



Expediente 31/17.

Materia: Diversas cuestiones sobre el pago de un contrato de gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"1. El Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el día 2 de febrero de 2006, adjudicó el contrato de "Gestión de los servicios públicos de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos urbanos y de limpieza viaria del término municipal" a la Mercantil Grupo Generala, por un plazo de diez años, formalizándose el mismo en documento administrativo con fecha 15 de febrero de 2006.

2. Tras el vencimiento del plazo de duración del contrato en febrero de 2016, y como consecuencia de diversas vicisitudes ajenas al contratista (incluida la anulación por el TACRC del nuevo procedimiento de contratación iniciado en 2015), dado que se trata de un servicio público esencial, Grupo Generala ha continuado prestando el servicio en las mismas condiciones previstas en el contrato, hasta la adjudicación e inicio del nuevo (que se ha producido con fecha 18 de julio de 2017).

3. Una vez cumplido el año de continuidad en el servicio, se abrió expediente de liquidación por dicho período. En dicho expediente, tras una propuesta inicial del Ayuntamiento y el subsiguiente trámite de audiencia a



la empresa, se emitió informe-propuesta de la Intervención municipal en el que se contemplaba:

a) Descontar del precio la parte correspondiente a las amortizaciones de la maquinaria adquirida por la empresa y adscrita al servicio, toda vez que había expirado el plazo de 10 años del contrato (que a su vez era el plazo previsto de amortización de dicha maquinaria).

b) Reconocer a la empresa determinados excesos de gastos, en las cuantías superiores a las previstas para la fijación del precio del contrato, tales como mayor volumen de residuos sólidos urbanos (costes de vertedero) o mantenimiento y reparaciones de maquinaria obsoleta.

4. En virtud de dicho informe-propuesta de Intervención, el Alcalde eleva al Pleno la propuesta de liquidación. En sesión celebrada el día 6 de abril de 2017 y ante diversas dudas de índole jurídica planteadas durante el debate, se decide dejar el expediente sobre la mesa y elevar consulta para posteriormente efectuar una única liquidación final del contrato, una vez que la empresa hubiera finalizado la prestación de sus servicios.

CUESTIONES:

Primera.- ¿Procede descontar del precio durante el período de continuidad la parte del mismo destinada a amortizaciones, una vez que ya se han superado los 10 años de plazo del contrato (que era el plazo amortización de la maquinaria adquirida y adscrita al servicio)?



Segunda.- La continuidad en la prestación del servicio, más allá del término del contrato y por causas ajenas al concesionario, ¿puede considerarse causa de restablecimiento del equilibrio económico al amparo de lo previsto en el artículo 258.2.b) TRLCSP (o al amparo del artículo 163 TRLCAP RDL 2/2000, vigente a la firma del contrato)? En su defecto, ¿cabe compensar a la empresa por costes del servicio superiores a los previstos inicialmente, al amparo de cualquier otro precepto o principio general del Derecho? En definitiva, el principio de riesgo y ventura que regía este contrato, ¿se mantiene plenamente vigente después de su término, durante la continuidad de la prestación del servicio, o cabe matizarse respecto de excesos de gastos tales como reparaciones por obsolescencia de maquinaria, incrementos del volumen de residuos sólidos urbanos a tratar, etc.?

Tercera.- En caso de que proceda el reequilibrio, ¿cabe ventilarlo y reconocerlo en el mismo expediente de la liquidación del contrato, o debe iniciarse un procedimiento ad hoc?

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia plantea a esta Junta Consultiva diversas cuestiones relativas a una prestación realizada por un contratista una vez finalizado el plazo de duración de un contrato de gestión de servicios públicos. El meritado contrato fue celebrado en 2006 y, por tanto, queda sujeto en su régimen jurídico al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.



El motivo esgrimido para la prolongación de la prestación del servicio por el contratista es el retraso en la adjudicación del nuevo contrato como consecuencia de diversas vicisitudes ajenas a aquél. Debido al mantenimiento de la prestación más allá del periodo contractual se plantean diversas cuestiones relacionadas principalmente con el alcance de la compensación que procede abonar al contratista y con los riesgos asumidos por las partes en este caso.

