



Consulta sobre la posibilidad de prorrogar un contrato de gestión de servicio público como compensación de la modificación del contrato a efectos de mantener el equilibrio económico entre las partes. Informe 02/2010, de 29 de abril.

Tipo de informe: Facultativo.

D I C T A M E N

ANTECEDENTES

1. La Secretaría General de Universidades, Empresa e Investigación dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

<< Vista la solicitud de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, de informe jurídico acerca de los "aspectos legales y procedimentales exigibles para la ampliación de la red de estaciones de ITV en la Región de Murcia", dado que, del resultado del Informe Jurídico solicitado, se infiere que no existe una postura única y concluyente, acerca de si la prórroga del contrato de concesión puede ser considerada como tal, compensatoria del ius variandi de la Administración a efectos de mantener el equilibrio económico de las partes, dada la casuística existente que en muchos supuestos determina que los pronunciamientos de los tribunales y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa admitan en unos casos y rechacen en otros la posibilidad de compensación mediante prórroga. En consecuencia, y a efectos de adoptar una posición común, se estima oportuno, elevar consulta para informe al respecto, a la Junta Regional de Contratación Administrativa, en virtud de lo establecido en los artículos 1 y 2 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.>>

Acompaña a dicho escrito el Informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante de fecha 21 de enero de 2010, donde propone consulte a esta Junta, en relación con la modificación planteada de la concesión de los servicios de I.T.V. en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, tres extremos concretos:

de 1º.- ¿Es admisible la compensación a las concesionarias por la ampliación de la red de estaciones de ITV mediante otorgamiento de una prórroga de 20 años?

2º.- ¿De ser admisible la compensación mediante otorgamiento de una prórroga, el cómputo de la misma se realizaría desde el vencimiento del plazo inicial de la concesión, esto es desde el año 2017 hasta 2037, o desde que se acordara la ampliación de la concesión, en su caso desde el año 2011 hasta 2031?



3º.- *¿Pueden modificarse las condiciones de las nuevas estaciones de ITV respecto de las establecidas en el pliego?>>*

Además de dicho informe, se adjuntan los siguientes antecedentes:

- Pliego de cláusulas administrativas particulares para la gestión y explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de I.T.V. en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Documentos de formalización de la concesión administrativa correspondiente al lote nº 3, de fecha 4 de septiembre de 1997.
- Estudio sobre el servicio público de inspección técnica de vehículos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y propuesta de ampliación de la red de estaciones de I.T.V. del Jefe de Servicio de Industria, de fecha 9 de noviembre de 2009.
- Informe del jefe de Servicio de Industria de fecha 12 de enero de 2010, donde se recogen los aspectos concretos necesitados de aclaración en relación con la ampliación de la gestión y explotación de las I.T.V. de la Región y el procedimiento a seguir, así como la ampliación de la I.T.V. de Espinardo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

2. Dado que los contratos a los que se refiere la consulta fueron adjudicados en fecha 21 de julio de 1997, resulta imprescindible determinar la normativa aplicable a los mismos, a la vista de la cual habrán de resolverse las cuestiones planteadas a esta Junta.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley se rigen, con respecto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluyendo la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por su parte la Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio establecía que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirían por la normativa anterior.

Como quiera que los tres contratos derivados del expediente tramitado para la Gestión y Explotación en Régimen de Concesión Administrativa del Servicio Público de I.T.V. en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia fueron adjudicados el día 21



de julio de 1997, y la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre tuvo lugar el 29 marzo de 2000, resulta de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de julio, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) y el Reglamento General de Contratación del Estado (en adelante RGCE) aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre junto con sus disposiciones modificativas en cuanto no se opongan a lo establecido a lo establecido en aquella ley.

3. Con carácter previo al examen de las cuestiones que se plantean, y respecto al alcance de los informes emitidos por la Junta Regional de Contratación Administrativa, esta Junta ha mantenido el criterio, que reitera, conforme al cual en el ejercicio de la función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos en sus respectivos ámbitos de competencia, ni puede informar o entrar a valorar expedientes de contratación concretos.

Ello no obsta, sin embargo, a que las consultas de carácter general puedan tener su origen en problemáticas concretas surgidas en procedimientos administrativos de contratación por lo que, en coherencia con ello, esta Junta entrará a analizar la cuestión de carácter general planteada teniendo en cuenta aspectos puntuales del contrato de gestión y explotación del servicio público de I.T.V. en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con el que se formula la consulta para poder dar respuesta a la misma.

Además, aunque el informe que emita esta Junta debe centrarse en la respuesta a los extremos concretos planteados por la Consejería consultante y no tiene por qué extenderse a analizar otras cuestiones que la documentación remitida pueda sugerir, no es menos cierto que su emisión puede demandar la contemplación, al menos de forma global, de otras cuestiones directamente relacionadas que puedan ayudar a su respuesta, por lo que se considera conveniente realizar una serie de consideraciones en cuanto a la modificación propuesta de los contratos de gestión y explotación del servicio público de I.T.V., al ser esta precisamente la cuestión de la que se derivan las cuestiones que se plantean a esta Junta y en general al régimen de la duración y prórroga de este tipo de contrato directamente relacionado.

4. La modificación de los contratos es regulada en la LCAP con un carácter restrictivo en el sentido de que la potestad de la Administración para modificar los contratos, el denominado "ius variandi", sólo puede ser ejercido dentro los límites establecidos por la ley, de forma que se salvaguarde el principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación pública.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCAP el ejercicio del poder de modificación del contrato requiere para su ejercicio como presupuesto habilitante que responda a exigencias de interés público y que la modificación sea consecuencia de nuevas necesidades o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato, de suerte que la ausencia de las mismas determinan la irregularidad de la decisión de modificación. El *ius variandi* es, por consiguiente una potestad reglada que únicamente puede actuarse en concretos y determinados supuestos. En consecuencia, la Administración está constreñida a justificar tales circunstancias en el propio expediente que se instruya para la modificación, mediante una completa motivación.



Literalmente el artículo 102 de la LCAP dispone que *<<Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo 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>>*, razones de interés público que deben justificar asimismo la modificación del contrato de gestión de servicio público tal como exige el artículo 164 de la misma norma.

Con respecto a la modificación propuesta, esta Junta entiende que debe llamar la atención sobre la justificación de la misma, ya que según se desprende de los antecedentes remitidos, parece desprenderse que junto a posibles razones de interés público pudieran concurrir otras de distinta naturaleza.

La previsión contenida en la cláusula I.5 del pliego de condiciones administrativas particulares conforme a la cual *<<Las empresas concesionarias estarán obligadas, dentro de su ámbito territorial a cubrir el incremento de demanda que se pueda producir, por un aumento del parque automovilístico o por mayores exigencias de inspección. La Comunidad Autónoma determinará el plazo con que cuenta el concesionario para ampliar las estaciones existentes o para instalar una nueva>>*, no significa que cuando estas circunstancias se produzcan pueda La Administración modificar el contrato sin sujetarse a los límites, requisitos de fondo y procedimiento que se establece en la LCAP.

La modificación propuesta consiste básicamente en la construcción de cinco nuevas estaciones fijas con sus correspondientes líneas y módulos, tres en el área geográfica vinculada al Lote 1, en la cual se mantienen las estaciones iniciales de Jumilla y Molina sin variar su dotación y dos nuevas estaciones en el área geográfica vinculada al Lote 2, en la que se mantienen las estaciones de Lorca y Caravaca con la misma dotación inicial prevista en el contrato. Sobre el Lote 3 (Estación ITV Cartagena-San Pedro del Pinatar) no se prevé modificación alguna. Además, se modifica el período de duración de la prórroga del contrato.

Respecto a estos contratos de gestión concesional de la prestación del servicio de inspección técnica de vehículos en nuestra Región, se ha de advertir que, al amparo de lo que preveía el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, que liberalizaba el régimen de jurídico de la prestación de la I.T.V. y el Real Decreto 833/2003, que permitía optar por un régimen transitorio para los contratos de prestación del servicio de I.T.V. en régimen de concesión que existieran con anterioridad, La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia asumió dicha liberalización mediante Orden de 20 de enero de 2003 de la Consejería de Ciencia, Tecnología, Industria y Comercio a la vez que estableció el régimen transitorio para las estaciones existentes en nuestra Región en régimen concesional, en virtud del cual éstas mantendrían su propio régimen hasta la finalización del plazo de duración previsto en las bases que rigieron dichas concesiones.

