

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO EXPTE. LA/04/2020 REFERENTE A LA SOLICITUD DE IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DEL AYUNTAMIENTO DE VIGO DE PRÓRROGA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO COLECTIVO DE VIAJEROS

Indice

I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
III. ANÁLISIS DE LA SITUACION	4
1. Las concesiones desde una perspectiva de competencia	4
2. Las bases normativas	7
3. El análisis de la situación del contrato de Vigo	10
A. El supuesto amparo en el contrato de 1995	10
B. Opciones alternativas de amparo de la prórroga	13
a. La necesidad de conseguir la continuidad del servicio.....	13
b. La supuesta incidencia del COVID	14
IV. CONCLUSIÓN	15

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Pleno de la CNMC, formulo el presente voto particular **discordante con la decisión de no impugnación de la mencionada decisión administrativa al considerar que la misma no es ajustada a derecho y genera graves problemas en la competencia y en el interés general que, además, se prolongan indbidamente en el tiempo¹.**

I. INTRODUCCIÓN

1. El 22 de junio de 2020 se recibió en la CNMC un escrito por el que se denunciaba un Acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Vigo de 5 de junio de 2020 por el que se aprobaba lo que se denominaba una prórroga por cinco años del contrato de concesión del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros de la ciudad de Vigo realizado en 1995. Su objetivo declarado era garantizar la continuidad del servicio, sus condiciones de viabilidad y los plazos necesarios para desarrollar la licitación de un nuevo expediente de contratación.

¹ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

2. El artículo 5.4 de la Ley de creación de la CNMC establece, entre las funciones del organismo, su legitimación activa “para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

El artículo 21 de Ley de creación de la CNMC establece, como **competencias del pleno** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “las que sean indelegables para el Consejo, **con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4**”².

En consonancia, el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC recoge las “Funciones e Informes de las Salas del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”³. Su párrafo primero establece que, de acuerdo con el artículo 21.2 de la LCNMC, las Salas conocerán los asuntos que no estén atribuidos expresamente al Pleno. “En particular: a) La Sala de Competencia **conocerá** de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y **con la actividad de la promoción de la competencia** de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Por ello, en opinión de esta Consejera, de la literalidad y espíritu de las normas aplicables, se desprende que las impugnaciones del artículo 5.4 de la LCNMC deben realizarse bajo el prisma de promoción de la competencia y que la competencia para conocer de ellas corresponde en exclusiva a la Sala de competencia de la CNMC.

II. ANTECEDENTES

3. El servicio de transporte urbano de viajeros por autobús de la ciudad de Vigo fue adjudicado a la empresa VIGUESA DE TRANSPORTE, S.A. (VITRASA) por un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 16 de septiembre de 1994, tras la licitación del contrato⁴. El contrato se formalizó el 8 de junio de 1995.

En la cláusula segunda del contrato se estableció una duración máxima de 25 años prorrogables por períodos de 5 años hasta un límite de 35 años *“incluido el plazo fijo”*.

El plazo se computa desde la fecha del contrato, finalizando el período inicial de 25 años el 8 de junio de 2020. Las prórrogas se producen, de acuerdo al contrato,

² En el mismo sentido el artículo 12.2.a del Estatuto orgánico de la CNMC que habla literalmente de las que son competencias del Pleno de la CNMC y excepciona expresamente el artículo 5.4. Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 y de agosto de 2013.

³ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 y de agosto de 2013.

⁴ Se presentaron 4 licitadores al concurso.

de forma automática, **salvo denuncia de cualquiera de las partes con un año de antelación** a la fecha en que finalice el contrato o cualquiera de aquéllas.

4. En octubre de 2018 el Ayuntamiento de Vigo constituyó un comité técnico de trabajo para realizar las tareas asociadas a la finalización del contrato de concesión y el desarrollo de los estudios necesarios para la tramitación de un nuevo expediente de contratación tendente a la adjudicación de un nuevo contrato.

5. El 27 de diciembre de 2018 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vigo acordó, en aplicación de lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, anteriormente citada, **denunciar la prórroga de la concesión administrativa al objeto de “evitar una prórroga tácita del contrato actual de una duración de cinco años”**.

