



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 5 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de noviembre de 2012.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tuineje en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la modificación del contrato administrativo de concesión del "Servicio Municipal de Alcantarillado y Depuración de Aguas Residuales del Municipio de Tuineje", adjudicado a la empresa C., S.A., el día 14 de mayo de 2003 (EXP. 509/2012 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito con entrada el 22 de octubre de 2012, el Alcalde del Ayuntamiento de Tuineje, Fuerteventura, interesa preceptivamente dictamen por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y por otro, lo preceptuado por el art. 59.3.a) y b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en relación aparentemente con la Propuesta de Resolución del procedimiento de modificación del contrato de concesión del servicio municipal de alcantarillado y depuración de aguas residuales del Municipio de Tuineje, adjudicado por Acuerdo del Pleno de 14 de mayo de 2003.

Por tanto, está legitimado para solicitar el Dictamen el citado Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tuineje, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo (LCCC). No obstante, podría cuestionarse que sobre el presente asunto sea exigible la solicitud de Dictamen previo, al no encuadrarse, en principio, en ninguno de los supuestos que el art.

* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

59.3.a) y b) TRLCAP prevé al efecto, remitiéndose al mismo el art. 11.1.D.c) LCCC, tal y como se explicitará más adelante.

2. El procedimiento de modificación se ha tramitado al amparo del citado Texto Refundido, legislación aplicable a resultas de la disposición transitoria primera.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -que entró en vigor el 17 de diciembre de 2011, disposición final única del Decreto Legislativo- así como la correspondiente disposición de esta misma Ley, estableciendo que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

II

1. Según el escrito de solicitud de dictamen, el 9 de junio de 2003 se firmó el contrato de concesión por un período de 20 años y por importe anual inicial, sin impuestos, de 380.638,66 euros, revisable anualmente en función del índice de precios al consumo, siendo el importe actual anual revisado -período mayo 2011 a mayo 2012, con impuestos (IGIC 5%)- de 504.496,36 euros.

La actual coyuntura económica y las dificultades presupuestarias que genera han obligado al Ayuntamiento de Tuineje a adoptar un plan de saneamiento que implica *“un ajuste sustancial en las prestaciones de los servicios públicos, y entre ellos, el de alcantarillado y depuración, que permita garantizar su continuidad mínima, con arreglo a las posibilidades presupuestarias disponibles”*. Tales causas, *“ajenas a las partes, [(...) hacen] inviable el cumplimiento del contrato de concesión en los términos establecidos (...), por lo que el Ayuntamiento pretende llevar a cabo la modificación del contrato de mutuo acuerdo, si fuera posible, con la empresa adjudicataria (...) amparado en el informe jurídico que se adjunta”*.

2. La modificación consiste en que el Ayuntamiento asume *“determinados trabajos, disminuyendo el precio de la concesión en proporción”* a la reducción -el informe del Técnico Municipal cifra el ahorro en un 29.85%- *“y por el tiempo necesario hasta que la situación económica permita retornar el contrato a las condiciones iniciales”*.

La empresa se muestra de acuerdo con los *“términos económicos”* de la modificación propuesta por el Ayuntamiento, aunque con algunas diferencias económicas, estimando el ahorro en un 29,73%*”*. Sin embargo, propone que el

acuerdo de modificación tenga una vigencia de "sólo por dos años, tiempo (...) suficiente para que [(...) el Ayuntamiento] modifique la Ordenanza correspondiente y aumente el precio del servicio consiguiendo con ello restablecer el equilibrio en la financiación del mismo". El escrito de solicitud del dictamen precisa que esta circunstancia "no ha sido planteada por el Ayuntamiento en su acuerdo de modificación del contrato", ni, habría que añadir, asumida.

Con tales precedentes, "al amparo de lo dispuesto en el art. 59, apartados a) y b) 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 (...), se solicita el informe preceptivo" del Consejo Consultivo.

