

SE LECTA



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

AYUNTAMIENTO
Alhama de Murcia
REGISTRO GENERAL

15 JUL 2014

ENTRADA N.º 7214

SALIDA N.º

CONSEJO JURIDICO
DE LA REGION DE MURCIA

N.º 252

Fecha 10-7-2014

SALIDA

Tengo el honor de remitirle el Dictamen nº 200/2014 de este Consejo, solicitado por V.E., en petición de consulta sobre modificación del contrato de gestión, mediante concesión, del servicio de suministro de agua potable a domicilio, alcantarillado y depuración de aguas residuales, suscrito con la mercantil "SOCAMEX, SAU".

Se recuerda, al mismo tiempo, el deber de cumplimentar lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto nº 15/1998, de 2 de abril, sobre comunicación al Consejo de la resolución definitivamente adoptada.

Murcia, 9 de julio de 2014

EL PRESIDENTE



Edo.: Antonio Gómez Fayrén.

SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE ALHAMA DE MURCIA



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Señores Consejeros:

Gómez Fayrén, Presidente.
García Canales.
Martínez Ripoll.
Gálvez Muñoz.
Cobacho Gómez.

Letrado-Secretario General:
Contreras Ortiz.

Dictamen nº 200/2014

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 8 de julio de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alhama de Murcia, mediante oficio registrado el día 9 de abril de 2014, sobre modificación del contrato de gestión, mediante concesión, del servicio de suministro de agua potable a domicilio, alcantarillado y depuración de aguas residuales, suscrito con la mercantil "SOCAMEX, SAU" (expte. 99/14), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 26 de agosto de 2013, el Alcalde del Ayuntamiento de Alhama de Murcia dictó providencia en la que, en síntesis, expresa que el 30 de noviembre de 1993 el Pleno del Ayuntamiento adjudicó a "Dragados y Construcciones, S.A." (hoy "SOCAMEX, SAU") el contrato de gestión, mediante concesión, del servicio público de suministro de agua potable a domicilio, alcantarillado y depuración de aguas residuales del municipio, que fue formalizado el 1 de febrero de 1994, por un plazo de 25 años, con la posibilidad de ser prorrogado tácitamente (en los términos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -PCAP-, de posterior referencia) hasta un máximo de 25 años más.

En la Cláusula 5 del PCAP posteriormente remitido a este Consejo Jurídico por el Ayuntamiento, se contempla expresamente como objeto del contrato, en síntesis, y por lo que aquí interesa, la conservación y reparación de las redes actuales del servicio de abastecimiento y saneamiento de agua y también su posible ampliación a nuevas zonas, en cuyo caso el concesionario redactará el correspondiente proyecto, determinándose el presupuesto en función de diversos factores, reseñados



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

en la letra A) de dicha Cláusula, entre los que se citan los "*posibles proyectos de ampliación o renovación de redes o infraestructuras que pueda aprobar el Ayuntamiento*", lo que implícitamente incluye la renovación de tales redes como objeto del contrato.

Añade la citada providencia municipal que en marzo de 2013 la Oficina municipal de Proyectos redactó una "*Memoria de Actuaciones en Mejora de Redes Urbanas*" relativa a dicho servicio, de la que se desprende la necesidad de proceder a la reposición de diversos tramos de la red de saneamiento y abastecimiento de agua, así como realizar actuaciones en relación con la red de evacuación de aguas pluviales, todo ello en diferentes zonas del Municipio, por lo que plantea la posibilidad de modificar el referido contrato para incluir la ejecución de las correspondientes obras. A tal efecto, mediante la citada Providencia el Alcalde acordó iniciar un procedimiento de modificación del contrato con el referido objeto y que la Secretaría municipal emitiera informe sobre los aspectos jurídicos de la modificación.

Obra en el expediente remitido la Memoria técnica, en la que, en síntesis, se expresa que, analizada la situación actual de las redes urbanas del servicio a partir de un denominado "*Plan Director de Infraestructuras de saneamiento y abastecimiento de agua*" aportado en su día por la concesionaria, se proponía la realización de diversas actuaciones, que se sistematizaban así: a) renovación de la red de saneamiento y abastecimiento de agua en determinados tramos de calles del núcleo urbano de la localidad, que se relacionaban; b) actuaciones de mejora de redes de saneamiento y abastecimiento en pedanías; y c) ejecución de redes de evacuación de aguas pluviales en determinadas zonas en las que se producen inundaciones, debidas a la insuficiencia a estos efectos de las redes de saneamiento.

Específicamente, por lo que se refiere a la red de saneamiento, la Memoria señala que, en general, el diámetro de las tuberías existentes sería suficiente si existiera una red paralela de aguas pluviales, que sólo existe en contados tramos. Respecto a la red de abastecimiento señala que, aunque se han priorizado las zonas donde ha de procederse a la sustitución de tuberías



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

para saneamiento, por economía de las obras es conveniente cambiar también las redes de abastecimiento en la mayoría de los casos (en que también ha de sustituirse la red de saneamiento), por ser en la actualidad de fibrocemento y de diámetro insuficiente. En lo relativo a la red de evacuación de aguas pluviales, insiste en que debe ejecutarse una red separativa de la de saneamiento, pues el Ayuntamiento ha ejecutado hasta el momento sólo algunas de aquéllas, siendo necesario que se realicen otras en vías principales.

La Memoria añade que las obras, que desglosaba en 23 actuaciones, debían ser objeto del correspondiente proyecto y ser ejecutadas en tres etapas sucesivas, cada una de un año; ello sin perjuicio de incorporarse ya a dicha Memoria un presupuesto de las mismas, que incluía una valoración de las diferentes partidas por metro lineal o cuadrado, según el caso, adjuntando un cuadro de precios de las distintas unidades de obra, el cual, aplicado a las mediciones y planos que se acompañaban, daba lugar a un precio total de 8.058.263,52 euros, IVA incluido, desglosándolo en las citadas 23 actuaciones.

SEGUNDO.- El 26 de agosto de 2013 el Secretario del Ayuntamiento emite un extenso informe en el que, en síntesis, y con exposición de la legislación aplicable al contrato de referencia, parte del hecho de que, según los estudios técnicos municipales, que no tiene a la vista, es necesaria la ejecución de determinadas obras de sustitución o reposición en el servicio de abastecimiento y saneamiento de aguas, lo que excede de las meras actuaciones de conservación y reparación; que, en caso de modificación del actual contrato, debe justificarse la inclusión de las obras relativas a las redes de evacuación de aguas pluviales, pues estas redes no están incluidas en dicho contrato; y que los servicios económicos municipales deben informar si el Ayuntamiento carece o no de los recursos económicos necesarios para sufragar dichas obras, además de recordar que, a estos efectos, es un medio expresamente previsto en la legislación aplicable el incremento de las tarifas del servicio, acompañado o no de otras formas de financiación de las obras.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

En especial, se plantea la viabilidad jurídica de una "propuesta" (no dice de quién) por la cual el contratista financiaría tales obras y se le compensaría únicamente mediante una prórroga por 19 años del plazo de la concesión. A tal efecto, señala que el PCAP establece que el contrato sólo puede prorrogarse tácitamente y por períodos de 5 años, con un límite de 25 sobre el plazo inicial, y que dicho PCAP contempla como mecanismo de equilibrio de la concesión la aplicación de la fórmula polinómica de revisión de costes que habrán de presentar los licitadores con su oferta, que considera que no es aplicable al caso dada la entidad económica de las obras a realizar, que superan los 6,6 millones de euros (IVA excluido) y que la concesión terminará en 2019 (sin perjuicio, se entiende, del indicado régimen de prórrogas). A partir de todo ello, analiza la jurisprudencia y doctrina consultiva sobre la posibilidad de prorrogar el contrato al margen del régimen previsto en éste para compensar así al contratista por la realización de nuevas obras y posibilitar con ello su adecuada amortización, concluyendo que actualmente no es posible reequilibrar económicamente el contrato de tal forma, por ser contrario a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la jurisprudencia comunitaria, por razones de respeto a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación administrativa. También considera que, visto el precio inicial del contrato y la entidad de la modificación, ésta debería ser en todo caso objeto del previo y preceptivo informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

TERCERO.- Solicitado informe a la Intervención municipal, fue emitido el 10 de septiembre de 2013, en el que, tras analizar las posibilidades financieras del Ayuntamiento sobre las obras de referencia, concluye lo siguiente:

"...su realización sería susceptible de acometerse, en su caso y en parte, con cargo al remanente de crédito procedente de los aprovechamientos urbanísticos, en cumplimiento de los destinos imperados por la legislación, quedando este extremo condicionado a la emisión de los oportunos informes técnico-jurídicos.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Por otro lado, el artículo 2.1.f) del TRLHL contempla el producto de las operaciones de crédito como uno de los recursos de las haciendas locales. Así, teniendo en cuenta que el ahorro neto es positivo y el capital vivo de las operaciones no supera el 75% de los ingresos corrientes liquidados, el importe pendiente de las inversiones propuestas podría acometerse mediante una operación de crédito, para cuya concertación no sería precisa autorización de la Comunidad Autónoma al cumplirse los requisitos previstos en la Disposición Adicional Decimocuarta del Real Decreto-Ley 20/2011, redactada en los términos recogidos en la Disposición Final Trigésima Primera de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, ya que:

- El ahorro neto es positivo.