6. El 14 de febrero de 2019, se publicó en el DOUE un anuncio del Ayuntamiento de Vigo con la información previa relativa al contrato de servicio público de transporte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007 (que, como veremos, obliga a publicar el anuncio de procedimiento de licitación con un año de antelación a su inicio)⁵.

Consta que el Ayuntamiento ha elaborado la propuesta de Estudio de viabilidad económica para un nuevo contrato de gestión de servicios bajo la modalidad de concesión administrativa y la Memoria de contratación con la definición de todos los aspectos necesarios para la determinación del Pliego de cláusulas administrativas particulares para dicho contrato. También estaba redactado un borrador de pliego de prescripciones técnicas particulares por lo que el expediente estaba preparado para el inicio de los trámites administrativos necesarios para la licitación.

7. No consta que se haya publicado en el DOUE modificación alguna del mencionado anuncio.

8. A pesar de lo anterior, el 5 de junio de 2020 la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Vigo aprobó lo que denomina un Acuerdo de prórroga, por cinco años, del contrato de concesión del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros de la ciudad de Vigo.

La Junta de Gobierno local justifica la prórroga del contrato en los siguientes motivos:

⁵ Reglamento (CE) n1 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

- La necesidad de garantizar la continuidad de la prestación del servicio ante la finalización del contrato el 7 de junio de 2020.
- El impacto del COVID-19. Mantienen que los trabajos realizados para licitar un nuevo contrato de concesión se verían afectados por la disminución de los valores de uso del servicio y la incertidumbre derivada del estado de alarma. También que sería necesario disponer de un amplio período de tiempo que permita comprobar el comportamiento de los usuarios y la evolución de las medidas excepcionales para garantizar el distanciamiento social.
- La continuidad del contrato vigente, además de garantizar la prestación del servicio, permitirá estudiar cuáles han de ser las medidas más adecuadas para los intereses municipales en relación con el equilibrio económico y la viabilidad del nuevo contrato.

Las condiciones de la prórroga son las vigentes en el contrato suscrito en 1995.

III. ANÁLISIS DE LA SITUACION

1. Las concesiones desde una perspectiva de competencia

9. Los contratos de larga duración y las prórrogas de las concesiones suponen una severa restricción a la competencia, en tanto que implican el cierre absoluto del mercado durante todo el tiempo en que se mantienen, sin permitir que se introduzcan tensiones competitivas en el momento de la licitación⁶.

La existencia de fallos de mercado o de determinadas condiciones en el mismo han justificado tradicionalmente el establecimiento de un sistema de competencia **por el mercado** (en lugar de competencia en el mercado) en el que varios operadores compiten por ser seleccionados para prestar un determinado servicio en régimen de exclusividad⁷.

Se trataría de garantizar por el Estado la prestación de un servicio que el mercado por sí solo no estaría en disposición de ofrecer o que no lo haría en condiciones aceptables. El sistema concesional asume que, de existir libre mercado en la prestación del servicio, habría determinados servicios que no se

⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y ANEIROS PEREIRA, J., "Adecuación del sistema español de concesiones para la prestación de servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera al Derecho Comunitario. Estudio particular del régimen tributario del negocio concesional", en SANTAMARÍA PASTOR, J.A (Dir.) y CABALLERO SÁNCHEZ, R. (Coord.). *Las técnicas de regulación para la Competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 217 a 252.

⁷ JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. "Puertos y concesiones administrativas" en *Administración y Competencia - Un análisis de la labor general de la Administración y una especial mirada a la situación de competencia en los puertos*. Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015. Págs. 203 a 218.

prestarían por falta de rendimiento económico suficiente o que se daría lugar a prestaciones en condiciones excesivamente gravosas para los ciudadanos⁸.

10. En el caso del transporte por carretera de personas el régimen concesional tal como está vigente en este momento, está siendo objeto de cuestión en varias propuestas de la Unión Europea⁹.

En cualquier caso, mientras no se modifique el modelo vigente, el sistema de concesión debe estar diseñado de manera que en el momento de competencia “por el mercado” se pueda elegir a la empresa capaz de ofrecer el servicio público en las mejores condiciones de calidad y precio¹⁰.