3. Con fecha 8 de mayo de 2012, se emite informe jurídico, que hace las veces de Propuesta, por el que, en base a "la difícil coyuntura económica actual" que hace inviable el cumplimiento del contrato, se propone la modificación contractual, al amparo del art. 126.2.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1965 (RSCL), según el cual las características del servicio objeto de concesión "serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público", siendo obligación del concesionario "prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente" (art. 128.1.1ª RSCL). El art. 127.1.1 RSCL reconoce a la Administración la potestad de "ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones (...) que aconsejare el interés público y entre otras: La variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario".

El art. 39 TRLCAP dispone que "dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos (...) o, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta".

El art. 163 TRLCAP otorga a la Administración la potestad de modificación de "las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios", sin perjuicio de que "la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la ejecución del contrato".

El art. 101 TRLCAP dispone que “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

La justificación de la modificación persigue que, al “modificar un contrato, no se proceda de forma encubierta a su total novación de manera que, al final, nos encontremos ante un contrato absolutamente diferente”, con infracción del principio de pública concurrencia, “en perjuicio tanto de terceros contratistas como del propio interés público”. Con la novación, se produce “una alteración sustancial del contrato inicial”, una “verdadera voluntad de extinguir la obligación primitiva, y sustituirla por otra”, lo que comporta un nuevo contrato. Por el contrario, la modificación no sustancial de un contrato ha de tener por objeto el servicio en que la concesión consiste.

La Propuesta considera que concurre interés público (necesidad de reajustar la prestación del servicio en términos que permita atender al mismo conforme a las disponibilidades presupuestarias existentes, garantizándose así la continuidad mínima del servicio con arreglo a las posibilidades presupuestarias disponibles) que sustente la modificación y que estamos ante una modificación y no novación del contrato (pues se trata de reducir las prestaciones, “manteniendo las esenciales para garantizar la continuidad del servicio público y su prestación a la ciudadanía”).

La modificación contractual deberá realizarse previo informe técnico que, atendiendo a las necesidades mínimas a cubrir, se proponga una alternativa técnica sobre las coberturas a las que de forma temporal habría de circunscribirse el contrato y el coste asociado de las mismas.

4. Con fecha 8 de mayo de 2012, el Alcalde propone al Pleno “tramitar el expediente de modificación del contrato”.

El Pleno, en sesión de 17 de mayo de 2012, ordena “tramitar el expediente para la modificación del contrato (...) en los términos contenidos en el informe jurídico de fecha 8 de mayo de 2012”.

Con fecha 25 de mayo de 2012, se emite informe técnico municipal que: explicita el coste corriente del servicio que se pretende modificar -que a día de la fecha asciende a 470.850, 02 euros, sin contar con los costes de explotación y mantenimiento-; precisa el alcance material de la modificación propuesta y el

porcentaje de ahorro, que sería del 29,85%; y ofrece a la empresa la posibilidad de que limpie los pozos diseminados cobrando el servicio a los solicitantes del mismo.

5. Con fecha 18 de julio de 2012, el concesionario formula alegaciones, proponiendo:

A. Que “la modificación tenga un horizonte temporal determinado de dos años, plazo que se considera prudente y suficiente para que el Ayuntamiento [apruebe (...)] las tasas municipales de alcantarillado y depuración en cuantía suficiente como para que tales servicios dispongan del preceptivo equilibrio económico-financiero y sean prestados en las condiciones técnicas inicialmente pactadas en el contrato formalizado el 9 de junio de 2003”.

B. Para ahorrar coste, el concesionario solicita se le permita aprovechar “las sinergias que pudieran ser compartidas con otros Municipios (...) a los que el (concesionario) preste servicio”.

C. Caso de no ser así el concesionario quedaría habilitado para “solicitar la revisión de la modificación planteada”.

D. Con carácter previo a “cualquier modificación”, se le debiera abonar ciertas certificaciones pendientes por la ejecución de ciertas obras de saneamiento y drenaje, totalmente ejecutadas.

