



Consulta sobre la duración, prórroga y posible modificación de un contrato de gestión de servicio público. Informe 02/2011, de 17 de junio.

Tipo de informe: Facultativo

D I C T A M E N

ANTECEDENTES.

1. El Alcalde del Ayuntamiento de Murcia dirige escrito de consulta a esta Junta Regional de Contratación Administrativa, en el que formula consulta redactada en los siguientes términos:

Por la empresa concesionaria del "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA", se ha presentado recurso de reposición contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de febrero de 2011, en cuya virtud se denunció dicha concesión, denuncia que se llevó a cabo en los términos previstos en el correspondiente Pliego de Condiciones. En relación con las circunstancias descritas, y con carácter previo a la resolución del recurso interpuesto, se formula la siguiente

CONSULTA

1. Por acuerdo del Ayuntamiento Pleno del 30 de septiembre de 1981 se contrató con AUTOBUSES URBANOS DE MURCIA, S.A. Y LÍNEAS REGULARES DEL SURESTE, S.A. (hoy TRANSPORTES DE VIAJEROS DE MURCIA, S.L.U.), en régimen de concesión administrativa el "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA".

2. El plazo de duración de la concesión, de acuerdo con la cláusula 3.1 del Pliego de Condiciones se fijó en DOCE AÑOS, prorrogables por la tácita y por períodos de tres años hasta un máximo de CUARENTA, si tanto la Corporación como el concesionario no notifican en forma fehaciente a la otra parte con seis meses de antelación como mínimo, al vencimiento del plazo o cualquiera de las prórrogas, su decisión de resolver la concesión.

3. El 12 de enero de 2011 se emitió informe técnico en el que se proponía la denuncia del contrato de referencia, otorgando al concesionario plazo de alegaciones por diez días hábiles, como establece la cláusula 12.2 del Pliego de Condiciones.

4. El 31 de enero de 2011, el concesionario presentó las oportunas alegaciones, que fueron informadas el 9 de febrero de 2011.

5. En el acuerdo impugnado adoptado el 16 de febrero de 2011 se denunció el contrato y se acordó promover la tramitación de una nueva licitación.

6. Dicho acuerdo fue recurrido en reposición por la concesionaria, habiéndose emitido el informe correspondiente.

En el recurso, la concesionaria alega, fundamentalmente, la falta de justificación, atendiendo a interés público, de la denuncia de la concesión, así como la falta de audiencia de la Comunidad Autónoma, al confluir en el casco urbano líneas urbanas regionales y líneas interurbanas, ambas competencia de aquélla, así como la consideración de la existencia de sucesivas prórrogas tácitas y de no concurrencia de motivo alguno para no renovar la vigente.



En el informe emitido se contesta que lo único que ha hecho el Ayuntamiento es ejercer la facultad concedida por el Pliego de Condiciones, en base a las razones de interés público contenidas en el informe, y de conformidad con el principio de libre concurrencia con el fin de conocer todas las ofertas que se presenten por las empresas interesadas y seleccionar aquella que más se acomode al interés público, en este caso municipal, a la defensa del interés de la Hacienda municipal y a la que mejor servicio preste a los ciudadanos.

Sobre la audiencia a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el informe se pone de manifiesto que la decisión de denuncia se adopta en virtud del principio constitucional de autonomía municipal y de las competencias atribuidas en virtud del mismo, sin perjuicio del ejercicio del principio de coordinación entre administraciones públicas.

Por último, en el informe se detallan las razones de interés público para no proceder a la prórroga.

En este sentido, se plantea a esa Junta consulta en los siguientes términos:

- 1. Si resulta necesario motivar o justificar las razones por las que se procede a denunciar la concesión. Denuncia prevista expresamente con carácter unilateral en el Pliego de Condiciones.*
- 2. Si considera la Junta Consultiva que el Ayuntamiento de Murcia tiene facultad para modificar el objeto de la concesión aunque implique una reordenación integral de las actuales líneas y una modificación sustancial y nueva regulación del régimen económico de la concesión y del régimen de retribución al concesionario.*
- 3. Aun en el supuesto de que dicha modificación se entendiere legalmente posible, se consulta si el acto de iniciar un proceso de libre concurrencia para adjudicar la nueva concesión del transporte urbano en autobuses de la ciudad se considera un acto conveniente para el interés público y ajustado a derecho.*

2. A la anterior consulta se adjunta copia de la siguiente documentación:

- Documento número 1.- Pliego de Condiciones Jurídicas, Facultativas y Económico-Administrativas, que rige en el concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia con destino a adjudicar el Servicio de Transporte Urbano en autobuses dentro del casco urbano de Murcia, de fecha 24 de abril de 1981.