Las **excepciones** a la regla general deben ser interpretadas de manera restrictiva y cualquier valoración de las opciones abiertas por el ordenamiento jurídico debe realizarse por la administración bajo el prisma de protección del interés general y la Razón Imperiosa que se trata de proteger (entre las que no caben los objetivos de carácter económico¹¹). Para ello deben emplearse los principios de **necesidad** (relación de causalidad entre la limitación y la protección del valor definido) **proporcionalidad** (opción por la medida que proteja la razón

⁸ VIDAL MARTÍNEZ, P. y LAPRESTA, A.R, "Novedades sobre concesiones públicas y competencia, en general, y sobre concesiones de servicios públicos de transporte por carretera, en particular", en *"Actualidad Jurídica"* nº 29; Año 2011, pp. 92-97.

⁹ Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º1073/2009, relativo a las normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, COM/2017/0647 final - 2017/0288 (COD). En el se plantea la liberalización de las líneas regulares nacionales para aquellos trayectos superiores a los 100 kilómetros lo que generaría competencia en líneas regulares de autobús estatales y autonómicas que se gestionan mediante un régimen de concesiones en exclusividad con plazos de explotación de 10 años. La Comisaria de transporte afirmó en 2018 que los sistemas basados en el monopolio, como el español, son legales, **siempre que los gobiernos demuestren que sirven para prestar un servicio en unas condiciones que el mercado no ofrecería por sí mismo** y recomienda replantear el sistema de concesiones.

¹⁰ Véase por ejemplo el ya muy interesante CNC, *Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España*, 2009, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185856_7.pdf o los posteriores CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Informe para promover la competencia en el sector del transporte público interurbano regular permanente de viajeros de uso general por carretera en Andalucía, Diciembre de 2012, en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/I_03-12.pdf o ACCO, *Estudio sobre la competencia en el transporte regular interurbano de viajeros por carretera en Catalunya*, REF. ES 03/2010 Marzo de 2011, en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/es_03-2010_concessions_transport_cast.pdf.

¹¹ Véase la Sentencia de 24 de marzo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-400-08. Comisión contra España (ECLI:EU:C:2011:172) y Sentencia núm. 193/2013 de 21 noviembre Tribunal Constitucional (Pleno), dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5491/2012 (ECLI:ES:TC:2013:193).

imperiosa de interés general de manera menos restrictiva de la competencia de entre todas las posibles) y **no discriminación**¹².

Especialmente oportunas resultan todas las valoraciones y argumentación realizadas por la Audiencia Nacional en la Sentencia en que analiza la pertinencia (en realidad la no pertinencia) de la prestación de un Servicio Público de Interés General empleando el sistema de concesión¹³. Por no excedernos en la reproducción, subrayamos tan solo las siguientes afirmaciones:

“La prestación de los SEIG debe respetar las reglas de concurrencia, competencia y libertad de empresa, reconociéndose la libertad de los Estados Miembros para configurarlos, pero dentro del marco legislativo descrito. En ese marco de actuación se pueden establecer restricciones por razón de servicio, que supongan una disminución del ámbito competencial inicialmente previsto. Sin embargo, estas restricciones **deben estar debidamente justificadas** y tienen que ser **necesarias** para la consecución de los fines perseguidos, de lo contrario no serán conformes al Derecho de la Unión, como se desprende de la STJUE 3 de octubre de 2000 Asunto C-58/98 (39), en relación con la exigencia de inscripción constitutiva en Registro público para artesanos, “[c]on arreglo al principio de **proporcionalidad**, la aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser **adecuada para garantizar la realización del objetivo** que persiguen y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo [...]”.

Esta línea hermenéutica **restrictiva de las excepciones** se repite en no pocas sentencias. En la STJUE de 23 de diciembre de 2015, C-293/14 , (53), respecto de una limitación territorial impuesta por un Land en relación con el artículo 10 de la Directiva 2006/123 , se afirmaba que “[s]i bien es cierto que el tenor de su apartado 4 requiere únicamente la existencia de una “razón imperiosa de interés general” para justificar la limitación de una autorización a una parte específica del territorio nacional, no lo es menos que, como subrayó el Abogado General en el punto 45 de sus conclusiones y como se desprende del apartado 6.1.5 del Manual, esta disposición exige que tal limitación respete también los principios de no discriminación y de proporcionalidad, como

