

Informe 47/98, de 17 de marzo de 1999. "Instalación en la vía pública de soportes de información y mobiliario urbano. Modificación del contrato y posibilidad de prórroga del plazo de una concesión".

2.1. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales.

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Coruña dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de La Coruña, en sesión de fecha 22 de abril de 1993, acordó convocar concurso para la "Concesión del servicio de instalación en la vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general", destinado a colocar en todo el término municipal postes de señalización de direcciones y de destino.

Previos los trámites oportunos, al concurso resultaron presentadas y admitidas cinco proposiciones y el Pleno del Excmo. Ayuntamiento, en sesión de 11 de marzo de 1994, acordó la adjudicación a Mobiliario Urbano de Galicia, S.A., por plazo de quince años improrrogable, que finaliza en el 2009. El adjudicatario presentó una propuesta con varias combinaciones que en lo referente a señalización precisaba la cantidad de 90 postes.

Pasados cuatro años del inicio de la concesión y colocados los citados 90 postes la Unidad de Circulación de este Ayuntamiento, ante las peticiones de los usuarios así como a la dinámica de la circulación de la ciudad, plantea la necesidad de dotar de un mayor número de postes de señalización, sin incrementar la contrapartida de mobiliario dedicado a explotación publicitaria, siendo este último junto con el tiempo de la concesión el soporte económico de la misma. La Unidad de Circulación estima la necesidad de señalar con al menos 200 y así se lo transmite al concesionario de esta propuesta.

La empresa concesionaria admite la propuesta municipal siempre y cuando se acuerde la prórroga de la concesión hasta el año 2020, como contraprestación a la inversión que tendrá que realizar, ya que al no incrementar la oferta de soporte económico y publicitario y la señalización sería exclusivamente para incrementar y aumentar la existente en el término municipal que de acuerdo con la anterior concesión se estimaba en 90 postes, la contraprestación a esa inversión el actual concesionario la evalúa en el incremento de la duración de la concesión.

A la vista del escrito presentado por el concesionario, esta Alcaldía Presidencia se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en aplicación del art. 17-2 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para que, si así lo estima procedente, emita el oportuno dictamen en orden a esclarecer la siguiente cuestión:

La concesión actual corresponde a la señalización de todo el municipio: en su momento la Corporación consideró que esa era la mejor oferta para las necesidades del Municipio.

Es posible acordar la prórroga del plazo de la concesión ante una nueva decisión del Servicio de Circulación de incrementar el servicio de instalación en la vía pública de soportes de información o bien es necesario la convocatoria de nueva licitación, y en este último caso, en que condiciones quedaría el actual concesionario del término municipal?.

Se adjunta el pliego de condiciones regulador de la concesión, así como los informes y otros documentos de interés que obran en el expediente."

2. Conforme se indica en el último inciso del escrito anterior se acompañan al mismo fotocopia de diversos documentos entre los que, a efectos del presente informe, se destacan los siguientes:

a) Pliego denominado de condiciones técnicas y económico administrativas que ha de regir el concurso para la concesión del servicio de instalación en vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general, del que deben destacarse las siguientes cláusulas:

- 1. *Objeto del contrato.*

El objeto del presente concurso es la Concesión del servicio relativo a la instalación y conservación por el concesionario de soportes de información y otro mobiliario urbano de interés general en la vía pública, en todo el término municipal mediante su explotación publicitaria, a excepción de los relojes con información y publicidad y de las marquesinas y su soporte publicitario que la sustenta.

Las empresas concurrentes se comprometen, a su costa, a diseñar, construir, instalar, reponer y mantener los elementos en cuestión, explotando el servicio, mediante la forma legal de concesión administrativa, en los términos que se señalan en este pliego.

La concesión del presente concurso, se otorgará con carácter global, fijándose por los licitadores el número de unidades a instalar.

- 19. *Plazo de concesión.*

El plazo de la concesión será de quince años, improrrogable, y se contará a partir de la fecha del contrato de concesión.

- *Artículo 43.*

En lo no previsto en este pliego se estará a lo que dispone el Real Decreto Legislativo 931/86, de 2 de mayo, el Real Decreto 2528/86, de 28 de noviembre, Ley de Bases del Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Reglamentos de Bienes de las Corporaciones Locales y supletoriamente, la Ley de Contratos del Estado y restantes normas de Derecho Administrativo.

b) Documento de formalización del contrato suscrito en 24 de marzo de 1994 entre el Alcalde del Ayuntamiento de la Coruña y la representación de la Empresa "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A.", adjudicataria del concurso, en el que se especifica que el plazo de concesión se fija en quince años improrrogables (cláusula II), que regirán íntegramente las condiciones ofertadas por el adjudicatario y el pliego de condiciones aprobado (cláusula III) y que el contrato tiene carácter administrativo y se regirá por las normas que sirvieron de base a la adjudicación y por lo establecido en la legislación vigente en la materia (cláusula VII).

c) Carta contestación del representante de "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A." al escrito del Ayuntamiento de fecha 28 de febrero de 1997 (este último no se acompaña) en el que propone al Ayuntamiento la reunificación de tres contratos, entre ellos que es objeto del presente informe, que -dice- amparan su exclusiva de mobiliario urbano con explotación publicitaria, y la prórroga de dichos contratos, unificando la fecha de caducidad de la concesión hasta el año 2020, detallando las contraprestaciones que asumiría la citada empresa.

d) Informe fechado el 10 de marzo de 1998 y suscrito por la Jefa de la Sección de Obras-Contratación del Ayuntamiento de La Coruña, en el que, por los argumentos que expone, entiende que no es posible la prórroga ni modificación del contrato, sino la celebración de uno nuevo.

e) Escrito sin firma, membrete, ni fecha, que permita identificar su procedencia, en el que, con criterio contrario al anterior informe se entiende que la Corporación municipal podrá, en el ejercicio del "ius variandi", acordar la modificación del contrato de concesión, ampliando el objeto del mismo y prorrogando el plazo de duración de la concesión como fórmula viable para mantener el obligado equilibrio económico financiero.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión básica y fundamental que se plantea en el presente expediente es la de determinar la posibilidad de prorrogar o ampliar, como consecuencia de nuevas necesidades de señalización puestas de relieve por los servicios técnicos correspondientes, el plazo de duración del contrato de "concesión del servicio de instalación en la vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general" adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento de La Coruña el 11 de marzo de 1994 a la entidad "Mobiliario Urbano de Galicia S.A."

La cuestión en estos términos planteada tiene que ser abordada y resuelta de conformidad con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en particular con los preceptos reguladores del contrato de gestión de servicios públicos, pues, aún siendo dudosa la consideración del contrato como de gestión de un servicio público, el artículo 43 del pliego remite, como de aplicación supletoria a la Ley de Contratos del Estado pudiendo entrar en esta aplicación supletoria las normas del contrato de gestión de servicios públicos, siendo indiferente, a este respecto, que dada la fecha de adjudicación del contrato resultase de aplicación la Ley de Contratos del Estado, puesto que en cuanto a duración y prórroga de los contratos de gestión de servicios públicos, el texto de la Ley de Contratos del Estado y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consagran idénticas soluciones.

2. El artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prácticamente idéntico al artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado, salvo en cuanto al plazo máximo que reduce de noventa y nueve a 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 la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas de setenta y cinco años.

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.

En el presente caso, no es que no exista previsión sobre la prórroga, sino que la cláusula 19 del pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas la excluye expresamente al declarar que "el plazo de la concesión será de quince años improrrogables" declaración que, por los propios términos en que está formulada hace ocioso plantearse si la concesión que se examina es o no susceptible de prórroga.

