio.

La Junta Consultiva ha tenido ocasión de resolver una cuestión similar a la planteada ahora, al considerar que con la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se había producido una alteración sustancial de régimen regulador de las prórrogas, de tal forma que el mantenimiento del régimen jurídico anterior pugnaba directamente con el sistema instaurado por la nueva legislación. En efecto, así lo mantuvo expresamente en el informe nº 35/2004, de 8 de julio, en el que refiriéndose a las prórrogas tácitas de los contratos, permitidas en determinadas circunstancias en la legislación anterior a aquella fecha y prohibidas por la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sentó el criterio de que “hay que señalar que las mismas (las prórrogas tácitas) serían admisibles conforme a la legislación anterior, pero que una vez entrada en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su artículo 67, deben ser rechazadas, al resultar un contrasentido que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo su efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas”.

Similar criterio cabe aplicar ahora respecto de los convenios cuyo objeto sea el propio de alguno de los contratos tipificados en la Ley de Contratos del Sector Público. Tales convenios, con arreglo a la legislación anterior, debieran considerarse excluidos de la aplicación de las normas propias de los contratos cuyo objeto fuese de la misma naturaleza, siempre que no superaran los umbrales de las Directivas comunitarias. Sin embargo, con arreglo a la actual normativa deben considerarse sujetos a ellas. Existe, pues, un cambio sustancial en cuanto al régimen jurídico aplicable a partir del momento de entrada en vigor de la nueva Ley, que nos debe llevar a la

conclusión de que es voluntad del legislador evitar que por vía de la prolongación de su plazo se perpetúe la existencia de convenios que, por su naturaleza jurídica deben adaptarse a las normas propias de los contratos típicos regulados en ella.

Admitir la posibilidad de que mantengan inalterado su régimen jurídico a través de esta vía sería admitir la perpetuación de los efectos de unas figuras sin encaje en la normativa vigente. Esta posibilidad sólo sería válida si una norma expresa lo dispusiera así, como ocurre en el caso del apartado 2 de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley de Contratos vigente. No existiendo norma similar de aplicación a los convenios y encomiendas de gestión, debe entenderse que tras el vencimiento del período vigente en el momento de la entrada en vigor de la actual Ley, deben considerarse sujetos a ésta.

4. El criterio que se acaba de exponer ha de entenderse referido, naturalmente, a las prórrogas que se acuerden respecto de los convenios cuyo objeto sea una prestación continuada mensurable por unidades de tiempo, no a aquéllos en que la prestación se determine por referencia a la ejecución de una obra, un suministro o un servicio de carácter único.

En estos últimos supuestos, es preciso distinguir en función de si la alteración es una simple modificación de las condiciones del contrato, necesaria para que éste pueda ejecutarse en los términos inicialmente previstos o si, por el contrario, implica una ampliación o una alteración sustancial del mismo.

Entre los primeros supuestos podríamos incluir cualquier modificación contractual que afecte al objeto del contrato que deba aprobarse para poder ejecutar éste, o cualquier prórroga derivada tanto de la modificación del objeto como de simples retrasos en la ejecución.

Entre los últimos podrían considerarse incluidos los supuestos mencionados en la consulta a modo de ejemplo, tales como la reiteración de la prestación en ejercicios siguientes (no prevista en la redacción inicial del convenio) o el aumento cuantitativo de la prestación inicialmente prevista.

En el primer caso estaríamos ante una novación modificativa del convenio que no implicaría cambio en el régimen jurídico del mismo y, por consiguiente, continuaría siéndole de aplicación la norma vigente en el momento en que se celebró.

Por el contrario, en el otro supuesto contemplado, evidentemente nos encontraríamos ante un caso de extinción del convenio, lo que implicaría la necesidad de celebrar nuevo negocio jurídico que diese amparo al objeto. Este negocio jurídico, evidentemente, habrá de celebrarse con sujeción a la norma vigente en tal momento, es decir la Ley de Contratos del Sector Público y disposiciones complementarias de la misma.

## **CONCLUSIONES**

1. Los convenios y encomiendas de gestión celebrados bajo la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a que se refieren las letras c) y l) del artículo 3.1 de la misma que, con arreglo a la actual Ley de Contratos del Sector Público, debieran estar sujetos a ella, deberán adaptarse al régimen jurídico establecido para ellos en ésta última a partir del momento en que venza el período inicial de vigencia o de cualquiera de su prórrogas.

2. Las modificaciones del objeto del convenio deben dar lugar a la celebración de otro nuevo, con sujeción a las normas vigentes en ese momento, en todos aquellos supuestos que impliquen ampliación o alteración sustancial del mismo.