¹² En 2020 la CNMC ha lanzado una consulta pública sobre el sistema concesional español como puede verificarse en <https://blog.cnmc.es/2020/01/22/cnmc-consulta-publica-concesiones-autobuses-interurbanos/>. El acceso a todas las respuestas puede encontrarse en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/mejora-regulatoria/consultas-publicas/autobus-interurbano>.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 28/11/2018, número de recurso 293/2015, ECLI:ES:AN:2018:5245 (concesión curso de formación de conductores).

principios generales del Derecho de la Unión." La STJUE 20 de febrero de 2001, C-205/99 (35), puntualizaba que "para que pueda estar justificado un régimen de autorización administrativa previa, ha de demostrarse asimismo que dicho régimen es necesario para poder imponer obligaciones de servicio público **y que es proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no podría alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas de la libre circulación de servicios**, en particular, mediante un sistema de declaraciones a posteriori (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, asuntos acumulados C-163/94 , C-165/94 y C-250/94 , Rec. p. I-4821, apartados 23 a 28).", y (37), "**Sin embargo, el referido régimen no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a una libertad fundamental Asuntos 72/83 y C-266/96 "**.

El Tribunal de Justicia de la Unión impone a las iniciativas públicas y a cualquier forma de intervención un requisito de formalización y justificación previa del interés público, **trasladando a la Administración la carga de probar la no afectación del mercado más allá de lo estrictamente indispensable para justificar el interés público comprometido. Lo que se busca es delimitar la iniciativa pública en función de su impacto sobre los mercados.**

En su sentencia de 23 de octubre de 1997, C-157/94 , (37 y 38), ya proclamaba que las excepciones a las normas del Tratado **debían ser interpretadas restrictivamente** y que se permitía "[s]iempre que sean necesarias para el cumplimiento de la misión específica confiada a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general."

Bajo estos parámetros se analiza la medida denunciada.

2. Las bases normativas

11. En la Unión Europea, el Reglamento 1370/2007 impone la obligación de licitar las concesiones de transporte de viajeros y establece limitaciones a la duración de los contratos y sus prórrogas¹⁴.

¹⁴ Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo. DOUE núm. 315, de 3 de diciembre de 2007, p. 1–13, que entró en vigor en 2009.

La norma establece (art. 4.3) que “la duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para los servicios de autobús o autocar.” **Limita** también la posible existencia de prórrogas a los supuestos en que éstas estuvieran **justificadas** “por los costes que se derivan de una situación geográfica particular”. En esos casos la duración de los contratos de servicio público “en las regiones ultraperiféricas podrá prorrogarse en un porcentaje máximo del 50 %”.

El artículo 5.5 del Reglamento establece que “en caso de interrupción de los servicios o de riesgo inminente de tal situación, la autoridad competente podrá adoptar una **medida de emergencia** en forma de adjudicación directa o de acuerdo formal de prórroga de un contrato de servicio público, o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público. El operador de servicio público tendrá derecho a recurrir la decisión de imponer la prestación de determinadas obligaciones de servicio público. La adjudicación o prórroga de un contrato de servicio público como medida de emergencia, o la imposición de dicho contrato, **no excederá de dos años.**”

El Reglamento establece (art 7) la obligación de las autoridades contratantes de hacer público cada año un informe sobre las obligaciones de servicio público de su competencia que permita “el control y la evaluación de las prestaciones, la calidad y la financiación de la red de transporte público y, si procede, proporcionará información sobre la naturaleza y el alcance de todo derecho exclusivo concedido”.

El párrafo segundo del mismo artículo establece la obligación de que “a más tardar un año antes del inicio del procedimiento de licitación o un año antes de la adjudicación directa” se publiquen en el Diario Oficial de la Unión Europea una serie de datos del que será en contrato a fin de que las empresas puedan comenzar a preparar sus ofertas y se cumplan de manera efectiva los principios de transparencia, seguridad jurídica concurrencia y no discriminación¹⁵.

El precepto establece expresamente que, “en caso de que la información sufriera cambios después de su publicación, la autoridad competente **publicará** una rectificación lo antes posible”.