2. Para resolver las cuestiones suscitadas por el Ayuntamiento consultante, debemos partir de la doctrina elaborada por esta Junta Consultiva para situaciones similares, esto es, un contrato de gestión de servicios públicos en el que, transcurrido su plazo de vigencia y extinguido el contrato, la empresa concesionaria sigue prestando el servicio hasta la adjudicación e inicio del nuevo contrato, producida el 17 de julio de 2017.

Pues bien, la cuestión debe analizarse teniendo en cuenta nuestra doctrina sobre las denominadas prórrogas tácitas, cuestión sobre la cual ha existido una evolución legislativa que ha tenido reflejo en los informes de la Junta Consultiva, quien ya trató esta cuestión bajo la vigencia del TRLCAP en informes como el de 24 de marzo de 2006 (expediente 12/06) o el de 12 de noviembre de 2004 (expediente 47/04) que vienen a concluir que cualesquiera que fuesen las prevenciones de los pliegos en cuanto a la duración y prórrogas de los contratos de acuerdo con la legislación anterior, debe rechazarse la vigencia de las prórrogas tácitas. Señala nuestra doctrina que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, señalando 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.”* Por esta razón hemos mantenido el criterio de que las prórrogas tácitas 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 que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas.”*

En consecuencia, cabe concluir que una vez terminado el plazo fijado para la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, no cabe entender que el mismo se pueda prorrogar por el consentimiento tácito de las partes. Por todo ello, una vez transcurrido el plazo pactado el contrato se extingue y deja de desplegar sus efectos. Recordemos que conforme al artículo 160 del TRLCAP *“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.”* Siendo esto así, el contratista queda vinculado contractualmente a la ejecución del contrato dentro de los plazos pactados, no fuera de ellos, y no puede aceptarse una prórroga tácita por la inacción de las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante la realidad de la extinción jurídica del contrato una vez transcurrido su plazo de duración, no será posible pagar por determinados conceptos que sólo se incluían en el contrato inicial como es, en el caso planteado, la amortización de la maquinaria, amortización que, por otro lado, ya se había completado conforme al contrato cuando este estaba vigente, razón por la cual se trata de una obligación extinguida por cumplimiento.



2. Queda descartada, por tanto, la posibilidad de que el contrato se haya prorrogado por el acuerdo tácito de las partes. Siendo esto así debemos analizar la posible aplicación del régimen del restablecimiento del equilibrio económico del contrato al amparo de lo dispuesto en la legislación aplicable, en la medida en que esta es una cuestión planteada por el Ayuntamiento en su escrito de consulta. El artículo 163 del TRLCAP prevé como único supuesto de compensación para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato la modificación del mismo por la Administración. Señala la norma 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.”*

Respetando la anterior regla, para poder entender procedente su aplicación en el caso que nos atañe habría que entender que se ha producido la modificación del contrato mediante la ampliación del plazo concesional para dar solución a la situación de interinidad que se produce como consecuencia de la falta de vigencia del nuevo contrato que sustituya al anterior. Pero tal solución no es posible por varias razones que analizaremos a continuación.

La primera de tales razones es que en este punto hay insistir en el criterio de esta Junta Consultiva de que la posibilidad de la prórroga y su alcance debe venir prevista de forma expresa, sin que puedan adoptarse decisiones de la Administración al margen de las previsiones de los pliegos. A este respecto cabe recordar el informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 47/1998) que señala lo siguiente:



“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.”

Esta Junta ha reiterado la necesidad de 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 concededores de la modificación que ahora se produce”* (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999, 2 de 5 de marzo de 2001 y 24 de marzo de 2006, expedientes 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00, y 12/06).



En segundo lugar, es ciertamente dudoso que una modificación del contrato pueda referirse a aspectos diferentes de los propios elementos que componen o configuran su objeto, aspectos entre los que es dudoso que figure el plazo de duración del contrato.

Vedada la posibilidad de ampliar el plazo concesional, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, no cabe entender que se cumplan las circunstancias que dan lugar a la aplicación del artículo 163 del TRLCAP y, por tanto, al reequilibrio económico del contrato por esta vía.