- El volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito vigentes no excede del 75% de los ingresos corrientes liquidados o devengados, según las cifras deducidas de los estados contables consolidados.

Respecto a la capacidad de la Corporación para hacer frente a las obligaciones derivadas de la operación a concertar, si bien presupuestariamente podría tener cabida dentro de un marco de amortización de la misma adecuado a los diferentes escenarios presupuestarios, remitimos al informe de la Tesorería Municipal, Órgano encargado de la distribución en el tiempo de las disponibilidades dinerarias de la Entidad para la puntual satisfacción de sus obligaciones, el pronunciamiento concreto acerca de si la Entidad Local puede asumir adecuadamente y hacer efectivas en el tiempo las obligaciones que se puedan derivar de la operación de crédito proyectada".

CUARTO.- El 13 de septiembre de 2013 el Ingeniero Técnico de Obras municipal emite informe en el que, en síntesis, expresa que el servicio se presta con normalidad, sin expedientes sancionadores, aunque existen requerimientos a la empresa por diversos incumplimientos del contrato, que se han resuelto o se están resolviendo, si bien debe mejorarse



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

el servicio de atención al ciudadano y la resolución de quejas por los usuarios. Añade que se han realizado importantes obras de renovación de la red de saneamiento y abastecimiento de agua, pero que aún queda pendiente la renovación de muchos metros de dicha red, tal y como se recoge en el Plan Director redactado por una consultora.

QUINTO.- El 16 de septiembre de 2013, la Arquitecta municipal emite informe en el que viene a ratificar las conclusiones formuladas en la Memoria reseñada en el Antecedente Primero sobre la necesidad de realizar obras en el servicio por importe total de 8.058.263,52 euros.

SEXTO.- Mediante oficio de 23 de septiembre de 2013 el Alcalde concede al contratista un plazo de quince días hábiles para presentar alegaciones, luego ampliado en siete días más a solicitud de aquél.

SÉPTIMO.- El 29 de octubre de 2013, el contratista presenta un escrito de alegaciones en el que, en síntesis, parte de la "propuesta" a que alude el informe del Secretario municipal en el sentido de contemplar una prórroga del plazo del contrato por 19 años, con el fin de compensar así únicamente a la empresa por la amortización de las nuevas obras que hubiera de realizar en el servicio. Frente a la conclusión negativa del referido informe sobre la viabilidad jurídica de tal prórroga, alega que la jurisprudencia no es unánime al respecto, citando una STS, Sala 3ª, de 27 de febrero de 2008, que considera jurídicamente viable a tal fin la prórroga del plazo de la concesión, aun no estando prevista en el contrato. De este modo, y para el caso planteado de una prórroga por 19 años, el contratista señala que con dicho nuevo plazo sólo podrían ejecutarse y amortizarse obras por importe de 3.826.799,03 euros (IVA excluido, o 4.630.426,83 euros, IVA incluido), relacionando al efecto 16 de las 23 actuaciones previstas en la citada Memoria y dos nuevas, todo ello según los cálculos que adjunta.

Además, contempla otras dos posibilidades de actuación, consistentes, una, en ejecutar todas las obras previstas en la reseñada Memoria de actuaciones (por importe total de 8.058.263,52 euros, según se dijo) compensándolas con una subida de tarifas del 11,25% y la prórroga



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

del plazo concesional por los referidos 19 años; otra, en ejecutar todas las referidas obras compensándolas con una subida de tarifas del 42% y sin prórroga alguna de la concesión, según cálculos que adjunta.

OCTAVO.- El 12 de noviembre de 2013 el Alcalde dicta un Decreto en el que propone al Pleno ordenar nuevas inversiones en las redes municipales de abastecimiento y saneamiento de agua y evacuación de aguas pluviales, en concreto, la ejecución de las obras relacionadas en la primera de las alternativas planteadas por el contratista en su escrito (las 18 citadas actuaciones) por el importe de 4.630.426,83 euros, IVA incluido, estableciendo como contraprestación municipal únicamente la prórroga de la concesión por 19 años, a contar desde la finalización de su plazo inicial el 1 de febrero de 2019. Asimismo, acuerda solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y notificar tal Decreto al contratista.

NOVENO.- Solicitado dicho Dictamen, fue emitido el 12 de diciembre de 2013 (nº 342/13), en el que concluía con la procedencia de retrotraer el procedimiento para que fuera completado con diversas actuaciones instructoras, en los siguientes términos:

"A) En primer lugar, sorprende que el extenso informe del Secretario municipal concluya que no es jurídicamente viable que, para resarcir al contratista de las nuevas obras que pretendan realizarse en el servicio de aguas de referencia, se compense a éste con una prórroga de 19 años del plazo de la concesión, y que, sin embargo, la propuesta de modificación contractual remitida, pretendiendo tal prórroga, no contenga motivación alguna que justifique el apartamiento del reseñado criterio jurídico, motivación que resulta necesaria para fundar tal propuesta, al margen de lo que luego pudiera dictaminar al respecto este Consejo Jurídico.

B) En segundo lugar, en el referido informe del Secretario se indica que la eventual prórroga compensatoria al contratista sólo sería planteable en el caso de que los servicios económicos municipales informaran que el Ayuntamiento carece de recursos o posibilidades



financieras para sufragar el importe de las obras de que se trata, resultando que del informe de la Intervención municipal se desprende que, en principio, existen tales posibilidades financieras. Nuevamente, la propuesta de modificación contractual no ofrece motivación alguna que justifique el apartamiento del criterio establecido por los órganos municipales preinformantes.

Además, tampoco se justifica adecuadamente el apartamiento de lo establecido en el PCAP, según lo expresado sobre éste en el informe del Secretario (pues no se nos remite dicho Pliego), sobre la aplicación al caso de la fórmula allí prevista para reequilibrar económicamente el contrato. Con las reservas que impone no tener a la vista dicho PCAP, del referido informe se desprende que la Cláusula 9 prevé que todo reequilibrio económico de la ecuación financiera del contrato se efectúe aplicando la fórmula polinómica que a tal efecto deben incluir las ofertas de los licitadores; en el caso, la de la oferta aceptada por el Ayuntamiento. Y ello sin perjuicio de que, tras la aplicación de tal fórmula, la retribución o compensación debida al concesionario por las nuevas obras se pueda sufragar por diferentes vías, ex Cláusula 10.3, según dicho informe. En este último no se analiza si la referida fórmula es técnicamente apta o no para determinar la cantidad que habría de compensarse al concesionario por la realización de tales nuevas obras, lo que, como se apunta, es distinto de que dicha cantidad, bien derivada de la aplicación de la indicada fórmula, bien obtenida de otra manera, sea atendida por el Ayuntamiento por una u otra vía, esto es, mediante la aplicación (combinada o no) de sus recursos propios, el incremento de las tarifas del servicio, la suscripción municipal de operaciones de endeudamiento o el incremento del plazo concesional.

C) En tercer lugar, el referido informe del Secretario parte, en hipótesis, de una "propuesta" de una posible ampliación del plazo concesional por 19 años, sin que en dicho informe ni en otros posteriores se explique de quién proviene y qué fundamento técnico y económico tiene tal concreto plazo. El contratista, a su vez, realiza sus cálculos a partir de lo indicado en el referido informe, sin cuestionarse lo anterior.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

D) Finalmente, y sin perjuicio de todo lo anterior, se advierte que, frente a los cálculos realizados por el contratista sobre las diferentes alternativas de reequilibrio económico del contrato, no obra en el expediente remitido ningún informe municipal en el que se contraste lo expresado por aquél y se proponga lo más oportuno al Alcalde. Se pasa directamente del escrito de la empresa a una propuesta del Alcalde en la que, sin soporte en informes técnicos, económicos ni jurídicos municipales, se acepta lo expresado en las alegaciones del contratista en el sentido de que, con una prórroga de 19 años del contrato (no justificada, se insiste), sólo pueden amortizarse obras (por otra parte, las que el contratista relaciona) por importe de 4.630.426,83 euros, IVA incluido.

Todo lo anterior revela, como se dijo, unas esenciales carencias de motivación en la propuesta de modificación contractual, lo que justifica que proceda acordar la retroacción del procedimiento para completarlo con los informes de índole jurídica, técnica y económica que motiven suficientemente dicha propuesta, u otra que pudiere formularse, sin perjuicio, en su caso, de la posterior nueva audiencia al contratista y de lo que proceda dictaminar, en su caso, por este Consejo Jurídico, al que, de solicitarse nuevo Dictamen, deberá remitirse el expediente completo, lo que incluye el PCAP del contrato, la oferta de la contratista aceptada en su día por el Ayuntamiento y el contrato formalizado (con sus modificaciones, en su caso), aparte de las anteriores actuaciones."