12. En su artículo 8.3.a establece un régimen transitorio para los contratos adjudicados antes del 26 de julio de 2000 con arreglo a un procedimiento de licitación equitativa y mantiene que los mismos “**podrán continuar hasta su expiración**”.

13. Respecto de la **forma** que deberían respetar las prórrogas, el Reglamento de transporte guarda silencio.

¹⁵ Las autoridades competentes podrán optar por no publicar esta información cuando un contrato de servicio público tenga por objeto la prestación anual de menos de 50 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.

No obstante, la Ley de contratos del sector público establece en su artículo 29.2 que “la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. (...) “en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes”¹⁶.

Por su parte, el párrafo 4 del mismo precepto establece que “no obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.”

14. Finalmente el RDL 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 contiene un precepto que se ocupa de las “Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19”¹⁷.

Su párrafo 4 establece que en los contratos de concesión de servicios vigentes a su entrada en vigor, “la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”.

“Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha

¹⁶ 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, BOE 272, de 09/11/2017, de aplicación supletoria tal como se desprende del artículo 19.2.g de la propia norma.

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE 73, de 18 de marzo de 2020, p. 25853-2589.

compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad”.

3. El análisis de la situación del contrato de Vigo

A. El supuesto amparo en el contrato de 1995

15. El contrato del Ayuntamiento de Vigo analizado se suscribió, tras un proceso competitivo, en 1995 y por lo tanto antes de la entrada en vigor del Reglamento de la UE.

Recordemos que el contrato estableció una duración máxima de 25 años prorrogables por períodos de 5 años hasta un límite de 35 años *“incluido el plazo fijo”*.

La denominada “duración máxima” del contrato finalizaba por tanto el 8 de junio de 2020.

Dada la redacción de la disposición transitoria del Reglamento 1370, no resulta cuestionable su vigencia hasta esa fecha ya que los contratos adjudicados antes del 26 de julio de 2000, con arreglo a un procedimiento de licitación equitativa “podrán continuar hasta su expiración”.

En el supuesto se plantea sin embargo si la prórroga por 5 años acordada el 5 de junio por el Ayuntamiento es ajustada a Derecho.

16. El contrato de 1995 aceptaba dos prórrogas de 5 años cada una que, de haberse producido, ampliarían la vigencia del contrato hasta un máximo de 35 años.

En el supuesto actual, sin embargo, la prórroga había sido **expresa y válidamente denunciada** en diciembre de 2018 por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vigo. El mismo acordó, en aplicación de lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, *“evitar una prórroga tácita del contrato actual de una duración de cinco años”*.

Tal decisión, legalmente adoptada, hace que el amparo de la Disposición transitoria del Reglamento 1370 decaiga respecto de la prórroga prevista a la que la empresa incumbente no tenía derecho, dada la redacción de la cláusula y de la regulación¹⁸.

¹⁸ No cabe por tanto alegar derechos adquiridos, máxime en un contrato de duración tan prolongada como el presente.

17. Con posterioridad, en cumplimiento de las exigencias del artículo 7 del Reglamento europeo, se realizaron trabajos tendentes a licitar el nuevo contrato (incluidas la publicación en el DOUE de la decisión de abrir el proceso de contratación, la realización de los estudios económicos y la redacción del borrador de pliegos).

Tal publicación se realiza en el caso del transporte con la antelación mínima de un año para conseguir los objetivos de transparencia, eficiencia, seguridad jurídica y máxima competencia. Es decir, tiene efectos no solo para la empresa incumbente, sino, especialmente, para terceros.

A pesar de la exigencia del propio artículo 7 del Reglamento, no consta que el Ayuntamiento haya procedido a rectificar la información publicada en el DOUE, ante un cambio de circunstancias tan esencial como la decisión misma de no proceder a la contratación.

18. Realizada una **válida y expresa** denuncia de la prórroga, resulta obvio que la misma deja de resultar posible.

La exigencia contenida en el contrato de un plazo de un año precedente a la finalización del mismo para evitar la prórroga tácita se respeta con amplitud y se comienzan los trámites para la nueva contratación acorde al Reglamento de la UE de forma coherente con la liberalización de los servicios y la salvaguarda del interés general que el mismo pretende.