La conclusión expuesta sería igualmente válida para el caso de que estuviera vigente la legislación de contratos posterior. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 30 de noviembre (en adelante, TRLCSP), insisten en la necesidad de que las prórrogas se fijen en el pliego, no pudiéndose producirse por el consentimiento tácito de las partes (art. 23). Por otro lado, tampoco las circunstancias del caso expuestas en el escrito de consulta permiten la aplicación de los supuestos previstos para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato (258 de la LCSP de 2007 y 282 del TRLCSP), pues no existe ninguna modificación contractual previa.

En definitiva, de lo expuesto se deduce que el contrato de gestión de servicios públicos original ha concluido por cumplimiento del plazo fijado, sin que pueda entenderse válida una modificación unilateral del plazo o un acuerdo tácito de las partes para su ampliación.



3. Como ha señalado esta Junta Consultiva en anteriores informes como el de 10 de diciembre de 2018 (expediente 37/16), los contratos públicos están investidos de una característica especial como es el hecho de servir a la consecución de un interés público. Esta circunstancia es particularmente relevante e intensa en el supuesto de los contratos de gestión de servicios públicos dado que, en ocasiones, el objeto del contrato es un servicio que se presta a los ciudadanos, el cual está afectado por el principio de continuidad en la prestación del servicio.

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), incorpora a su artículo 29.4 unas previsiones para otorgar un plazo añadido a los contratos que permita garantizar la continuidad de la prestación al vencimiento del mismo, como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles producidas en el procedimiento de adjudicación y cuando existan razones de interés público para no interrumpir la prestación. Tal posibilidad queda sometida a ciertos límites, tal y como quedó analizado en el citado informe 37/16, de 10 de diciembre.

Este principio tiene reflejo específicamente en el contrato de concesión de servicios, de forma que al regular las obligaciones del concesionario en el artículo 288 de la LCSP, se especifica que deberá *“a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.”* A continuación se añade un inciso no previsto en la legislación anterior



conforme al cual *“En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.”*

Estos preceptos no estaban vigentes ni el momento de la adjudicación del contrato objeto de consulta ni en el momento de su finalización, fecha en que comienza a prestarse el servicio por necesidades de continuidad del mismo, pero externamente al acuerdo contractual originario.

No obstante, la desaparición jurídica del contrato de gestión de servicios públicos sujeto a la legislación anterior no hace desaparecer íntegramente la posibilidad de mantenimiento de la prestación. El principio de continuidad del servicio ha sido consagrado expresamente entre las obligaciones del concesionario en las sucesivas leyes de contratos (161.a) del TRLCAP, 256.a) de la LCSP de 2007 o 280.a) del TRLCSP), y a su tenor se admite la posibilidad de que se ordene que continúe de la prestación con posterioridad a la terminación del contrato. Tal posibilidad resulta asimismo de lo establecido en el artículo 128.1.1^a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, a tenor del cual entre las obligaciones del concesionario se encuentra la de *“1.ª Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial.”* Tal posibilidad deriva directamente de las necesidades de interés público que el servicio supone y de los posibles perjuicios que su desaparición podría ocasionar.



Sobre la base de este principio se ha justificado la prolongación de la prestación del servicio público en situaciones como la descrita en la consulta, posibilidad que ciertamente ha sido avalada por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de noviembre de 1986, reiterando lo señalado en la Sentencia de 22 de marzo de 1985, señala que *“no se está ante un caso de prórroga expresa o tácita del contrato con plena aplicación de la cláusula 9.ª que excluye la revisión, sino ante una situación excepcional en que, denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio -y mientras no se seleccione al nuevo contratista- impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del «ius variandi», con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público...”*

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y partiendo del hecho de que la situación de patología en la continuación de la prestación se genera como consecuencia de un retraso de la Administración en la licitación del nuevo contrato, las consecuencias que de ello derivan para el contratista deben resolverse teniendo en cuenta la proscripción del enriquecimiento injusto de las partes en el contrato. Conforme a este principio resulta lógico entender que, una vez prolongada la obligación de prestación del servicio público a un contratista por causa imputable a la Administración, esta debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos en que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación.