- Documento número 2.- Informe-propuesta relativa a la Concesión de Autobuses remitida por el Director del Área de Vía Pública del Ayuntamiento de Murcia, de fecha 12 de enero de 2011.

- Documento número 3.- Oficio remitido a Transportes de Viajera de Murcia, S.L.U., con fecha 19 de enero de 2011, dándole traslado del informe anteriormente indicado y concediéndole plazo para presentación, en su caso, de las alegaciones que estimasen pertinentes.

- Documento número 4.- Escrito de alegaciones presentado por Transportes de Viajeros de Murcia, S.L.U., con fecha 31 de enero de 2011.

- Documento número 5.- Informe-propuesta emitido por el Jefe de Gestión y Asesoramiento y el Director de Área de Vía Pública del Ayuntamiento de Murcia, con fecha 9 de febrero de 2011, relativo al escrito de alegaciones presentado por Transportes de Viajeros de Murcia, S.L.U.



- Documento número 6.- Informe-Propuesta aprobado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 16 de febrero de 2011, por el que se desestiman las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria y se denuncia el contrato de referencia.

- Documento número 7.- Escrito presentado con fecha 3 de marzo de 2011 por Transportes de Viajeros de Murcia, S.L.U. interponiendo recurso de reposición contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 16 de febrero de 2011.

- Documento número 8.- Escrito presentado por Transportes de Viajeros de Murcia, S.L.U. con fecha 10 de marzo de 2011, complementario del presentado con fecha 3 de marzo de 2011.

- Documento número 9.- Informe emitido con fecha 23 de marzo de 2011, a la vista del recurso de reposición interpuesto por Transportes de Viajeros de Murcia, S.L.U. contra el acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 16 de febrero de 2011.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13.3 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.

Si bien la solicitud de informe la realiza el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia, esta no se cursa a través de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, tal como dispone el artículo 13.3 del Decreto antes mencionado. Ello no obsta sin embargo a que esta Junta, como el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia ostenta así mismo la Presidencia de la mencionada Federación de Municipios de la Región, entienda conveniente informar sobre las cuestiones planteadas por aquel.

Tal como se recoge expresamente en el propio informe jurídico de fecha 23 de marzo de 2011 previo a la resolución del recurso de reposición, en base a cual se plantea la presente consulta "se considera conveniente, dada la trascendencia del asunto, solicitar informe a la Junta Consultiva de Contratación para conocer su opinión con carácter previo a la resolución del recurso de reposición" y en concreto solicita se pronuncie sobre tres cuestiones que básicamente se corresponden con las alegaciones formuladas en el recurso de reposición interpuesto por la entidad concesionaria contra el acuerdo de denuncia del contrato de gestión del "Servicio de transporte urbano en autobuses dentro del casco de urbano de Murcia" adoptado el 16 de febrero de 2011 por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, pretendiendo que esta Junta asuma funciones propias de órganos de asesoramiento del referido Ayuntamiento.

En cuanto al alcance de los informes emitidos por la Junta Regional de Contratación Administrativa, debemos de reiterar el criterio mantenido por esta Junta, así entre otros en su Informe 02/2008, de 29 de abril, 02/2010, de 29 de abril y 1/2011, de 18 de enero, conforme al cual sus informes no pueden resolver expedientes concretos de contratación, ni la función consultiva o de asesoramiento atribuida a la misma en materia de contratación de la Administración Regional puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe, atribuidas por la legislación en el ámbito de la contratación a órganos específicos y concretos del consultante.



Lógicamente las consultas de carácter general pueden y suelen tener su origen en problemáticas concretas surgidas en procedimientos administrativos de contratación por lo que, en coherencia con ello y las consideraciones anteriores, esta Junta emitirá su informe en relación con los aspectos de carácter general de la consulta, como son la duración, prórroga y modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, teniendo en cuenta aspectos puntuales del contrato de "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA", adjudicado por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 30 de septiembre de 1981, en régimen de concesión administrativa, en relación con el que se formula la referida consulta.