No consta la existencia de una revocación de la citada denuncia. Tan solo consta la ejecución de una denominada prórroga del contrato realizada el 5 de junio del 2020 supuestamente en aplicación de la opción abierta por el contrato de 1995.

Aceptar la legalidad de esta prórroga supondría asumir como válida una “renuncia tácita” a la **denuncia expresa y válida** de la prórroga que se realizó en 2018. Esta posibilidad carece de amparo legal ninguno directo ni indirecto. Ni el Reglamento ni la Ley de contratos aceptan la posible existencia de renunciaciones tácitas. De hecho, la prórroga tácita (sí prevista en el contrato previo al Reglamento) requería de un plazo de denuncia amplio (escrupulosa y ampliamente respetado por el Ayuntamiento) que es coherente con la garantía de la seguridad jurídica que debe acompañar a la actuación administrativa en relación con las empresas posiblemente afectadas y con la protección del interés general. Recordemos además que el artículo 29 de la Ley de contratos establece que “en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes”.

Debe recordarse que la denuncia de la prórroga -y especialmente la publicación previa de la nueva licitación- no solo afecta al operador incumbente sino que afecta a los terceros y que la publicación en el DOUE del cambio de circunstancias tiene precisamente el objetivo de informar a terceros de la decisión de la administración de abrir el contrato a la competencia.

19. De todo cuanto antecede **debe deducirse que la realización de tal prórroga de 5 años, con supuesto amparo en el contrato de 1995, no puede considerarse legal ya que la misma estaba expresamente denunciada sin que conste renuncia expresa a tal denuncia y sin que una renuncia tácita de la denuncia expresa encuentre amparo alguno en la ley ni sea coherente con las necesarias seguridad jurídica y protección del interés general¹⁹.**

20. Especial mención requiere la justificación ofrecida por el Ayuntamiento para proceder a la prórroga ya que es precisamente la motivación de los actos administrativos la que permite su control por terceros.

El Ayuntamiento justifica la prórroga (realizada pocos días antes del vencimiento del contrato) en la necesidad de garantizar la continuidad de la prestación del servicio y en los efectos del COVID.

Ninguna de las dos argumentaciones sirven, en opinión de esta Consejera, para amparar la actuación administrativa en este caso.

Nada argumenta el ayuntamiento ante su decisión de renunciar (si quiera tácitamente) a la denuncia de la prórroga del contrato de 1995 ni a la posibilidad de que actuando de tal modo se garantizara de manera más adecuada ninguna razón imperiosa de interés general (lo cual no parece al menos evidente cuando nos encontramos ante un contrato adjudicado hace 25 años).

Además el Ayuntamiento hace referencia a que debido a la crisis del COVID cambian las circunstancias y debe procederse a realizar nuevos estudios económicos. Tal argumento resulta inconsistente por varias razones. En primer lugar porque la citada crisis afectaría tanto a los estudios recientes como (en mayor manera si cabe) a los que sirvieron para realizar el contrato prorrogado (que no cuestionados por el Ayuntamiento aunque tendría vías para hacerlo).

En segundo lugar porque la normativa ofrece cauces para reaccionar ante tal situación de forma, como veremos, menos restrictiva de la competencia que realizar una prórroga de 5 años (que de considerarse válida ampararía otra de otros 5) permitiendo una duración del contrato de 35 años (sin que parámetros de eficiencia, necesidad o proporcionalidad sean considerados).

¹⁹ Resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 18 de septiembre de 2019, Asunto C-526/17, Comisión contra Italia, ECLI ECLI:EU:C:2019:756 que, en un asunto de concesiones públicas de contrato de obra, la imposibilidad de realizar una prórroga de la duración de una concesión existente para la construcción y explotación de una autopista en lugar de publicar un anuncio de licitación. A pesar de no poderse trasladar directamente las conclusiones alcanzadas por el Tribunal en el supuesto, dada la diferencia de los hechos en que ambos asuntos se basan y las bases jurídicas que los regulan, sí resulta relevante el análisis que hace para descartar los argumentos basados en la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato de concesión inicial entre las partes y la supuesta (y rechazada en la sentencia) necesidad de la prórroga para observar los principios de protección de la confianza legítima, de cumplimiento de los compromisos contractuales (*pacta sunt servanda*) y de seguridad jurídica.