DÉCIMO.- En la fecha indicada en el encabezamiento del presente, el Ayuntamiento remitió diversa documentación a este Consejo Jurídico, solicitando la emisión de nuevo Dictamen. Dicha nueva documentación es la siguiente:

1. Por una parte, los indicados PCAP, escritura de formalización del contrato y documentación sobre la oferta del adjudicatario.

2. Por otra parte, dos escritos del contratista:



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

- El primero (f. 1 y 2), sin fecha (pero que parece ser anterior al reseñado en el Antecedente Séptimo) denominado "*criterios para la ampliación del contrato*", en el que, entre otros aspectos, aborda su modificación para realizar una serie de obras (14 actuaciones, destacando la exclusión de las obras sobre redes pluviales, por considerar que no forman parte del objeto del contrato) por un importe de 4.213.319,66 euros, retribuidos mediante la ampliación por 19 años del plazo concesional porque "*según las últimas conversaciones mantenidas, la ampliación no debería sobrepasar los 25 años desde la fecha actual, por lo que como máximo el contrato debería finalizar el 31/1/2038*" (de esta última fecha se deduce que la fecha de tal documento es de 2013, pues $2013+25=2038$; es decir, en definitiva, se prevé una ampliación de 19 años contados desde el vencimiento del plazo inicial de 25 años, que será el 31-1-2019).

- Otro escrito del contratista (f. 3 a 10), asimismo sin fecha y que parece parte o complementario del anterior, denominado "*propuesta para la modificación del contrato*" de referencia, en el que, por un lado, justifica pormenorizadamente la necesidad de las 14 actuaciones reseñadas en el anterior escrito y, por otro, se refiere a la posibilidad de ampliar el contrato por 19 años para compensarle por la amortización del importe de las referidas obras, pues afirma que en los años restantes para la finalización del plazo vigente la compensación vía repercusión en tarifas sería demasiado elevada para los usuarios y, además, hay obras de mejora que el Ayuntamiento no puede financiar. Destaca que la ampliación supondría una modificación contractual amparada en determinados preceptos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL) y varias cláusulas del PCAP del contrato (que reproducen sustancialmente los referidos preceptos), y que, como tal modificación del contrato, no es una prórroga "*stricto sensu*", que serían las previstas en el contrato, de forma que, tras la ampliación del plazo inicial de 25 años a otros 19, a partir del vencimiento de tal plazo (en 2038), podrían aplicarse las referidas prórrogas hasta el límite máximo de duración del contrato, de 50 años.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

Sobre el concreto plazo de la ampliación del contrato, expresa que *“las obras e inversiones nuevas a ejecutar han sido planificadas para un horizonte temporal de amortización, que no afecta a la estructura de tarifas actual, de 25 años, por lo que desde la fecha actual supone extender los efectos del contrato hasta el año 2038... El contrato debe ser ampliado, por tanto, en 19 años más, para cubrir el desfase temporal existente entre el fin del contrato en Feb.-2019 y el fin de la amortización del plan de obras e inversiones”*, refiriéndose a las 18 actuaciones relacionadas en su propuesta.

3. Como documentación de fecha posterior al Dictamen nº 342/13, la siguiente:

- Informe de 28 de febrero de 2014, del Secretario Municipal, que, en relación con el escrito de la concesionaria de 29 de octubre de 2013 reseñado en el Antecedente Séptimo, expresa, en síntesis, que no considera jurídicamente viable ninguna de las propuestas de la empresa que impliquen una ampliación del contrato por 19 años, por las razones expuestas en su informe de 26 de agosto de 2013, al que se remite, considerando viable la propuesta de compensar al contratista con el incremento de tarifas.

- Informe de 4 de marzo de la Arquitecta Municipal, que hace alusión al anterior informe del Secretario en el extremo en que en éste se considera viable la financiación de las nuevas obras con el incremento de tarifas. Además, por lo que se refiere a las 18 actuaciones recogidas en el referido escrito del contratista de 29 de octubre de 2013, informa que las obras o actuaciones número 1 a 16 se encuentran recogidas en la Memoria reseñada en el Antecedente Primero, no así las número 17 y 18, sobre las que no se aportan datos. También añade que, de las obras relacionadas en dicha Memoria, se han suprimido actuaciones destinadas a infraestructuras de la red de aguas pluviales y diversas actuaciones dentro del municipio.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

- Escrito de la concesionaria de 21 de marzo de 2014, en el que aborda las cuestiones planteadas en los informes municipales antes reseñados.

Por lo que se refiere a las objeciones a la ampliación por 19 años del plazo concesional, considera que se trata de una modificación contractual y no del ejercicio de la prórroga prevista en el PCAP, y, aunque reconoce que la ampliación del plazo contractual al margen de lo previsto en el correspondiente PCAP y contrato es una cuestión discutida en la doctrina y la jurisprudencia, considera que tal facultad, inserta en el "*ius variandi*" público y como mecanismo para compensar al contratista del desequilibrio económico derivado de la introducción en el contrato de nuevas obras que le generan costes adicionales, viene amparada por diversos preceptos de la legislación de contratos administrativos y del RSCL, citando además dos Dictámenes del Consejo de Estado y dos sentencias del Tribunal Supremo. No obstante, recuerda que en su escrito de 26 de octubre de 2013 proponía otras alternativas de financiación, si bien insiste en que la ampliación del contrato por 19 años es la más óptima.

Por lo que se refiere a las actuaciones nº 17 y 18 referidas en el anterior informe de la Arquitecta Municipal, el escrito expone las razones de su necesidad y acompaña su presupuesto y mediciones. Respecto de la no inclusión de todas las obras previstas en la Memoria a que se refiere dicho informe, señala que se han excluido las relativas a las infraestructuras de aguas pluviales, por no ser objeto del contrato, como señaló en su día el informe del Secretario, y sólo se han incluido las 18 actuaciones que ya se refirieron en su anterior escrito, por importe de 4.630.426,84 euros (IVA incluido), porque sólo dicha cantidad es la susceptible de ser amortizada en el plazo de 19 años de ampliación contractual que se viene manejando desde el inicio del expediente.

- Decreto del Alcalde nº 1.350/2014, de 4 de abril, en el que, tras exponer sucintamente algunos antecedentes de la modificación de que se trata, propone la modificación del contrato de referencia, consistente en la ejecución por la contratista de las 18 actuaciones u obras a que ésta se



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

refiere, y que se relacionan, por el importe antes indicado de 4.630.426,83 euros, estableciendo como única compensación la ampliación del plazo contractual por 19 años, a contar desde el 1 de febrero de 2019.

Como justificación de lo anterior expresa, por un lado, y sobre la ampliación del plazo contractual por 19 años, que ante la disparidad de criterios jurídicos se opta por dicha fórmula al no ser recomendable una subida de tarifas, dada la grave situación de crisis que se está viviendo y que gravaría a los ciudadanos con un mayor coste en el servicio; por otro, que, existiendo tal fórmula compensatoria al contratista por las inversiones de que se trata, se considera que, aun cuando según los informes municipales el Ayuntamiento tendría algunos recursos propios y capacidad de endeudamiento para contraer la correspondiente operación y abonarle directamente las obras al contratista, el Municipio se caracteriza en las últimas legislaturas por realizar políticas tendentes a reducir su endeudamiento, por lo que no se estima conveniente acudir al crédito para financiar las citadas inversiones.

Finalmente, acuerda solicitar del Consejo Jurídico su preceptivo Dictamen, remitiendo la documentación anteriormente reseñada.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de modificación de un contrato administrativo cuyo precio inicial, según el informe reseñado en el Antecedente Segundo, es superior a 601.012,10 euros (considerando a tal efecto el precio de la primera anualidad multiplicado por los 25 años de duración del contrato, vid. Dictámenes del Consejo de Estado nº 3.475/1996, de 14 de noviembre, y 587/2004, de 6 de mayo) y que dicha propuesta, en cuanto pretende



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

prorrogar por 19 años su plazo inicial, implica un incremento del precio superior al 20% de éste, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Sin perjuicio de lo que se dirá en la Consideración Tercera sobre el extremo contenido en la propuesta relativo a la ampliación del plazo contractual por 19 años para compensar al contratista por la amortización de las nuevas obras a que aquélla se refiere, deben abordarse previamente algunas cuestiones procedimentales directa y esencialmente vinculadas con el fondo de la pretendida modificación.

Así, si se confronta lo expresado en nuestro Dictamen nº 342/13, reseñado en el Antecedente Noveno, con la nueva documentación remitida por el Ayuntamiento, relacionada en el Antecedente Décimo, se advierte que con la misma no se han cumplimentado todas las actuaciones instructoras a que nos referíamos en dicho Dictamen, señaladamente los informes técnicos y económicos municipales que analizasen los dos principales parámetros de la modificación planteada, consistentes en: a) la determinación de las nuevas obras a realizar; b) la compensación al contratista de la amortización de su coste mediante una ampliación del plazo contractual de 19 años.

A) En primer lugar, destaca que en la Memoria municipal de necesidades del servicio reseñada en el Antecedente Primero (f. 19 y sgtes. del expediente inicialmente remitido), se recogen diecinueve concretas actuaciones en el núcleo urbano, una actuación genéricamente denominada "*actuaciones en pedanías*", y tres concretas actuaciones en redes pluviales. Frente a ello, el expediente revela que la determinación de las nuevas obras a realizar las efectúa el contratista sin que conste su posterior conformidad por los servicios técnicos municipales. Así, se advierte que el contratista elige las dieciocho nuevas actuaciones u obras a ejecutar del siguiente modo: catorce actuaciones en el núcleo urbano (de las citadas diecinueve reflejadas en el epígrafe 6 de la Memoria), añadiendo dos nuevas (las



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

apuntadas en el informe de la Arquitecta municipal, sobre las que, tras las alegaciones de la empresa, no consta que dicha técnica hubiere informado), sumando a ello la obra genéricamente denominada "*actuaciones en pedantas*" y una obra relativa a la red de aguas pluviales de las tres previstas en la citada Memoria (obra ésta de inclusión improcedente en la modificación del contrato, por no ser objeto del mismo, como reconoce la contratista, ya que las obras de la red de pluviales deben ser consideradas como complementarias a las del contrato, lo que implica que deben ser licitadas al margen de éste).

La razón de que la propuesta de la concesionaria no recoja todas las actuaciones previstas en dicha Memoria es, según la empresa, la necesidad de limitarse, en cuanto a la amortización de las inversiones, al planteado plazo de 19 años de ampliación contractual, que estima insuficiente para amortizar la totalidad de las obras previstas en tal Memoria. Aun partiendo aquí de la hipótesis de tener que ajustarse a tal plazo (sobre el que posteriormente se abundará), faltaría en el expediente un informe municipal que se pronunciara, justificadamente y en razón de la urgencia de cada obra, sobre cuáles han de ser las actuaciones a elegir de entre las previstas en el referido documento, confrontándolas con la propuesta del contratista, sin perjuicio de que luego pudieran coincidir el parecer técnico municipal con la propuesta del contratista. Se presume que la empresa ha seleccionado las actuaciones que estima más necesarias, pero ello debe ser decidido en última instancia por los servicios municipales, en informe motivado.

Asimismo, debería ser objeto de consideración técnica y económica el hecho de que el epígrafe 4 de la Memoria municipal exprese, respecto de la red de saneamiento, que "*el diámetro de las tuberías sería suficiente si sólo circulase en ellas agua fecal, pero al no existir una red de pluviales paralela, salvo en contados tramos, es necesario realizar a corto plazo al menos las actuaciones que se han definido en los planos.....*", y que dicha Memoria también señale que en todo caso "*para que la red de saneamiento tenga un buen funcionamiento es necesario contar con REDES SEPARATIVAS*" (de aguas pluviales). Ello aconseja plantearse la conveniencia, técnica y económica, de proceder primeramente a la



ejecución de dicha red de pluviales y así mantener la actual red de saneamiento. En cuanto a la red de abastecimiento, los escritos de la empresa revelan que el problema más inmediato es la sustitución de tramos puntuales en los que se producen averías o fugas de agua que han provocado graves daños a las edificaciones colindantes, por lo que, considerando lo que se dirá en el epígrafe siguiente sobre la ampliación del plazo del contrato, debe plantearse la posibilidad de actuaciones puntuales dentro de la actual vigencia del mismo y, en su caso, de su prórroga por cinco años, prevista en el contrato. Prórroga que cabría acordar expresamente aun cuando el PCAP se refiera sólo a la prórroga tácita, pues ello no supondría en modo alguno una modificación sustancial del contrato; es más, iría en la línea de la legislación de contratos posterior a la Ley 53/1999 que, como es sabido, prohibió la previsión de prórrogas tácitas en los contratos administrativos.

B) Por otra parte, la nueva documentación remitida que se reseña en el Antecedente Décimo, 2, tampoco justifica adecuadamente el plazo de 19 años de ampliación del contrato. En dicha documentación se hace alusión a que el contrato no debería extenderse más allá de 25 años desde el momento en que se elaboran dichos documentos, de los que, como se dijo en el Antecedente Décimo, 2, aunque no consta su fecha, se deduce que deben ser del año 2013, que es cuando se plantea la modificación. De tales documentos parece extraerse que, en tal año, entre Ayuntamiento y contratista se convino verbalmente que, faltando 6, desde dicho 2013, para la finalización del plazo inicial, el contrato no debía durar más de 25 años desde tal fecha, de lo que resulta su ampliación por los 19 años a que nos referimos: $2013+25=2038$, que es la nueva fecha de finalización que se pretende.

A partir de ello, se advierte que ha sido dicho concreto plazo, y las posibilidades de amortización de obras que éste permite, lo que ha determinado el importe de las obras a realizar (eligiéndolas en principio el contratista, como se dijo). Sin embargo, tal forma de proceder no está justificada, pues lo procedente es justamente lo contrario, es decir, primero se decide qué obras son las necesarias para el funcionamiento del servicio y que puedan legalmente incluirse en la modificación del contrato (entre las



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

que no están las relativas a la red de aguas pluviales, que son obras complementarias, ajenas al contrato inicial, por lo que habría de excluirse en todo caso la actuación nº 15); luego se determina su importe y, a partir de ello, se estudian las diferentes vías de financiación, incluyendo, si así se estima, la de la ampliación del plazo contractual, dentro de las posibilidades que el ordenamiento jurídico permita en este punto, claro está.

Como se ha dicho, no parece que éste haya sido el planteamiento que haya guiado los extremos de la modificación pretendida, ni, como ya apuntamos en nuestro previo Dictamen, se ha hecho el oportuno análisis por los servicios técnicos y económicos municipales en los diferentes escenarios posibles, esto es, tanto sobre las propuestas de la concesionaria contenidas en su escrito de 29 de octubre de 2013 como la que contemple como única ampliación posible del plazo la de la utilización de la prórroga de cinco años prevista en el contrato. Ciertamente que las dudas razonables sobre la viabilidad jurídica de acordar la ampliación del plazo concesional al margen de lo establecido en el contrato condiciona el estudio que a este respecto pudiera hacerse, pero es que ni siquiera se ha estudiado la adecuación entre el importe de las obras planteadas por el contratista y el plazo de 19 años de que se trata a los efectos de la amortización de tal importe, previamente a la formulación de la propuesta por el Alcalde.

Sobre este extremo, y en un caso análogo abordado en el Dictamen nº 0360/2012, de 2 de diciembre, del Consejo Consultivo valenciano, se advirtió que *“ningún órgano municipal se ha pronunciado ni analizado en términos económicos el fondo de la modificación o revisión del contrato que se proyecta, esto es, que la rebaja de los costes y del precio anual (en este caso se trataba de una modificación a la baja del precio del contrato, lo que implicaba igualmente la necesidad de reequilibrarlo)... quede debidamente compensado con el aumento del plazo de duración del contrato, de forma equilibrada, sin excesos”*. Más adelante insistiría en que *“en cuanto a la adecuación y equilibrio económico de los contenidos de la modificación del contrato de gestión de servicios públicos... de obtener una rebaja del precio anual del contrato.... a cambio de un aumento significativo del plazo de duración..., ya se ha indicado que ningún*



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

servicio municipal ha analizado y comparado ambos aspectos para poder pronunciarse sobre su equilibrio y ajuste económico, es decir, su relevancia para una mejor gestión de los intereses públicos municipales. Por tanto, no es posible realizar ahora un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta remitida... ”.

Todo lo anterior revela, nuevamente, unas deficiencias en la tramitación de la modificación contractual que en ningún caso permitirían a este Consejo Jurídico dar en este momento su conformidad a la propuesta objeto de consulta. Sin perjuicio de lo anterior, la documentación remitida permite realizar una serie de consideraciones sobre el fondo del asunto que deben ser tenidas en cuenta por el Ayuntamiento a la hora de plantearse la modificación del contrato.

TERCERA.- La ampliación del plazo concesional, al margen de lo previsto en el contrato, como mecanismo de reequilibrio financiero para compensar al contratista por las nuevas obras e inversiones a realizar en aquél, derivadas de la potestad del órgano de contratación para la modificación del objeto del contrato. Planteamiento del caso y consideraciones generales.

I. La Disposición Transitoria Primera, 2, del vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, *"incluida su duración y régimen de prórrogas"*, por la normativa anterior. Ésta es, en nuestro caso, vista la fecha de adjudicación del servicio (vid. a su vez la Disposición Transitoria Primera del RDL 2/2000, de 16 de junio, aprobatorio del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), la Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE), su reglamento de desarrollo y el RSCL, esencialmente.

En lo que específicamente interesa ahora, es decir, la modificación de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos mediante la ampliación o prórroga de su plazo de duración, de la LCE se desprenden



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

algunos criterios jurídicos básicos de los que ha de partirse: 1º) Como regla general, debe fijarse en el pliego contractual la duración del contrato y sus posibles prórrogas, respetando en todo caso el plazo máximo legalmente establecido (art. 64 LCE); 2º) la Administración puede modificar el contrato por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sea debido a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente (arts. 67 y 74 LCE y 149 y 208 de su reglamento); y 3º) la modificación no puede suponer una alteración de las condiciones esenciales del contrato que constituya una vulneración de los principios de concurrencia y publicidad en la actividad contractual pública.

La cuestión de que se trata, para contratos de gestión de servicios públicos a los que les sea aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, o el TRLCSP, encaminados a procurar la adaptación del ordenamiento español en la materia al Derecho Comunitario, está resuelta en sus respectivos artículos 258.5 y 282.5, que limitan expresamente la posibilidad de ampliación del plazo, como mecanismo de reequilibrio económico del contrato, a los casos de modificaciones derivadas de dos supuestos: a) modificaciones introducidas en caso de afectación del contrato por medidas ajenas al órgano de contratación, supuesto tradicionalmente denominado "*factum principis*"; y b) fuerza mayor. Se excluye tal posibilidad en caso de reequilibrio derivado de modificaciones introducidas en el contrato en estricto ejercicio del "*ius variandi*" por el órgano de contratación, es decir, por apreciar necesidades nuevas en el servicio (como resulta ser el caso que nos ocupa), y estableciendo dicha legislación en todo caso, para aquellos dos primeros supuestos, un límite temporal para la ampliación del plazo, consistente en el 10% sobre la duración inicial del contrato.

Quiere decirse que si el contrato que nos ocupa se rigiera por tales normas, la respuesta habría de ser, ya de entrada y sin más consideraciones, negativa a la pretendida ampliación del plazo contractual, por exceder con mucho del 10% del inicialmente pactado, sin perjuicio, como ya se dijo, de poder aplicarse ya ahora, y de forma expresa, la prórroga de cinco años prevista en el PCAP y en el contrato.



Ahora bien, el hecho de que a dicho contrato no le sean aplicables directamente tales leyes no excluye el hecho de que en la solución del caso no deban tenerse en cuenta los principios de Derecho Comunitario que inspiran dicha nueva regulación, relativos a la transparencia y libre concurrencia en materia de contratación administrativa. El Dictamen nº 52/2013, de 30 de abril, del Consejo Consultivo de Aragón expresa que *“a tenor de una reiterada doctrina de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en materia de modificaciones contractuales rige la ley vigente en la fecha de la adjudicación, pero interpretada con arreglo a las pautas y principios consignados en el TRLCSP.”*

En este sentido, en el Informe 27/2011, dicha Junta expresa: *«En todo caso, como ya se pusiera de relieve en nuestro Informe 3/2009, de 15 de abril, y se reiterara en el 23/2011 citado, conviene advertir que la regulación de la potestad de ius variandi debe realizarse necesariamente a la luz de los principios y reglas del derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas por el TJUE (y a las que obedece la reforma de la LES, que entraba en vigor el 6 de marzo de 2011), y que conducen a una interpretación restrictiva de esta práctica. En modo alguno puede obviarse tampoco que el régimen actualmente vigente sobre los modificados es más restrictivo —por exigencias del derecho comunitario—, y que ésta nueva regulación debe servir de parámetro interpretativo, en todo caso».* Añadía tal informe 27/2011 que *“Como se establecía en nuestro Informe 3/2009, la regulación de los modificados debe interpretarse en coherencia con la citada Directiva 2004/18, en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma, tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Asunto Succhi di frutta), en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. Y debe realizarse una interpretación restrictiva, tal y como indica la STJUE, de 13 de abril de 2010, Asunto Wall AG”.*

Por otra parte, en nuestro Dictamen nº 61/2014, de 3 de marzo, señalamos que *“a pesar de que los contratos de gestión de servicios públicos quedarían fuera de su ámbito de aplicación (en referencia a la*



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios), *ello no ha impedido al Tribunal de Justicia extender a tales contratos los principios que se plasman en las indicadas directivas (así, la STJUE de 13 de abril de 2010, caso Wall AG; o la de 29 de abril de 2010, de la Comisión contra Alemania). Conforme a dicha doctrina, los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que presiden la fase anterior a la adjudicación del contrato, se trasladan a y son exigibles en la fase de ejecución, en la que se inserta la modificación del contrato ya adjudicado*".

II. Con este marco jurídico y tales criterios interpretativos generales, la cuestión a dilucidar se plantea, pues, en relación con contratos de gestión de servicios públicos a los que se les aplica la normativa anterior a las referidas LCSP y TRLCSP, siendo ello un tema muy debatido en la doctrina y la jurisprudencia, lo que justifica la extensa cita de algunos de sus pronunciamientos más significativos.

1. A tal efecto, debe comenzarse por destacar lo expresado en el Dictamen del Consejo de Estado nº 923/2001, de 21 de junio:

"En el plano del derecho positivo, la posibilidad de ampliar el plazo de una concesión no ofrece especiales problemas. El artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado (en términos similares al artículo 163 del vigente texto refundido de 16 de junio de 2000), dispone lo siguiente: "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. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél". Ciertamente ni este precepto, ni el artículo 221 del Reglamento General de Contratación que constituye su desarrollo, prevén expresamente que pueda extenderse el plazo contractual, aunque desde luego no excluyen dicha posibilidad. Para obtener una confirmación explícita, hay que acudir al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que



continúa en vigor. Su artículo 127 concreta las facultades y las obligaciones de la Administración concedente.

Entre las primeras se recoge el "ius variandi", al decir que la Corporación tiene la potestad de: "1.1º Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario". Como contrapartida entre sus obligaciones está: "2.2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución".

La posibilidad de aplicar la fórmula de ampliación del plazo concesional ha sido admitida en un caso sustancialmente idéntico al presente por el Consejo de Estado, en su dictamen de 4 de febrero de 1999 (expediente nº 4.709/98).

El supuesto de hecho planteaba, precisamente, la posibilidad de ampliar el plazo del contrato como consecuencia de una ampliación del objeto y contenido de un contrato de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos.

El Consejo de Estado dijo textualmente lo siguiente: "Se aprecia con suficiencia tanto el extremo de que existen nuevas necesidades municipales (con la ampliación de barrios que recibirían el servicio con ocasión del aumento del número de vecinos) como el hecho de que se han añadido nuevos requerimientos técnicos para la prestación de la actividad por parte de la Comunidad Autónoma y a la vista de la nueva regulación sectorial de la recogida selectiva de residuos. La modificación pretendida consiste básicamente en alterar el plazo del contrato, en lugar de mantenerlo hasta el 2001 como se convino inicialmente."



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

Nótese cómo el Consejo de Estado considera como razones que avalan la ampliación del plazo no sólo el ejercicio del "ius variandi" contractual, sino también el hecho de estar ante un supuesto de "factum principis" (por los requerimientos de la Comunidad Autónoma).

Aun así, el voto particular contenido en dicho Dictamen 923/2001, de dos miembros del citado Consejo, es contrario a la modificación contractual porque *"la modificación de la duración del contrato de gestión de limpieza casi duplicando su duración inicial supone una alteración sustancial de ese contrato que requeriría un procedimiento de licitación pública, para respetar los principios de libre competencia entre contratistas que inspira nuestra legislación de contratos del Estado desde el marco constitucional y también en aplicación del Derecho Comunitario. (...) Tanto la legislación de contratos del Estado como el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales permite modificaciones sobre las características del servicio contratado, o sea la calidad, tiempo y lugar de las prestaciones, y las tarifas, pero en nada aluden a la posible alteración del tiempo de duración del contrato más allá de la previsión expresa en su caso de las correspondientes prórrogas, ni tampoco a una variación de tal alcance que en su conjunto ha alterado los elementos sustanciales del contrato inicial"*.

Por su parte, su Dictamen nº 1217/2001, de 12 de julio, después de reiterar la doctrina general antes transcrita, expresaba lo siguiente:

"4. Como expresó el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de junio de 2001 (recaído en el expediente 923/2001) relativo a otro contrato suscrito por la Ciudad de Ceuta, "la clave para el régimen legal aplicable ... está en la adecuada justificación de que la alteración viene exigida por el interés público", añadiendo, a continuación, que la "circunstancia de que sea asumible financieramente la fórmula propuesta siendo, como indiscutiblemente es, un argumento a favor de la duración del nuevo plazo, puede no resultar en todos los casos suficiente".



En el presente supuesto, la justificación de la modificación que se pretende viene expresada en términos de conveniencia: se trata de mejorar la gestión de los servicios cubiertos por el contrato que se trata de modificar. A diferencia del precedente antes citado, la alteración no se conecta (al menos directamente) con la aplicación de leyes y ejecución de programas vinculantes para las diversas Administraciones Públicas. De lo actuado no resulta justificada la concurrencia de un interés público suficientemente configurado en el que pueda ser apreciada una intensidad tal que ampare la modificación contractual propuesta; en especial la ampliación de su duración hasta casi doblar el plazo inicial.

