

Informe 7/06, de 24 de marzo de 2006. "Prórroga de un contrato de concesión de servicio público para mantener el equilibrio económico de la concesión y para realizar obras necesarias".

Clasificación de los informes: 22.1 Contratos de gestión de servicios públicos. Duración de los contratos de gestión de los servicios públicos. Prórrogas. 22.10 Mantenimiento del equilibrio económico.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Massamagrell (Valencia) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

Antecedentes.

PRIMERO.- Por acuerdo plenario de fecha 28 de diciembre de 1995 el Ayuntamiento de Massamagrell aprobó los pliegos de condiciones que regirían la contratación de la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable, en la modalidad de concesión.

SEGUNDO.- Por acuerdo plenario de fecha 28 de marzo de 1996, el Ayuntamiento acordó adjudicar el referido contrato a la mercantil Aguas de Valencia, S.A.

TERCERO.- El contrato fue suscrito el 15 de julio de 1996, por un plazo máximo de diez años a contar desde la notificación de la adjudicación (cláusula IV del pliego).

"IV.- Plazo de la concesión. - La concesión se otorgará por un plazo máximo de 10 años a contar desde la fecha de notificación de la adjudicación del concurso. "

En la cláusula tercera del contrato se concreta que su vigencia se inicia el día 1 de abril de 1996, por lo que el próximo mes de abril de 2006, habrán transcurrido los 10 años de su plazo de duración.

CUARTO.- La naturaleza jurídica del contrato, de conformidad con la cláusula III del pliego, es de concesión administrativa, conforme al apartado a), del párrafo 2 del artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

"III. - Naturaleza jurídica del contrato. - El contrato que se perfeccione constituirá una concesión administrativa para la subsiguiente adaptación y puesta a punto de infraestructuras e instalaciones y gestión del servicio, conforme al apartado a), del párrafo segundo del art. 114 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 157, a) de la LCAP. "

QUINTA.- Durante el periodo de vigencia del contrato se han acometido determinadas inversiones para adaptar y mantener las infraestructuras del servicio. La empresa adjudicataria nos dice que no han podido ser amortizadas en el periodo inicial de vigencia del contrato

Según informe del técnico municipal de 8 de febrero de 2006, las inversiones han sido objeto de amortización periódica hasta completar cifras próximas a su totalidad, pendiente del cierre contable que se produzca en la cuenta de explotación a la finalización del contrato.

La aplicación del citado coste y restantes y debido a unos ingresos menores de los necesarios desde el punto de vista de equilibrio económico, por previsión de usuarios, etc, ha conducido a un déficit de tarifa.

En este sentido queremos señalar que en los últimos años el Ayuntamiento de Massamagrell, anualmente ha venido aplicando el IPC al incremento de las tarifas, siendo ello reiteradamente protestado por la adjudicataria, especialmente respecto a los años 2004 y 2005, al ser dicho incremento tarifario inferior a los aprobados por la Dirección General de Industria y Comercio de la Generalitat Valenciana, con lo que según aduce, no se consigue mantener el equilibrio económico de la gestión del servicio de Agua Potable y recuperación del déficit acumulado.

SEXTA.- Por otra parte, la empresa adjudicataria nos ha informado que el agua de los pozos del Ayuntamiento tiene graves problemas de calidad ya que, los excesos de nitratos que presenta, son

superiores a los máximos permitidos por la OMS y por la legislación española, por lo que propone la necesidad de acometer determinadas obras de forma inmediata para garantizar la adecuada prestación del servicio y la calidad sanitaria de las aguas de consumo humano.

El Ingeniero Industrial municipal en el informe antes referido señala:

Respecto de la necesidad de acometer inversiones, en base de información del organismo regulador del sistema hídrico nacional, que informa sobre la delicada situación en la que se encuentra la disponibilidad de caudales de agua que garanticen la dotación del suministro de agua, y como medida de prevención por tratarse de un servicio básico, deberían de acometerse de forma inmediata, obras que posibiliten, en caso de resultar necesario, el uso de la captación municipal de Germanells, mediante su adecuada potabilización. Siendo el periodo estimado de preparación, publicación, concurso, informe y adjudicación de al menos 6 meses.

A la vista de los antecedentes expuestos, se plantea la siguiente CONSULTA

Primero.- ¿ Sería jurídicamente admisible que, el Ayuntamiento, en uso del ius variandi y, por motivos de interés público, prorrogue el contrato de concesión por el tiempo indispensable como medida compensatoria frente a los desequilibrios económicos que se hubieran podido producir en la concesión?