Si se acepta su contrapropuesta de “modificación temporal” -implicaría para el Ayuntamiento un ahorro del 29,73%- el concesionario se mostraría conforme con la “suspensión temporal parcial” de las actividades que relaciona y que en adelante serán de responsabilidad municipal, asumiendo otras que señala asimismo, también - como se le ofertó- la limpieza de pozos privados diseminados, por la que cobrará el servicio.

Con fecha 22 de octubre, el Ayuntamiento interesa de este Consejo la emisión de su preceptivo dictamen.

III

1. A la vista de lo actuado, ha de advertirse, ante todo, que la solicitud de dictamen ha sido cursada de forma anticipada, según resulta de la documentación que obra en el expediente.

En efecto, la Propuesta del procedimiento no es tal, sino más bien su inicio, asumiendo los términos, con la causa y efectos de la modificación a implementar, de

un informe jurídico previo emitido para justificarla. Remitida al contratista, éste formuló alegaciones en las que no se oponía directamente a la modificación, pero la aceptada sólo con ciertas condiciones.

Tal postura, cuyos términos pueden ser determinantes a los efectos oportunos, incluso de eventual resolución contractual de acuerdo con las causas al respecto legalmente previstas, sea la actuación una modificación o suponga el rescate, aunque parcial, de la concesión, no fue contestada por la Administración, aunque exista voluntad implícita de que se proceda de mutuo acuerdo.

Por tanto, cabe entender que no se aceptan las condiciones del contratista y, por ende, no habiéndose acordado la modificación, obviamente, se le priva al mismo de proceder de acuerdo con sus intereses, incluso solicitando eventualmente la resolución del contrato.

2. En este sentido, en el escrito de solicitud de dictamen se hace referencia a las "circunstancias previstas en el art. 59.3 apartados a) y b)" del TRLCAP, que, sin embargo, amparan dos supuestos de preceptividad de la misma: la interpretación, nulidad y resolución del contrato, y las modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio del precio primitivo y éste sea igual o superior a 6.010.121, 04 euros.

Justamente, no tratándose aparentemente de la resolución del contrato, se recuerda, en relación con lo ya expresado en este punto, que no consta cuantificado el importe total efectivo que implicaría la eventual modificación del contrato en relación con su precio primitivo (7.993.411,08 euros), siendo tal cuantificación relevante en orden a determinar si supera el 20% de dicho precio, al menos indicaría o presumiblemente, y, por tanto, es preceptivo solicitar Dictamen sobre la Propuesta de Resolución del procedimiento contractual tramitado con ese fin.

El procedimiento, pues, debiera concluirse con una Propuesta formal y materialmente correcta, con valoración de la posición del concesionario definitiva y terminantemente fijada sobre la actuación modificatoria propuesta, comportando una especie de rescate parcial del servicio concedido.

3. Así, tal y como se desprende del informe jurídico que fundamenta el Acuerdo de inicio y de las alegaciones presentadas por el contratista, parte de las prestaciones del servicio pasarían a ser gestionadas por el Ayuntamiento, siguiendo el resto en manos del concesionario, sin suprimirse o modificarse las prestaciones a implementar, como propias de tal servicio, ni tampoco sus características.

Así, al parecer el objetivo del modificado es la asunción parcial del servicio por la Administración, produciéndose el rescate del mismo aunque parcialmente, recordándose que el rescate es causa de resolución, si bien que puede entenderse que, en su conjunto, sin eliminarse totalmente el objeto de la concesión.

C O N C L U S I Ó N

En el procedimiento tramitado se producen los defectos formales que se han explicitado, procediendo su subsanación y, en su caso, tras formularse la Propuesta de Resolución del procedimiento contractual, con el contenido previsto en el art. 89 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y culminada la tramitación debidamente, se solicitará Dictamen sobre la misma.