Puede que existan prestaciones que deban ser inaplazablemente cubiertas, como parecen ser las descritas en el apartado Segundo de antecedentes y que representan un coste adicional de 8.529.240 pesetas por año. La Ciudad de Ceuta puede tramitar un expediente de modificación del objeto del contrato con , S.L. a los solos efectos de modificar limitadamente el objeto del contrato existente en la medida que resulte imprescindible, sin afectar al plazo, que debe permanecer inalterado. No procede, en cambio, que se reconfigure sustancialmente el objeto ni que se amplíe el plazo en los términos propuestos por el Consejero de Obras Públicas y Medio Ambiente (apartado Tercero de antecedentes), porque ello resultaría en infracción de la obligación de seguir los procedimientos de selección de contratistas a fin de preservar los requisitos de concurrencia y de publicidad impuestos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas”.

En este caso, al no fundarse la modificación del objeto contractual en un supuesto de “*factum principis*”, sino de estricto ejercicio del “*ius variandi*” del órgano de contratación, el Consejo de Estado rechaza la pretendida ampliación del plazo del contrato, además de limitar el alcance del objeto de la modificación.

Merece destacarse que la doctrina de los Consejos Consultivos es, en general, contraria a las ampliaciones de plazo al margen de lo previsto en el contrato. Así, el Dictamen nº 83/2012, del Consejo Consultivo balear



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

señala que *“como bien afirma el Secretario municipal en su informe, normalmente la prórroga resulta excepcionalmente utilizada cuando circunstancias nuevas o causas imprevistas (incluido el «factum principis») afectan al equilibrio económico financiero de la concesión, lo que en el presente caso no concurre. Y, aun en tal caso, añade que una numerosa doctrina de los órganos consultivos autonómicos (cita el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya nº 397/2010, de 9 de diciembre) y de la Junta Consultiva de Contratación (se refiere al informe 12/2006 de la misma) se ha manifestado en sentido desfavorable”*.

2. Por su parte, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo más reciente no resulta concluyente al respecto.

De una parte, la STS de 4 de mayo de 2005 viene a remitirse sin más a una anterior de 1998 y a un Dictamen del Consejo de Estado, al decir lo siguiente:

“...procede desestimar las alegaciones de la parte recurrente sobre la prórroga del plazo del contrato, pues, de una parte, tanto esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, como en el informe del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999, se admite la posibilidad de la prórroga como medida compensatoria respecto a los desequilibrios económicos que se produzcan al concesionario por inversiones; de otra, que la prórroga se hizo hasta el 2014 cuando la total amortización de las inversiones lo era hasta el 2020; y en fin, que la propuesta se hizo, bajo las dos premisas siguientes, implantación inmediata de todos los servicios y mejoras, y, que las inversiones no puedan suponer un mayor incremento del canon actual”. Merece destacarse que el supuesto abordado implicaba una modificación del objeto del contrato por causa de un supuesto de *“factum principis”* (adaptación a nueva normativa ambiental) junto al ejercicio del *“ius variandi”* del órgano de contratación (modernización del servicio).

En la misma línea, la STS de 27 de febrero de 2008 expresa:



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

"No compartimos la tesis de los demandantes, pues estando acreditado en el expediente -hecho no discutido en autos- la necesidad del Ayuntamiento de Alcalá de Henares de ampliar el ámbito de los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos a zonas y barrios no contempladas en el contrato original de 1993, celebrado con la entidad mercantil U., S.A., es incuestionable que objetivamente, ante estas nuevas circunstancias, la Administración tuvo que solucionar el grave problema que se ocasionaría a unos municipales al privárseles de un servicio básico, esencial y obligatorio para la Corporación municipal; de ahí que la pretendida modificación contractual, que fue acordada con el beneplácito y aquiescencia del concesionario, se enmarca dentro de las facultades que tiene la Administración, de la que una de sus manifestaciones es el *ius variandi*, pues la modificación pretendida, como razona el Consejo de Estado, consistía básicamente en alterar el plazo del contrato, prorrogándolo hasta el año 2009 en lugar de mantenerlo hasta el 2001, como se convino inicialmente". Debe destacarse que el informe del Consejo de Estado al que se refiere la sentencia es el de 4 de febrero de 1999 parcialmente transcrito en el Dictamen nº 923/2001, antes reseñado, del que dijimos que contemplaba una modificación del objeto del contrato fundada tanto en un supuesto de "*factum principis*" como de estricto "*ius variandi*".

La STS de 25 de mayo de 2006 es, que se conozca, la más reciente que ha abordado de forma especialmente detallada la cuestión que nos ocupa, negando la posibilidad de la ampliación en un supuesto, se deduce, de modificación del objeto del contrato por el solo ejercicio del "*ius variandi*" contractual, pues no se hace referencia a circunstancias o requerimientos ajenos al contrato, expresando lo siguiente:

"Tanto el art. 164 de la Ley de Contratos del Estado, Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, como su precedente el art. 74 de la Ley de Contratos del Estado, Decreto 923/1965, de 8 de abril, permiten a la Administración modificar el contrato de gestión de servicios públicos por razones de interés público, pero el núm. 2 del art. 164 de la Ley añade que "cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato " y esa declaración es, en lo esencial, idéntica a la contenida en el párrafo segundo del art. 74 de la norma derogada por la Ley de 1.995. Y en idéntico sentido se manifiesta el vigente art. 163.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al disponer 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".

La sociedad recurrente afirma en el motivo que no necesariamente puede concluirse que la compensación ha de ser económica, puesto que la norma lo que señala es que producida la modificación 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", y ello bien puede hacerse prolongando el tiempo de la prestación del servicio por la empresa que lo realiza puesto que de ese modo se mantendría el equilibrio de los supuestos básicos que se tuvieron en cuenta para la adjudicación del contrato .

Ahora bien esa interpretación no se deduce de las normas antes mencionadas, ni tampoco de los artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, porque la ampliación del contrato, o, en otro caso, la prórroga del mismo, no está contemplada en aquel que tiene una duración limitada establecida necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como las de las prórrogas de que pueda ser objeto, de modo que la pretendida compensación vía ampliación del contrato o prórroga del mismo para compensar de ese modo al contratista por la ruptura del equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato, vulnera el principio general de la contratación pública que se refiere a la libre competencia, puesto que de prorrogarse o ampliarse el contrato para compensar al concesionario de los desembolsos económicos que en este caso concreto vino obligado a hacer, al modificarse el contrato



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

en cuanto al modo de prestación del mismo, llevaría consigo que la Administración impidiese que al concluir el contrato se volviese a licitar el mismo, conculcando de ese modo el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre concurrencia en la contratación pública”.

La STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de junio de 2011, se hace eco de las citadas STS de 4 de mayo de 2005 y 25 de mayo de 2006 y señala que *“el examen de las dos sentencias citadas nos inclina por considerar que no se están ofreciendo soluciones absolutas aplicables de manera automática a cada supuesto, sino que lo que existe es un margen de flexibilidad en los criterios aplicables en cada caso concreto. Por consiguiente, resulta imprescindible descender a los detalles de lo ocurrido en el caso enjuiciado”.*

3. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado mantiene un criterio más restrictivo que el de la doctrina consultiva y jurisprudencia antes citadas, pues en supuestos regidos por la normativa anterior a la LCSP y TRLCSP también limitaba, como ahora expresamente dichas leyes, la ampliación del plazo concesional sólo a los supuestos de modificaciones del objeto contractual derivadas de supuestos constitutivos de *“factum principis”* (o fuerza mayor, se entiende).

Así, en su Informe nº 61/2008, de 31 de marzo de 2009, expresa lo siguiente:

“4. La tercera y última cuestión se refiere a si en el supuesto de existir una ruptura del equilibrio económico, cabe la posibilidad de utilizar la ampliación del plazo contractual, como mecanismo de compensación del concesionario.

Esta es cuestión que en la actual Ley de Contratos del Sector Público aparece resuelta en el artículo 258, cuyo apartado 5 dice literalmente (...).



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

Sin embargo, este precepto es una innovación de la Ley actual, por lo que a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria primera antes vista, no es de aplicación al supuesto que contemplamos.

Desde el punto de vista de la legislación anterior podría traerse aquí a colación la doctrina de esta Junta a que se refiere el informe 12/06 en cuanto a la posibilidad de prorrogar la concesión para restablecer el equilibrio económico de la concesión, sentada en otros informes de la misma: "la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar a 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 aquéllos a los que se refiere, es decir, a las concesiones de autopistas en régimen de peaje".

Sin embargo, estos informes se refieren todos ellos a supuestos en que las obras que motivaban el desequilibrio financiero de la concesión eran acordadas por la Administración concedente y suponía una auténtica modificación del objeto del contrato. Lo que diferencia de modo esencial aquellos casos del que contemplamos en este informe es el hecho de que aquí las reformas y adaptaciones que es preciso realizar en las instalaciones cuya gestión constituye el objeto de la concesión, vienen impuestas por una autoridad ajena a la relación concesional" (es decir, a un supuesto de "factum principis"). Y por esto último admite la ampliación del plazo del contrato.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la ampliación, expresa:



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

“La consulta se refiere, sin embargo, de modo específico a la ampliación del plazo concesional para permitir la compensación. Ello supondría no tanto incrementar la duración del contrato por el mecanismo de las prórrogas previstas en él cuanto aumentar el plazo de duración originario de la concesión, sobre el cual actuarían ulteriormente las prórrogas previstas. Pues bien, respecto de esta opción la Junta no puede por menos que manifestarse en contra, habida cuenta de la falta de cobertura legal que una opción así tendría. En efecto no existe ni un solo precepto en la legislación aplicable a la concesión que examinamos que permita admitir una posibilidad tal”.

4. Por su parte, el Informe 2/2010, de 29 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, expresa su parecer en el mismo sentido que la citada Junta Consultiva del Estado, en estos términos:

“Es admitido con carácter general que la prerrogativa del ius variandi ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio económico, pero el problema que se plantea es el relativo a la determinación de la forma de compensación al contratista, esto es, si debe ser económica o si puede afectar a la duración del contrato y más concretamente si esta compensación puede consistir únicamente en la ampliación del plazo del contrato o prórroga del mismo.

Tema este sobre el que, si bien es cierto que a nivel jurisprudencial no existe una postura única, tal como se recoge expresamente en el Informe del Servicio Jurídico, donde se detallan diversas Sentencias del T.S. en sentido contrario, no es menos cierto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sí parece haber mantenido un mismo criterio, que responde al de su no admisión por vulnerar el principio de la libre competencia que debe presidir la contratación pública...”.

En otra parte de su Informe, dicha Junta Consultiva regional expresa:



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

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

En definitiva, los contratos de gestión de servicios públicos podrán ser prorrogados dentro de los límites que fija el mencionado artículo 158 siempre y cuando dicha prórroga y su duración esté expresamente prevista en el pliego, de suerte que la misma habrá de aplicarse en los mismos términos previstos, y en el caso de falta de previsión o incluso prohibición en ellos, el contrato de gestión no podrá prorrogarse.

En este sentido se han manifestado diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación (del Estado), así en su Informe 9/99, de 30 de junio de 1999 literalmente dice que <<la prórroga que se propone no se ajusta a las previsiones del artículo 26 del pliego, pues estableciendo el mismo la posibilidad de prorrogar por iguales períodos que el plazo inicial (cinco años) aquí se está hablando de una prórroga de trece o veintiséis años, con lo que confirmado el criterio expuesto en el informe de 16 de diciembre de 1998 la prórroga no sería factible por no ajustarse, en cuanto a su duración, a lo previsto en el pliego >>.

En términos similares se pronuncia el Informe 38/98, de 16 de diciembre de 1998, cuando expresa que <<la prórroga o ampliación del plazo de la concesión de servicio público, sólo es posible si está prevista, así como su duración, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y deberá concederse en los términos previstos en dichos pliegos, tanto si, por la fecha del contrato, resulta aplicable la Ley de Contratos del Estado, como si lo es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas>>.

También el Informe 47/98, de 17 de marzo de 1999, mantiene dicho criterio cuando con respecto a los artículos 158 de la LCAP y antiguo 64



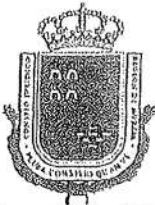
Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

de la Ley de Contratos del Estado dice que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa << han venido interpretando tales preceptos en el sentido de que si bien en los contratos de gestión de servicios públicos es admisible la prórroga del plazo de duración es necesario que la misma y su duración estén prevista expresamente en el pliego, ya que caracterizado éste como "ley del contrato" al ser definidor de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, según el artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 10 de la Ley de Contratos del Estado), la falta de previsión en el mismo impide su aplicación.>>".

5. Por último, el Informe nº 15/2009, de 5 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, señala lo siguiente:

"Con respecto a las posibles formas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se ha pronunciado expresamente sobre la posibilidad de que uno de los mecanismos de compensación consista en ampliar el plazo de los contratos, en el Informe 7/1998, de 17 de marzo, entre otros. En este Informe, después de recordar, por una parte, que la prórroga del contrato sólo es jurídicamente viable cuando esté prevista en los pliegos y, por otra parte, que la prórroga o la ampliación del plazo de las concesiones es extremadamente delicado porque puede perjudicar la libre concurrencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado afirma que dicha prórroga se había admitido en un supuesto concreto (el de las autopistas de peaje), fundamentado en una modificación normativa que, de forma expresa, preveía esta forma de compensación. En este mismo sentido se pronuncia aquella Junta estatal en otros informes, al negar la posibilidad de utilizar este mecanismo de compensación, justamente, en relación a contratos de gestión del mismo servicio público a que se refiere la consulta (abastecimiento de agua potable).

Asimismo, interesa también destacar la normativa en que se regulan las formas de compensación en supuestos de alteración del equilibrio económico y financiero de los contratos que, ya desde ahora, se puede adelantar que no son muy numerosas.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

En el ámbito local, se tiene que hacer referencia a los artículos 127.2.2º del RSCL y 249 del ROAS (norma autonómica equivalente al RSCL). En estos preceptos se establece la obligación para los entes locales de mantener el equilibrio económico de la concesión y, con esta finalidad, se determina que se tiene que compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que la Administración le ordene introducir en el servicio que incrementen los gastos o disminuyan la retribución. Por otra parte, estos artículos sólo hacen referencia, como medidas de compensación, a la revisión de las tarifas y de las subvenciones -exclusivamente para el supuesto en que se produzcan circunstancias anormales o sobrevenidas- y en la indemnización al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasione la asunción directa de la gestión del servicio, cuando se produzca por motivos de interés público independientes de la culpa del concesionario.

En el ámbito de la normativa básica en materia de contratación, la ampliación del plazo concesional como medida para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos sólo se ha previsto para supuestos muy concretos, como es el caso del contrato de concesión de obra pública (se refiere al artículo 263.4 TRLCAP, tras la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de dicho tipo de contrato, precepto no incorporado luego ni a la LCSP ni al TRLCSP).

Concretamente con respecto al contrato de gestión de servicios públicos, el TRLCAP no contiene ninguna previsión sobre este aspecto.

En último término, se considera conveniente mencionar las previsiones que actualmente contiene la LCSP -en las cuales se recoge esencialmente la doctrina y la jurisprudencia existente hasta su aprobación y que acaba de analizarse-, aunque esta Ley, como ya se ha señalado anteriormente, no resulta de aplicación al contrato que origina el núcleo de la consulta.

Así, el artículo 258.5 de la LCSP, transcrito en la consideración jurídica anterior, establece diversas medidas dirigidas a restablecer el



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos, entre las cuales se encuentra la prórroga del contrato, limitada, sin embargo, a los supuestos en que el desequilibrio se produzca por actuaciones de la Administración o bien por causas de fuerza mayor -y con el límite del 10% de la duración inicial del contrato-, quedando al margen, por lo tanto, los supuestos de modificaciones de los contratos por razones de interés público.

En definitiva, de lo que se ha expuesto hasta ahora se desprende que la utilización de la ampliación del plazo de la concesión como medida para restablecer el equilibrio económico de los contratos tiene carácter excepcional y sólo procede en los supuestos en que legalmente se prevé”.

III. A lo anterior puede añadirse que aunque la normativa de contratos, y especialmente el RSCL, interrelaciona el plazo de la concesión con el periodo necesario para la adecuada amortización por el contratista de las obras cuya financiación asuma, de ello no se sigue que toda obra del servicio deba ser financiada por aquél, pues es obvio que cabe su financiación directa por el Ayuntamiento o vía tarifas. No implicando coste alguno adicional para el Ayuntamiento o los ciudadanos la ampliación del plazo del contrato a los indicados fines compensatorios, parece que éste sería el mecanismo más idóneo para afrontar las nuevas obras o las mejoras del servicio; sin embargo, como viene a apuntar la antes transcrita STS de 25 de mayo de 2006 y la doctrina de las mencionadas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, el artículo 127.2.2º RSCL no contempla, al menos expresamente (éste es el núcleo del debate), dicho mecanismo. Su previsión legal expresa sólo comienza, para las concesiones de autopistas de peaje, con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, lo que luego fue generalizado para todo tipo de concesiones de obra pública por la Ley 13/2003, cuya regulación en este punto (al introducir el artículo 263.4 en el TRLCAP), fue suprimida en la LCSP.