En tercer lugar porque el Ayuntamiento comienza a ir “contra sus actos propios” (la denuncia de la prórroga) antes de que pudiera preverse el estado de alarma (ya que de otro modo tendría que haber abierto el proceso de licitación antes de que ésta llegara para poder comenzar la ejecución del nuevo contrato antes de que finalizara la vigencia del anterior). De este modo podría entenderse que el ayuntamiento opta por un cierre de mercado (de 5 o 10 años) ofreciendo argumentos que no pueden reputarse válidos ni coherentes con la nutrida jurisprudencia previamente mencionada.

Tal como hemos indicado, la Sentencia de la Audiencia Nacional recuerda que “El Tribunal de Justicia de la Unión impone a las iniciativas públicas y a cualquier forma de intervención un requisito de formalización y justificación previa del interés público, **trasladando a la Administración la carga de probar la no afectación del mercado más allá de lo estrictamente indispensable para justificar el interés público comprometido. Lo que se busca es delimitar la iniciativa pública en función de su impacto sobre los mercados**”.

B. Opciones alternativas de amparo de la prórroga

21. El Ayuntamiento ha tratado también de justificar la prórroga en la necesaria continuidad del servicio y “en los efectos” de la crisis generada por el COVID 19.

a. La necesidad de conseguir la continuidad del servicio

22. Respecto de la **necesidad de justificar la continuidad del servicio**, debe recordarse la redacción del artículo 5 del Reglamento de transporte.

El mismo establece, como hemos indicado, que si existe un inminente riesgo de que el servicio sea interrumpido, puede optarse por una “adjudicación directa” o a “un acuerdo formal de prórroga de un contrato de servicio público, o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público”. En tales casos “la adjudicación o prórroga de un contrato de servicio público como medida de emergencia, o la imposición de dicho contrato, no excederá de dos años”. Además el operador afectado debe poder recurrir tal medida.

23. El precepto permite a la administración, en caso de que percibiera un riesgo inminente de que el servicio fuera interrumpido, proceder a la prórroga o a la adjudicación directa **por un plazo siempre inferior a dos años**.

Debe recordarse que tal riesgo no debía estar basado en razones imputables a la administración, dado que de otro modo, el perjuicio sufrido por la sociedad (los competidores y los consumidores) y el hipotético beneficio del operador incumbente, podrían derivar una responsabilidad de la administración.

En cualquier caso, en el supuesto analizado, la administración actuó con la máxima diligencia denunciando la prórroga del contrato de 1995 para abrir el mercado a la competencia en 2018 y publicando el anuncio previo en el DOUE.

Sin embargo, por una razón que se desconoce el proceso fue paralizado y ni se procedió a la publicación en el DOUE de rectificación ninguna ni se procedió a la apertura del proceso de licitación.

Tampoco existe justificación creíble que haya llevado a recurrir a la prórroga de 5 (o 10) años.

24. En cualquier caso, de basarse la prórroga la necesidad de evitar una inminente paralización del servicio, la misma debería tener una **duración limitada** al tiempo suficiente para adjudicar el nuevo contrato con un máximo de dos años y no de los cinco (posibles diez) planteados.

Ello tendría claros efectos beneficiosos para el bienestar de los ciudadanos, ya que se abriría el mercado a la competencia en un plazo muy inferior al planteado por el Ayuntamiento.

b. La supuesta incidencia del COVID

25. Finalmente debe analizarse si la situación generada por la crisis COVID 19 supone justificación suficiente para ampliar el plazo de vigencia del contrato en 5 años.

26. Tal como se ha mencionado, el RDL 8/2020 establece el derecho del concesionario al “restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”.

La norma precisa que el reequilibrio tan solo debe compensar a los concesionarios por las pérdidas o costes soportados, previa solicitud del operador.

27. En este caso debe recordarse que el mencionado RDL no se ha empleado para tomar las decisiones del ayuntamiento y que su mención no parece pertinente, al menos para adoptar la medida adoptada.

En efecto el Ayuntamiento alega el impacto que el COVID-19 ha tenido en los trabajos realizados en el marco del expediente para licitar un nuevo contrato de concesión, la drástica disminución de los valores de uso del servicio y la incidencia de la incertidumbre derivada del estado de alarma en el estudio de viabilidad económica realizado para la licitación del nuevo contrato.