Posteriormente, la Orden de 7 de enero de 2004 de la Consejería de Economía, Industria e Innovación, tras confirmar que las estaciones de I.T.V. existentes en la Región en régimen concesional mantendrían su propio régimen hasta la finalización del plazo máximo previsto en las bases que rigieron las concesiones, expresamente disponía en el punto 3 de su artículo único que *<<Durante ese mismo plazo, en las áreas geográficas vinculadas a las concesiones vigentes solamente podrán autorizarse*



nuevas Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos a los respectivos titulares de dichas concesiones, de acuerdo con lo establecido en el apartado primero de la Disposición Transitoria Segunda RCL 2003\1773 del Real Decreto 833/2003, de 27 de junio..>>

Y aunque el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, donde se establecía el régimen de autorización administrativa para la prestación del servicio de I.T.V., fue declarado inconstitucional por Sentencia del T.C. 332/2005 por invadir competencias propias de las Comunidades Autónomas y los apartados primero, segundo y tercero de la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 833/2003, de 27 de junio, que trataba de poner en marcha el nuevo sistema previsto en aquél, fueron anulados por Sentencia del T.S. de 3 de octubre de 2006, la citada normativa autonómica no resulta afectada, conforme se recoge en el Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación de fecha 21 de enero de 2010 <<ya que las mismas se fundamentan en la competencia de las Comunidades Autónomas, reconocida por el T.C., para determinar el título jurídico habilitante para la prestación de los servicios de ITV, y el régimen transitorio del régimen de concesión al de liberalización del sector.>>

De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, modificar estos contratos en régimen de concesión administrativa para la prestación del servicio público de I.T.V. en la Comunidad Autónoma en los términos propuestos, supondría alargar el régimen de exclusividad que disfrutaban las empresas adjudicatarias, retrasando hasta el momento de la extinción de aquellos contratos, el régimen de liberalización en la prestación del servicio de I.T.V. previsto en la mencionada normativa autonómica.

5. Además, las tres cuestiones que se plantean a esta Junta por la Consejería consultante están íntimamente relacionadas con la duración de los contratos de gestión de servicio público así como la compensación al concesionario de los desequilibrios económicos producidos por la modificación acordada por la Administración, por lo que abordaremos primeramente éstos a la vista de la normativa aplicable a los contratos de gestión y explotación del servicio público de I.T.V. con el fin de dar la respuesta adecuada a los extremos concretos planteados.

El artículo 158 de la LCAP, normativa aplicable a estos contratos, tal como ha quedado recogido en la consideración 2 de este informe, regula su duración estableciendo que <<El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas de setenta y cinco años.>>

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.>>*

Respecto a la compensación al concesionario de los desequilibrios económicos producidos por la modificación acordada por la Administración es de aplicación el artículo 164 de la LCAP el cual, tras reconocer el apartado 1 que la Administración puede modificar por razones de interés público las características del servicio y las tarifas, el apartado 2 literalmente dispone que:

<<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.>>

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.

Informe 47/98, de 17 de marzo de 1999, en el que literalmente se dice que *<<la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar la libre competencia y, en este sentido, para su utilización en el caso concreto de las autopistas ha sido necesario una modificación normativa a nivel de Ley, cual es la operada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud del cual se adiciona un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión el cual viene a establecer la posibilidad de que la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación, "podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión" sin que sea lícito extender esta prevención a supuestos distintos de aquellos a los que se refiere, es decir, a las concesiones de autopistas en régimen de peaje>>.*

Informe 7/06, de 24 de marzo de 2006, en el que ante la consulta de si sería jurídicamente admisible que el Ayuntamiento, en uso del ius variandi por motivos de interés público, modifique el contrato para que se acometan las obras necesarias y prorrogue el mismo por el tiempo indispensable para amortizarlas como medida compensatoria frente a los desequilibrios económicos que se hubieran podido producir en la concesión, reitera el mismo criterio transcribiendo exactamente el mismo párrafo antes citado y añade que por ello *<< la prórroga del plazo de la concesión para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión no puede aplicarse a supuestos de gestión del servicio público de agua potable a que se refiere el presente expediente.>>*