Y, como se dijo en su momento, a partir de esta última ley, dando un paso más en el acogimiento por el derecho interno de los principios del Derecho Comunitario en la materia, esta clase de ampliaciones de plazo se limitan a los casos de modificaciones contractuales fundadas en supuestos



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

968218900

de "factum principis" o fuerza mayor, y limitada dicha ampliación al 10% del plazo inicial del contrato, sin duda para evitar los abusos que en este punto venían sucediéndose en la práctica administrativa, pues toda ampliación del plazo, especialmente si es de entidad y se realiza al margen del contrato, implica un importante e indebido retraso en la nueva licitación del contrato, lo que no sólo limita el acceso de las empresas a este mercado, sino que priva a la Administración de los beneficios, económicos y técnicos, que la competencia entre nuevas ofertas pueda suponerle. Entre tales beneficios, y al igual que en el presente contrato la adjudicataria ofreció como mejora la financiación, a su cargo, de obras en el servicio por importe de cien millones de pesetas, también en una nueva licitación los interesados pueden ofrecer como mejora de sus proposiciones, y ser especialmente valorado en la adjudicación, la ejecución, a su costa, de nuevas obras de renovación del servicio.

En este sentido, debe destacarse que el Informe nº 3/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón recoge el criterio de la Comisión Nacional de la Competencia en materia de plazo de los contratos públicos contenido en la "Guía sobre Contratación Pública y Competencia" publicada el 7 de febrero de 2011, que expresa lo siguiente:

"La determinación de la duración idónea de un contrato resulta crucial para garantizar un nivel de competencia adecuado en las licitaciones públicas. De acuerdo con la LCSP, la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el periodo de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación. Para reducir ambos tipos de riesgos:

- Conviene que los contratos no puedan perdurar por largos períodos de tiempo sin ser sometidos a concurrencia.

- Deben evitarse las prórrogas sobrevenidas del plazo contractual (por ejemplo, en contratos de gestión de servicios públicos) como contrapartida por la introducción de modificaciones sustanciales del contrato, a menos que exista una razón de imperiosa necesidad, como por ejemplo un riesgo inminente de cesación del servicio.

- Incluso cuando las prórrogas se encuentren justificadas y su posibilidad esté establecida en los pliegos del contrato, solo debe recurrirse a ellas como mecanismo verdaderamente excepcional, para evitar el riesgo de que otorgamientos sucesivos de prórrogas al contratista lleven a un cierre del mercado por largos y potencialmente indefinidos períodos de tiempo.

- En particular, en los casos de contratos de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos, se debe justificar el plazo elegido en función de parámetros objetivos, directamente relacionados con el período de la amortización de las inversiones necesarias para la ejecución del objeto del contrato o de los activos vinculados al contrato.

- Las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente".

CUARTA.- Las circunstancias del caso que nos ocupa.

I. De todo lo expuesto en la Consideración precedente puede extraerse la conclusión de que, como principio rector en esta cuestión, ha de adoptarse un criterio restrictivo en lo atinente a la posibilidad de modificar un contrato de gestión de servicios públicos ampliando su duración sin amparo o al margen del PCAP o el mismo contrato para



968218900

Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

conseguir de tal forma su reequilibrio económico por la financiación por parte del contratista de nuevas obras e inversiones. La jurisprudencia y doctrina consultiva antes expuestas, a la vista de la jurisprudencia comunitaria más reciente, e incluso del actual TRLCSP, entre cuyas finalidades está la de adecuarse a las exigencias comunitarias en la materia, impone en este punto una interpretación restrictiva del ordenamiento jurídico previo a la LCSP.

Ello lleva a considerar, con carácter general y con las necesarias reservas que la naturaleza de la cuestión plantea, que cuando se trata de introducir modificaciones en el objeto del contrato con el sólo fundamento de la apreciación de necesidades nuevas en el servicio por parte del órgano de contratación que implican la inclusión de nuevas obras e inversiones, es decir, cuando se está ante modificaciones derivadas del sólo ejercicio del "*ius variandi*" del órgano de contratación, sin que la necesidad de la modificación del contrato venga impuesta por el preceptivo cumplimiento de normativa o requerimientos de una Administración pública ajena al contrato, o por causas de fuerza mayor, la ampliación de su plazo al margen de lo previsto en éste -especialmente cuando dicha ampliación es de una notable entidad-, como mecanismo para compensar de tal manera al contratista por la financiación de tales inversiones, no resulta jurídicamente viable, pues la necesaria interpretación restrictiva del ordenamiento jurídico anterior a la LCSP en este punto así lo determina, a la luz de los principios y jurisprudencia comunitarias y de la propia LCSP, según se desprende de todo lo anteriormente expuesto.

II. Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que las circunstancias del caso concreto pueden modular en alguna medida lo anterior, pero para admitir en estos casos el apartamiento del contrato en lo atinente a la posible ampliación de su plazo (en todo caso, con una magnitud moderada), se debe justificar de modo muy especial y suficiente tal propuesta, más aún si se pretende acudir exclusivamente a tal ampliación de plazo para reequilibrar el contrato, como es el caso.

En este sentido, resultan insuficientes los argumentos expresados por el Ayuntamiento en la propuesta de resolución para justificar que la



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

compensación al contratista por las nuevas obras que es necesario ejecutar ha de consistir únicamente en la ampliación del plazo del contrato y, además, por 19 años, período mucho mayor que los cinco años de prórroga que el contrato habilita como regla general para la extensión de su inicial vigencia (prórroga que puede estar justificada, entre otros posibles motivos, para operar como compensación al contratista por la realización de nuevas inversiones).

Por un lado, se obvia que el medio ordinario y propio de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en casos como el presente, en que las obras a realizar implican una muy evidente y sustancial mejora del servicio público de que se trata, es que tales obras, que benefician obviamente a los usuarios del servicio, se financien mediante un adecuado incremento de las tarifas del mismo; por otra parte, cuando se trata de realizar obras puntuales en las que pueda determinarse razonablemente que benefician de modo especial a una concreta zona o sector del municipio, es procedente la exacción de contribuciones especiales, como dijimos en nuestro Dictamen nº 129/2002, de 29 de julio (vid. asimismo la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 136/2006, de 9 de febrero). En este sentido, no resulta suficiente a los efectos pretendidos aducir simplemente, como expone la propuesta, que la crisis económica actual desaconseja cualquier subida de tarifas.

Por otra parte, tampoco es aceptable, como pretende la propuesta dictaminada, descartar de plano el empleo de todo recurso económico municipal, incluido el crédito, pues se trata de financiar unas obras necesarias para un servicio público municipal tan esencial como el de abastecimiento y saneamiento de agua, considerando que el informe económico reseñado en el Antecedente Tercero confirma que legalmente el Ayuntamiento no tiene impedimento legal o económico alguno para acudir a mecanismos de endeudamiento, solo o en combinación con otros. Además, en los citados informes se consigna que pueden aplicarse a la financiación de estas obras los recursos obtenidos de los aprovechamientos urbanísticos obtenidos por el Ayuntamiento y, en general, de su actividad urbanística.



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

III. No se acreditan aquí, pues, razones de imposibilidad financiera, legal o económica, que en algunos supuestos excepcionales han podido justificar doctrinal o jurisprudencialmente la admisión de ampliaciones del plazo del contrato no previstas en el mismo, especialmente justificadas por modificaciones en su objeto derivadas de supuestos de *"factum principis"*, o en casos singulares en que era necesario y perentorio procurar la adecuada continuidad y regularidad de un servicio público esencial que, de otro modo, la Administración concedente no hubiera podido garantizar.

Como señaló el Dictamen del Consejo de Estado nº 1217/2001, transcrito en su momento, *"la circunstancia de que sea asumible financieramente la fórmula propuesta siendo, como indiscutiblemente es, un argumento a favor de la duración del nuevo plazo, puede no resultar en todos los casos suficiente"*, y en el presente no se justifica que la ampliación del plazo del contrato en la magnitud pretendida, al margen de la posibilidad de su prórroga por cinco años prevista en aquél, sea el único modo razonablemente factible de financiar las nuevas obras. Además, en línea con lo asimismo expresado en dicho Dictamen sobre el alcance de la modificación legalmente posible, el Ayuntamiento debería plantearse ahora la ejecución de las obras que considerase más imprescindibles (vid. a tal efecto lo apuntado en la Consideración Segunda, A), considerando la posibilidad de su financiación mediante el incremento de tarifas y contribuciones especiales -en su caso-, sus recursos propios y su capacidad de recurrir a recursos ajenos; y, en su caso, recurrir al ejercicio de su facultad contractual de prorrogar o no el contrato por cinco años más, ponderando, asimismo, la posibilidad de esperar a la finalización del plazo inicial, para licitarlo nuevamente, con la facultad de incluir en el nuevo contrato la ejecución de las obras que no se afrontasen durante la vigencia del actual.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de modificación del contrato objeto de Dictamen, a la vista del expediente remitido, señaladamente los informes municipales emitidos, y por las razones expresadas en las Consideraciones Segunda a Cuarta del presente.

No obstante, V.S. resolverá.

Vº Bº EL PRESIDENTE



EL LETRADO-SECRETARIO GENERAL