Lógicamente, a los efectos de la correcta retribución del concesionario, nos encontramos ante dos situaciones distintas: la relación creada en el contrato originario y la situación que se origina con la prolongación del servicio público. En la primera, el régimen de obligaciones y de reparto de riesgos deberá regirse en todos sus extremos por el contrato inicial, que se asienta en un equilibrio económico basado en unas inversiones, unas condiciones de prestación del servicio y un sistema de retribución durante un plazo determinado. Todo ello es el resultado de un procedimiento de selección del contratista en el que con arreglo a esas condiciones el contratista asume el riesgo y ventura en la prestación del servicio.

En el segundo de los casos, la situación de continuidad del servicio imprevista en el momento de la licitación inicial y que sólo es imputable a la entidad pública titular del servicio, el principio rector de las relaciones entre las partes debe ser el de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del concesionario como consecuencia de su deber de continuar con la prestación del servicio público. Por ello, la totalidad de los gastos que se generen en este nuevo periodo deben ser adecuadamente compensados y la forma correcta de hacerlo es atendiendo a las condiciones previstas en el contrato original (tales como reparación de instalaciones por obsolescencia, nuevos gastos derivados del incremento de prestaciones, etc.) Esto no quiere decir, como hemos reiterado, que se siga cumpliendo el contrato primigenio, pues el mismo ya ha sido extinguido por el transcurso de su plazo máximo, sino que la nueva prestación que se ejecuta extramuros del contrato es, no obstante, similar a la que se amparaba en aquel, se origina en el contrato y debe cumplirse en la medida de lo posible conforme a las previas estipulaciones de las partes.



De este modo, si por causas excepcionales, durante el periodo imprescindible para paliar esa situación excepcional, y atendiendo a la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, se justifica que se prolongue la prestación del contratista, éste deberá ser adecuadamente retribuido, especialmente en el supuesto de que se altere el equilibrio económico en detrimento del contratista, el cual deberá restablecerse adecuadamente para subvenir a las necesidades que plantee la prestación del servicio en este periodo. Tal prestación excede del contenido del riesgo y ventura asumido por el contratista conforme al contrato ya extinguido y, por ello, es claro que no tiene que soportar las consecuencias económicas de una situación no imputable a él y que va más allá del contrato en los términos pactados.

Por esta razón, el principio de riesgo y ventura propio del contrato de gestión de servicios públicos debe ser, en definitiva, modulado para este periodo que, lógicamente, debe ser transitorio y excepcional, por el tiempo que resulte necesario para que el nuevo concesionario asuma la prestación del servicio público en el nuevo contrato.

En este punto, cabe recordar el criterio de esta Junta ante estas situaciones según el cual la solución a este tipo de problemas (Informe de 10 de diciembre de 2018, expediente 86/18) estriba en una diligencia reforzada de los órganos de contratación y en un concepto al que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, otorga una gran importancia en su artículo 28.4 como es la programación y planificación adecuada de su actividad contractual.



En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. Finalizado el plazo de un contrato de gestión de servicios públicos celebrado al amparo del TRLCAP, y no habiéndose adjudicado el siguiente, no puede entenderse prorrogado por acuerdo tácito de las partes, ni cabe adoptar por el órgano de contratación una resolución de modificación del plazo ampliando el mismo, dando lugar a la aplicación de normas que regulan el restablecimiento del equilibrio económico financiero.
2. El principio de continuidad en la prestación del servicio público, que cuenta con una tradición jurídica en este tipo contractual, permite que se obligue a los concesionarios a continuar prestando el servicio, situación que debe entenderse como excepcional y transitoria por el tiempo imprescindible para completar el proceso de licitación del contrato subsiguiente.
3. Durante el tiempo en que el contratista continúa prestando el servicio una vez concluido el plazo fijado en el contrato inicial, la Administración contratante debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación y debe hacerlo, en lo que sea posible, en los términos fijados en el contrato inicial, debiéndose modular el principio de riesgo y ventura en este periodo conforme a este principio.