Por lo demás la cláusula 19 eliminaría las posibles objeciones derivadas de una alternativa consideración del contrato como figura distinta de la gestión de servicio público, pues aunque se tratase de una concesión demanial de ocupación del dominio público o de un contrato de suministro de materiales con instalación en la vía pública, a su prórroga se

opondría la transcrita cláusula 19 del pliego que debe operar con independencia de la naturaleza del contrato.

A mayor abundamiento de la tesis expuesta hay que citar que la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar la libre concurrencia 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.

3. Excluida la posibilidad de ampliar o prorrogar el plazo de duración de la concesión otorgada por el Ayuntamiento de La Coruña a la empresa "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A.", procede examinar si es posible otra modificación del contrato, distinta de la ampliación o prórroga del plazo de duración, imponiéndose una solución afirmativa ya que, por la aplicación supletoria antes señalada, hay que tener en cuenta que el artículo 164 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en términos sustancialmente idénticos al artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado, admite la modificación del contrato de gestión de servicios públicos indicando que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato 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.

En el presente caso el objeto del contrato definido en la cláusula 1 del pliego se concretó en la oferta de la empresa adjudicataria conforme a la cual, según consta en su escrito memorándum, ha instalado en el término municipal 90 postes luminosos de señalización, estimándose por la Unidad de Circulación en 200 postes el "mínimo aceptable" para poner la señalización al día y a lo largo del desarrollo del contrato se pueden necesitar 200 más.

Las cifras que han quedado reseñadas, que son las que se utilizan en el escrito memorándum de la empresa adjudicataria, conducen a la conclusión de tener que descartar una modificación del objeto distinta de la ampliación o prórroga, ya que deben reiterarse los criterios de nuestro informe de 21 de diciembre de 1995 (expediente 48/95) en el que se señalaba que *"deben fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública"* añadiendo que *"celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, 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 posteriormente se produce"*.

Las cifras que se manejan en el presente expediente (pasar de 90 a 200 y previsiblemente a 200 más postes de señalización) eximen de cualquier comentario acerca de la posibilidad de una modificación del contrato operada en su objeto distinto de la ampliación o prórroga del plazo de la concesión.

4. Por último, deben hacerse algunas consideraciones sobre la posibilidad de celebración de nuevo contrato, que esta Junta estima la solución correcta, a la que la empresa adjudicataria parece oponer la exclusividad de su derecho en el término municipal de La Coruña.

Tal exclusividad derivaría de la expresión en “todo el término municipal” que utiliza la cláusula I del pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas que ha de regir el concurso para la concesión del servicio de instalación en vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general, pero, a juicio de esta Junta, esta interpretación no puede ser mantenida, dado que se limita a localizar el lugar en que deben instalarse los postes de señalización (todo el término municipal), sin poder crear una exclusiva contraria a los más elementales principios del ordenamiento jurídico y, en concreto de la legislación municipal y de contratos administrativos, teniendo en cuenta que las nuevas necesidades surgen, por circunstancias también nuevas no previstas en la fecha de adjudicación del contrato, como puede ser la nueva dimensión del caso urbano o la opinión pública en cuanto a insuficiencia de señalización.

Descartada la “exclusividad” pretendida se entiende que la solución más ajustada a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas consiste en la convocatoria de un nuevo contrato, al que obviamente, también podrá concurrir la empresa “Mobiliario Urbano de Galicia, S.A.”.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la cláusula 19 del pliego de condiciones del concurso se opone a la posibilidad de ampliación del plazo de duración o prórroga de la concesión otorgada a la empresa “Mobiliario Urbano de Galicia S.A.”.

2. Que las circunstancias concurrentes impiden otra modificación del objeto del contrato, distinta de la prórroga, al alterarse, en este caso, por la vía de la modificación, las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública.

3. Que la solución más ajustada a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas para atender las nuevas necesidades es la convocatoria de nuevo contrato, sin que a la misma se pueda oponer la exclusividad de los derechos de la empresa “Mobiliario Urbano de Galicia S.A.”.