Más recientemente, el Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009, que se refiere a un supuesto de factum principis, no propiamente a una modificación del contrato, ante la consulta de si en el supuesto de existir una ruptura del equilibrio económico cabe la posibilidad de utilizar la ampliación del plazo contractual, admite dicha posibilidad si el contrato se rigiera por la actual Ley de Contratos del Sector Público, pues el apartado 5 de su artículo 258 prevé la prórroga del plazo para restablecer el equilibrio económico del contrato en los supuestos previstos en el apartado 4.b) y c) del mismo, los cuales se refieren a actuaciones de la Administración y causas de fuerza mayor que determinan de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Este artículo, que es una innovación de la actual Ley, no establece dicha posibilidad de prorrogar el plazo del contrato de gestión de servicios públicos como medida para restablecer el equilibrio económico en beneficio de la parte que corresponda en el supuesto de que sea la Administración la que modifique, por razones de interés público, las características del servicio, en cuyo caso se realizará mediante la modificación de tarifas, la reducción del plazo del contrato y, en general, mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

En el supuesto concreto examinado, además de no tener cobertura legal, la compensación a las empresas adjudicatarias de los contratos de gestión del servicio de I.T.V. en régimen de concesión, mediante la prórroga de su plazo, supondría ampliar la



exclusividad que aquéllas ostentan en virtud del título concesional en las zonas geográficas vinculadas a los respectivos contratos, lo cual puede llegar a cerrar el mercado a cualquier potencial competidor en la prestación de dicho servicio de I.T.V. durante dicha prórroga.

6.- Entrando en el examen de las cuestiones concretas planteadas cabe señalar, en primer lugar, que en cuanto a si es admisible la compensación a las concesionarias por la ampliación de la red de estaciones de I.T.V. mediante otorgamiento de una prórroga de 20 años, la respuesta en opinión de esta Junta debe ser negativa en atención a las consideraciones anteriormente realizadas en cuanto a la inadmisión de la prórroga del plazo como medida compensatoria frente a los desequilibrios económicos producidos como consecuencia del ejercicio del ius variandi de la Administración y al contenido propio de la cláusula 1.6 del correspondiente pliego de condiciones administrativas particulares de los contratos, que textualmente establece:

<<La concesión se otorga por un plazo de 20 años, pudiendo prorrogarse, mediante acuerdo expreso, por períodos sucesivos de 10 años, previa solicitud del concesionario al menos con 6 meses de antelación a la fecha de expiración del plazo inicial o de cualquiera de sus prórrogas. A estos efectos se considerará fecha de iniciación de la concesión la de la firma del contrato.

En todo caso, el período de vigencia total de la concesión no podrá exceder de 75 años, por lo que el último plazo posible de la prórroga sería de 5 años.>>

El contenido es claro y taxativo en cuanto señala un plazo de vigencia inicial de veinte años, prorrogable discrecionalmente por el órgano de contratación por períodos sucesivos de diez años, salvo el último de cinco y siempre que se solicite por el concesionario dentro del plazo establecido de seis meses antes de la finalización del plazo inicial o el de cualquiera de las prórrogas, las cuales operarán vencidos dichos períodos y hasta un máximo de setenta y cinco años. Es evidente que la prórroga que se plantea en la consulta no se ajusta a lo previsto, pues se está hablando de una prórroga de veinte años y no de diez.

Al no ser admisible, en opinión de esta Junta, el otorgamiento de la prórroga de 20 años como compensación a las concesionarias, no procede responder a la segunda cuestión planteada sobre la manera de computar la misma, no obstante, con carácter general puede afirmarse que las prórrogas de los contratos deben actuar una vez vencido el plazo de vigencia inicial o, en su caso, el de la prórroga autorizada.

Por último, en cuanto a la última cuestión planteada, la cual hace referencia a si pueden modificarse las condiciones de las nuevas estaciones de I.T.V. respecto de las establecidas en el pliego, dado los términos tan generales en que ésta se formula, no podemos sino contestar a ella asimismo de una manera genérica y al respecto sugerir que el servicio público que pueda ser gestionado en las nuevas estaciones de I.T.V., en el caso de que se optara por la ampliación de la red mediante la modificación de los contratos, deberá ajustarse a las características fijadas en el pliego y en el anteproyecto de explotación del servicio público de inspección técnica, el cual no se ha remitido con los antecedentes salvo, claro está, que la Administración también modificara por razones de interés público las características del servicio, tal como dispone el artículo 164.1 de la LCAP.