Por ello manifiesta requerir de un “amplio período de tiempo que permita comprobar el comportamiento de los usuarios del servicio de transporte, así como la evolución de las medidas excepcionales para garantizar el distanciamiento social”.

Ninguna de estas razones tiene que ver con el reequilibrio del contrato vigente y sus implicaciones en el concesionario (que ni se plantean).

Es decir, las argumentaciones del Ayuntamiento no cuestionan (como permite el RDL) las condiciones de prestación del contrato vigente (que se prorroga por 5 o 10 años a pesar de las dramáticas consecuencias de la crisis). Debe por otra parte recordarse que la incertidumbre inherente a la concesión que traslada el riesgo operativo al concesionario.

Sin embargo se emplean para paralizar un proceso de contratación cuya duración sería (dadas las exigencias del Reglamento) de duración igual o menor a las prórrogas permitidas.

28. Finalmente debe recordarse que, aunque el Consistorio realizó los trámites previos a la publicación del proceso de contratación en el DOUE en febrero de 2019 y se publicó en el anuncio de información previa relativa al contrato de servicio público de transporte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007 (que obliga a publicar anuncio de procedimiento de licitación con un año de antelación a su inicio), no procedió a publicarse el anuncio del contrato.

De haber previsto el Ayuntamiento la apertura del contrato a la competencia (como había decidido en 2018), la publicación debería haberse producido con carácter muy anterior a la crisis del COVID (que recordemos tuvo lugar en marzo de 2020).

Por esta razón, los argumentos ofrecidos por el Ayuntamiento no parecen sino aprovechar la mencionada situación para dar apariencia de legalidad a una decisión que no tiene relación con la mencionada pandemia.

IV. CONCLUSIÓN

Los argumentos previamente expuestos llevan a esta Consejera a manifestar que en su opinión, y aún asumiendo el principio de oportunidad aplicable a las impugnaciones del artículo 5.4 de la LCNMC, este organismo debería haber ejercitado sus capacidades de impugnación de la medida ante los tribunales al considerar:

- Que la prórroga de 5 años concedida al amparo del contrato de 1995 carece de base legal haber sido expresamente denunciada y no existir renuncia expresa sobre la denuncia.

Por ello, debe entenderse que el amparo ofrecido por la disposición transitoria del Reglamento 1370 afectaba al contrato de 1995 hasta su vigencia total en junio de 2020, momento a partir del cual la regulación debe aplicarse sin excepción.

- Que el propio Reglamento ofrece a las administraciones la posibilidad de realizar prórrogas o adjudicaciones basadas en razones excepcionales sin que tal normativa se haya respetado por el Ayuntamiento.

- Que los argumentos ofrecidos por el Ayuntamiento que vinculan la situación con la crisis COVID19 carecen de base, dado que los mismos afectarían al contrato vigente (que precisamente se prorroga) y que para evitar la prórroga del contrato, la administración debería haber llevado a cabo actuaciones mucho antes de la adopción del Estado de alarma.
- Que existen numerosos antecedentes de prórrogas en materia de concesiones de transporte que fueron en su momento impugnadas por la autoridad de competencia con confirmación por parte de los Tribunales
- Que la afectación al interés general al conceder una prórroga de 5 años en un contrato (que permitiría incluso una de 10) que se suscribió hace ya 25 y cuyos trámites de licitación habían ya comenzado es muy relevante. No solo para los operadores que, basándose en los anuncios realizados por la administración podían haber comenzado a plantearse la posibilidad de realizar sus ofertas, sino especialmente para los consumidores.

Todo ello lleva a concluir que la actuación de la administración debería ser impugnada. La medida adoptada no guarda relación con una razón imperiosa de interés general. Además, la motivación ofrecida, que sirve para realizar el control de la actuación administrativa, pone de manifiesto que no existe relación entre la medida adoptada (prórroga del contrato por 5 años que habilita posibilidad de 10) y el objetivo pretendido (no interrumpibilidad de la ejecución) y que el mismo podría alcanzarse por vías mucho menos restrictivas de la competencia (principio de proporcionalidad).

En tal sentido emito este Voto Particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga