



*JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*

*TP*

**INFORME Nº1/2017, SOBRE POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DE LOS HORARIOS DE APERTURA ESTABLECIDOS EN LOS PLIEGOS SIN QUE SUPONGA UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO. [ GRUPO 17]**

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara se dirige a la JCCAC consultando la posibilidad de modificar el contrato administrativo especial denominado "Autorización administrativa para la instalación y explotación por terceros de los sectores de servicios en playas de dominio público marítimo terrestre otorgada la concesión a favor del citado ayuntamiento, concretamente Lote 28, suscrito con la entidad NOEMAR FUERTE S.L

En relación a la cuestión planteada, esta Junta debe manifestar que no es competencia de la misma informar sobre expedientes concretos de contratación, ni tampoco asumir la función de asesoramiento que legalmente tienen encomendado estos órganos . No obstante, teniendo en cuenta los hechos y la innegable incidencia que los mismos pueden tener respecto a la contratación pública al referirse a una cuestión esencial de la contratación administrativa , en concreto , el tema de la modificación de los contratos , se procede a manifestar el parecer sobre el asunto.

Junto al escrito de consulta acompaña una copia del contrato y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas del contrato en cuestión que el organismo consultante denomina " Autorización administrativa para la instalación y explotación por terceros de los sectores de servicios de playas en dominio público marítimo terrestre otorgada la concesión a favor del Ayuntamiento de Pájara .

Además consta en el expediente de contratación copia cotejada de concesión de la ocupación de espacio de dominio público marítimo terrestre efectuada por el órgano competente por razón de la materia ( Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar). Así como de Resolución de la Consejería de Agricultura , Ganadería , Pesca y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias y declaración de impacto ecológico del Excmo. Cabildo Insular de Fuerteventura.



*JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*

*TP*

De acuerdo con la documentación que se adjunta, el expediente administrativo para la adjudicación de la autorización administrativa para la instalación y explotación por terceros de los sectores de servicios de playas en dominio público marítimo-terrestre se aprobó por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Pájara en fecha 27 de febrero del 2012, una vez otorgada la concesión demanial a favor del Ayuntamiento de Pájara, firmándose el contrato el día 22 de agosto del 2012, fijándose en el PPT el horario de los servicios que son objeto del contrato. No obstante se solicita la modificación del citado horario como consecuencia de una norma posterior aplicable a este tipo de contratos y que entra en colisión con lo dispuesto en los pliegos aprobados y aceptados por los licitadores.

Como se habla de modificación de un contrato aceptado por el adjudicatario, lo primero que debemos plantear es la regulación existente en el momento que se aprueba el expediente de contratación. Con fecha 15 de abril del 2011 se publica la ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, entrando en vigor a los 6 meses desde su publicación, derogando cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en la presente ley, y en particular, queda derogada la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas. Durante este período continúa en vigor en lo que no contradice a la citada ley, el decreto 193/1998, de 22 de diciembre por el que se aprueban los horarios de apertura y cierre de determinadas actividades y espectáculos públicos sometidos a la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, en cuyo artículo 1, respecto al grupo 2. Se incluyen en este grupo todos aquellos locales y estructuras desmontables dedicados a la restauración y bares donde se puedan distribuir bebidas alcohólicas. Apertura: 6,00 horas. Cierre: 2,00 horas.

A continuación se dictan el Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de



*JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*

*TP*

autorización administrativa previa y Decreto 53/2012, de 7 de junio, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento aplicable al régimen de comunicación previa en materia de actividades clasificadas.

Y ya posteriormente se dicta el Decreto 86/2013, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos, y cuya entrada en vigor deroga el Decreto 193/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueban los horarios de apertura y cierre de determinadas actividades y espectáculos públicos sometidos a la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas y el Decreto 53/2012, de 7 de junio, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento aplicable al régimen de comunicación previa en materia de actividades clasificadas y modifica el Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa. En el citado Decreto 86/2013, de 1 de agosto, recoge en el artículo 41 El horario de apertura y cierre de los establecimientos que sirven de soporte a la realización de las actividades recreativas y de espectáculo que se relacionan en el nomenclátor de actividades clasificadas aprobado por Decreto 52/2012, de 7 de junio, así como el horario de los espectáculos públicos, será, con carácter general, el siguiente: Actividades de restauración: a) Establecimientos turísticos de restauración: apertura a las 6:00 horas y cierre a las 2:00 horas.

Centrándonos en la cuestión planteada de la posibilidad de modificar los términos del contrato (chiringuitos) para adaptarlo a la nueva normativa emanada por el Excmo. Cabildo Insular de Fuerteventura, hay que señalar que la Jurisprudencia del TSUE a partir de la sentencia *Suchi di frutte* ha tendido a establecer la inalterabilidad de los términos de la licitación si éstos no estaban directamente previstos en el marco de la licitación, la modificación puede afectar a su normativa o decremento en la prestaciones a realizar por el contratista, sino a todas las condiciones de la licitación puesto que si no se previó esta posibilidad, la alteración de esta sería una modificación de las condiciones licitatorias lo cual



*JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*

*TP*

hubiera podido afectar a las propias ofertas realizadas o hubiera podido ocasionar que otros licitadores hubieran participado en la licitación.

La empresa concesionaria de la explotación de los chiringuitos solicita la modificación del horario de apertura/cierre de estos locales por adecuarlos al establecido para las zonas turísticas por el Excmo. Cabildo Insular de Fuerteventura.

El ius variandi de la Administración para modificar el contrato ha experimentado una evidente limitación en cuanto Derecho de Contratación público por la decisiva influencia del Derecho Comunitario, especialmente a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía sostenible y actualmente el Texto Refundido del RDL 2/2011, de 14 de noviembre, por el que ha aprobado el TRLCSP, en la medida que una modificación de las condiciones establecidas en la licitación afecte a derechos como el de transparencia e igualdad de trato.

Así con la finalidad de recoger y dar publicidad en España a la forma en la que algunos aspectos del régimen legal de las modificaciones de los contratos públicos, deben ser interpretados a la luz de las reglas legales de interpretación de las normas jurídicas y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de modificación de contratos, se dicta la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos en la que en el punto 4 recoge expresamente: "Por último, hay que destacar que toda la regulación que aparece dentro del artículo 107, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el segundo apartado de este precepto, que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo. Así pues, las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, las cuales,



*JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*

*TP*

según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria .

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el TRLCSP ,la posibilidad de efectuar una modificación del contrato, en este caso la modificación del horario de apertura al público del chiringuito,debe entenderse que se alteran las condiciones esenciales de la licitación , por varios motivos:

1.- lleva consigo una variación sustancial de las características esenciales ya que el horario de apertura implica casi el doble del actual , al tiempo que este era ya el recogido en la normativa vigente en el momento de la contratación

2.- hay una alteración entre la prestación contratada y el precio , en este caso el canon a abonar a la administración.

3.- y al no haber modificación con la normativa anterior y vigente en el momento de la licitación , puede concluirse que los licitadores de conocer esta modificación hubiesen concurrido otros interesados o los participante hubiesen presentado ofertas diferentes .