2. La duración y posible prórroga del contrato de "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA", como contrato de gestión de servicios públicos, habrá de examinarse y ser abordada conforme a lo dispuesto expresamente en el correspondiente Pliego de Condiciones Jurídicas, Facultativas y Económico-Administrativas con arreglo al cual se adjudicó el contrato y la normativa aplicable por razón de la fecha de adjudicación del contrato que, al tener lugar el 30 de septiembre de 1981, está constituida por la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (en adelante LCE), el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1955, de 25 de noviembre (en adelante RGCE) y disposiciones locales vigentes en dicha fecha, a saber, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por decreto de 27 de mayo de 1952.

El párrafo segundo del artículo 64 de la LCE, prácticamente idéntico al 158 de la posterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), salvo el plazo máximo de la duración que esta última lo fijó en setenta y cinco años, viene a establecer que el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración y las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas de noventa y nueve años.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido interpretando estos artículos en el sentido de que, para que el plazo de duración de un contrato de gestión de servicios públicos pueda prorrogarse, tanto la prórroga como su duración deben estar expresamente previstos en el correspondiente pliego, pues al recoger este documento los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes, tanto la LCE en su artículo 14 como la LCAP en su artículo 50 lo viene a configurar como la "ley del contrato", y por lo tanto vincula tanto a la Administración contratante como al contratista. En este sentido, entre otros, se expresa el Informe 38/1998, de 16 de diciembre de 1998 de la referida Junta Consultiva cuando literalmente dice 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.



El informe 47/1998, de 17 de marzo de 1999 también, y siguiendo el criterio recogido en el anterior, manifiesta que:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 2 de abril de 1996) y esta propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 18/97, de 14 de julio y 38/98, de 16 de diciembre) 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.

El Pliego de condiciones jurídicas, facultativas y económico administrativas que sirvió de base al contrato de "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA" contiene la previsión de la prórroga del contrato y su duración ya que literalmente su Cláusula 3.1 prevé que "El plazo de duración de la concesión objeto del presente Pliego será de 12 años prorrogables por la tácita y por períodos de tres años hasta un máximo de cincuenta, si tanto la Corporación como el concesionario no notifican en forma fehaciente a la otra parte con seis meses de antelación como mínimo, al vencimiento del plazo o cualquiera de sus prórrogas, su decisión de resolver la concesión".

En cuanto al contenido de esta Cláusula es preciso hacer diversas consideraciones, la primera que, dados los términos en los que está formulada, no ofrece ninguna duda que el plazo inicial de duración del contrato quedó establecido en doce años y que así mismo se estableció la posibilidad de su prórroga cada tres años hasta un máximo total de cincuenta años.

La segunda consideración, en cuanto a la posibilidad de que las prórrogas puedan ser tácitas es preciso indicar que, aunque las mismas fueran admisibles conforme a la LCE y posterior LCAP, y por lo tanto pudieran estar previstas en los pliegos correspondientes de los contratos celebrados bajo al amparo de las mismas, ha sido doctrina constantemente mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que, una vez que la Ley 53/1999, de 28 de noviembre dio nueva redacción al artículo 68.1 de la LCAP, estas deben de ser rechazadas y que, de producirse, podría corregirse por vía de recurso de los particulares o por vía de revisión de sus propios actos por la Administración. En este sentido se pronuncia entre otros muchos, el Informe de la mencionada Junta 47/04, de 12 de noviembre de 2004, sobre la duración y prórroga de un contrato de gestión de un servicio público municipal de agua y alcantarillado, en los siguientes términos:

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de prórrogas tácitas 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, en el sentido de disponer que en los pliegos ha de fijarse "con precisión el plazo de duración del contrato y, cuando estuviese 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", hay que citar a los informes de esta Junta de 7 de junio y 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04, 35/04) y tres de esta misma fecha (expedientes 50/04, 55/04 y 57/04), en las que se mantiene el criterio de que las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas una vez entrada en vigor la nueva redacción del artículo 67 de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas, al resultar un contrasentido -se afirma que el segundo informe citado- 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.

La última consideración en cuanto al contenido del la Cláusula 3.1, es que tampoco ofrece duda la facultad de denuncia del contrato que reconoce a cualquiera de las partes del contrato, siempre que ésta se formule al menos con seis meses de antelación a la terminación del plazo inicial o al de cualquiera de sus prórrogas y se haga de forma fehaciente.

La denuncia formulada por el Ayuntamiento no constituye una prerrogativa otorgada a la Administración en el ámbito de la contratación administrativa, como lo es la de interpretar los contratos o modificarlos por interés público, sino el ejercicio de una facultad que no es sino la manifestación de la voluntad del órgano de contratación de no prorrogar la vigencia del contrato, una vez transcurrido el plazo inicial de su duración o de su prórroga, facultad ésta que se reconoce no sólo a la Administración sino también al propio contratista en la referida cláusula, de manera que sino existe acuerdo de voluntades de ambas partes y además se ejercita la denuncia, el contrato no puede mantenerse vigente.