Segundo.- ¿Es jurídicamente admisible que, el Ayuntamiento, en uso del ius variandi y, por motivos de interés público a la vista del informe técnico, modifique el contrato al objeto de que se acometan de forma inminente las obras necesarias y prorrogue el mismo por el tiempo indispensable para amortizar vía tarifa las inversiones que se realicen por la adjudicataria?

Se acompañan para mejor comprensión de la cuestión planteada los siguientes documentos:

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de mayo de 2005.
- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Contrato administrativo, de fecha 15 de julio de 1996
- Informes del Ingeniero Industrial Municipal de fechas 7 y 8 de febrero de 2006
- Escrito de Aguas de Valencia, SA con registro de entrada 7103, de 14 noviembre 2005.

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo la siguiente documentación:

- a) Pliego de cláusulas administrativas particulares, al que se adjunta, aunque no se menciona, el pliego de condiciones técnicas.
- b) Contrato administrativo de fecha 15 de julio de 1996.
- c) Sentencia que expresamente se cita como de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de mayo de 2005, cuando en realidad se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de la indicada fecha, resolviendo recurso de casación contra sentencia de 28 de noviembre de 2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Superior de Justicia de Galicia.
- d) Informes sobre la cuestión suscitada del Ingeniero Industrial Municipal de fechas 7 y 8 de febrero de 2006
- e) Escrito de Aguas de Valencia, S.A. de 14 de noviembre de 2005.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones expresamente planteadas –posibilidad jurídica de prorrogar el contrato como medida compensatoria frente a los desequilibrios

económicos que se hubiesen producido y de modificar el objeto del contrato a fin de que se acometan de forma inmediata las obras necesarias y prorrogar en consecuencia su duración, hay que empezar por reiterar los criterios de esta Junta expuestos en el sentido de que a la misma no le corresponde informar los concretos expedientes de contratación de las Entidades Locales, ni sustituir la función de informe o resolución que corresponde a los propios órganos del Ayuntamiento.

En este sentido, es evidente que no corresponde a la Junta el examen de la voluminosa documentación remitida para determinar si se ha producido un desequilibrio económico en la ejecución del servicio, su cuantía y determinar si las obras, cuya ejecución, al parecer resulta necesaria, deben ser a cargo del Ayuntamiento o del concesionario, lo que habría de ser resuelto de conformidad con las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y con el documento de formalización del contrato.

Por ello, la intervención de esta Junta, por vía de informe, debe limitarse a señalar criterios sobre la posibilidad de prórroga y modificación del contrato, destacando los hechos más relevantes a efectos de determinar tal posibilidad.

2. Por lo que respecta a la posibilidad concreta de prorrogar o modificar el contrato, hay que remitirse al informe de esta Junta de 17 de marzo de 1999 (expediente 47/98) en el que literalmente se manifestaba lo siguiente:

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

Por ello, añadimos ahora que la prórroga del plazo de la concesión para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión no puede aplicarse a supuestos de gestión del servicio público de agua potable a que se refiere el presente expediente.

3. Por lo que respecta, ya no a la prórroga, sino a la modificación del contrato, parece oportuno remitirse a los criterios de esta Junta reflejados en el informe de 12 de marzo de 2004 (expediente 50/03) y los que en el mismo se citan, expuestos en el sentido negativo en relación con la posible modificación de los contratos de gestión de servicios públicos por las siguientes razones:

“En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que, aparte de los requisitos formales a que se sujetan, tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público, expresando el primero que “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente” y el segundo –el artículo 163- en el mismo sentido que “la Administración podrá

modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce” (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)”.

4. En el presente informe debe señalarse que el contrato se adjudicó por un plazo de diez años, que vence el 1 de abril de 2006, sin que en los pliegos ni en el documento de formalización del contrato esté prevista prórroga alguna, por lo que debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la realización de obras en período de prórroga no prevista puede ser un sistema de eludir el plazo taxativo de duración del contrato de diez años, cuando dado el inminente vencimiento del contrato, dichas obras pueden ser encajadas en el nuevo contrato que necesariamente se ha de adjudicar.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que sin ser de su competencia analizar si se ha producido desequilibrio económico en la concesión, ni si las obras a realizar deben ser a cargo del Ayuntamiento o de la empresa concesionaria, debe mantener que la prórroga del contrato no prevista en el mismo no puede ser utilizada para mantener el equilibrio económico financiero de la concesión, ni para realizar obras que, aunque sean necesarias, deben tener su encaje en el nuevo contrato a celebrar, dado el inminente vencimiento del actualmente en vigor.