3. La cuestión de la modificación de los contratos administrativos y en particular de los contratos de gestión de servicios públicos, debe ser abordada a la luz de la normativa aplicable por razón de la fecha del contrato en cuestión, siendo la misma que la referida en el apartado anterior.

Si bien es cierto que los artículos 48, 50 y 74 de la Ley de Contratos del Estado admiten la modificación de los contratos en general y la de los contratos de gestión de servicios públicos en particular, no es menos cierto los mismos configuran a la modificación de los contratos administrativos como una prerrogativa o facultad unilateral de la Administración de carácter exorbitante y por ello sujeta a determinados límites en su ejercicio, que no puede ser ejercida libremente por la Administración sino que encuentra su fundamentación en las razones de interés público que amparan su ejercicio, de ahí que el mencionado artículo 74 y respecto a los contratos de gestión de servicios públicos textualmente disponga *que La Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

Además la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha mantenido en numerosos de sus informes el criterio contrario a que puedan alterarse por vía de modificación convencional del contrato aspectos esenciales del mismo, debiendo de poner límites a la posibilidad de modificación de los contratos ya que ello alteraría sustancialmente las bases que dieron lugar a la adjudicación, lo que estaría en clara contradicción con el principio de libre competencia básico en la contratación administrativa



Así en su Informe 59/00, de 5 de marzo de 2001, se expresaba en los siguientes términos:

...lo cierto es que, como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 (expedientes 48/95 y 47/98) hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que "celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce.

En relación con el contrato de "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA" si, como parece desprenderse de los antecedentes remitidos con el escrito de consulta, la concesión actual no se adapta al modelo de transporte público que se pretende implantar acorde con el Plan de Movilidad Urbana Sostenible del Municipio de Murcia, y en caso de mantener dicha concesión habría que modificarla en aspectos tan importantes como la reordenación integral de las líneas previstas y el establecimiento de un nuevo régimen económico y de retribución al concesionario, dicha modificación constituiría una alteración sustancial del contrato que alteraría en gran medida elementos esenciales del mismo fijados en el momento de la adjudicación del contrato, por lo que esta no sería una solución acorde con los criterios restrictivos con los que debe de ejercitarse por parte de la Administración la facultad de modificación de los contratos, requiriendo dichos cambios tan importantes un nuevo contrato procediendo al efecto a la convocatoria de una nueva licitación en aras precisamente de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben presidir la selección de contratistas en los procedimientos de contratación pública.

4. Todas las consideraciones recogidas anteriormente permiten al Ayuntamiento conocer la opinión de esta Junta sobre los aspectos generales contenidos en la consulta formulada, que no entra a resolver las actuaciones seguidas en el expediente derivadas del recurso de reposición planteado por la empresa concesionaria ante la denuncia del contrato "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA" formulada por aquel, ni puede sustituir informes emitidos por servicios propios del mismo suficientemente fundamentados en derecho, tal como ha quedado reflejado en la consideración primera de este informe.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, esta Junta Regional de Contratación Administrativa entiende:

1. 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 de Contratos de las Administraciones Públicas no son admisibles prórrogas tácitas aún estando previstas en el contrato por ser conformes con la legislación anterior y que la denuncia del contrato formulada por el Ayuntamiento, expresamente prevista en el pliego correspondiente, no es sino la manifestación de la voluntad del órgano de contratación de no mantener la vigencia del contrato y que excluye la posibilidad de prorrogar de nuevo el contrato al no existir acuerdo de voluntades.



2. Que no pueden alterarse, por vía de modificación del contrato, aspectos esenciales del mismo, ya que ello variaría sustancialmente las bases que dieron lugar a la adjudicación del contrato inicial, lo que estaría en clara contradicción con los principios de publicidad y libre concurrencia que deben presidir la contratación pública.

3. Que, en atención a las consideraciones hechas en el presente informe, debe ser el propio órgano de contratación quien valore la compatibilidad del contrato vigente con las nuevas condiciones del transporte público previsto en el Plan de Movilidad Urbana Sostenible de Murcia que se pretenden implantar con el fin de prorrogarlo o, en su caso, proceder a la convocatoria de una nueva licitación.