



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **48/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 27 de febrero de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Totana, mediante oficio registrado el día 15 de diciembre de 2011, sobre interpretación del contrato de gestión de servicios públicos de abastecimiento de agua potable a domicilio y de alcantarillado, con la mercantil -- (expte. **285/11**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 1997 el Pleno del Ayuntamiento de Totana adjudicó a -- el contrato de gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y de alcantarillado, mediante concesión, contrato que fue suscrito el 7 de agosto de 1997.

La Cláusula Octava, por su parte, establece que la concesionaria *"incluirá de forma gratuita en los recibos emitidos a los usuarios de los servicios adjudicados, las cuotas de la tasa por la prestación del servicio de recogida de basuras, ingresando quincenalmente al Ayuntamiento de Totana, en la forma determinada por éste, el importe correspondiente con la adecuada aplicación por conceptos, períodos y ejercicios"*.

SEGUNDO.- El Pliego de Condiciones recoge entre otras prescripciones las siguientes:

a) El contrato podrá prorrogarse por períodos de dos años, hasta un máximo de cinco períodos de prórroga, si no media denuncia expresa por alguna de las partes con un año de antelación al vencimiento (Cláusula Tercera).

b) El régimen económico financiero de la concesión parte de la consideración de que las tarifas de los servicios y la oferta del concesionario, con expresa previsión de los cánones a pagar al Ayuntamiento son suficientes para amortizar el establecimiento de los servicios y cubrir los gastos de explotación del mismo, con un margen normal de beneficio industrial (Cláusula Novena).

La retribución del concesionario está constituida por las tasas y precios públicos que debe recibir de los usuarios, las contribuciones especiales y, en su caso, por las subvenciones necesarias para mantener el equilibrio económico de la concesión (Cláusula Décima), previéndose asimismo fórmulas de revisión de la retribución del concesionario.

c) La Cláusula Decimotercera se destina a regular el canon inicial, el canon anual correspondiente a cada año de vigencia y que se calcula a partir del inicial según las previsiones de funcionamiento, y el canon total (suma de los cánones anuales durante la vigencia del contrato). En caso de prórroga, el Ayuntamiento determinará el canon de prórroga. Asimismo, se prevé la existencia de un canon por revisión y uno complementario (si los metros cúbicos facturados se incrementan en más de un 25% sobre los existentes al comienzo de la prestación de los servicios).

La Cláusula Primera del contrato cifra el canon total a abonar por la concesionaria, correspondiente a los 25 años de duración del contrato, en 820.022.607 pesetas (4.928.435 euros), que se abonan con anterioridad a la firma del contrato, conforme a la Cláusula Decimocuarta del Pliego.

d) La Cláusula Decimoséptima del Pliego asigna al Ayuntamiento, entre otras, las potestades de alterar la forma de retribución del concesionario, *"sin perjuicio de los derechos del concesionario para el caso de modificaciones sustanciales"*, y de interpretar el Pliego y el contrato.

Entre las obligaciones del Ayuntamiento se establece la de mantener el equilibrio financiero de la concesión conforme a lo establecido en el Pliego.

e) La Cláusula Decimonovena, letra g), del Pliego tipifica como falta grave del concesionario *"no ingresar en el Ayuntamiento el importe del coste del agua adquirida por éste, con la antelación precisa para su puntual abono al suministrador de la misma, en los plazos convenidos"*.

TERCERO.- Con fecha 28 de enero de 2008, Ayuntamiento y concesionaria firman un convenio por el que se pone fin a una situación litigiosa surgida en relación con una compensación equivalente al 14,5% de la facturación de los servicios contratados que el Ayuntamiento reconoció a la concesionaria en convenio de fecha 20 de febrero de 2003, que no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico. Tampoco obra en él la Orden de Servicio 22/2007, de 26 de julio, que, al parecer, incide sobre esta cuestión.

Por el convenio de 28 de enero de 2008, la concesionaria renuncia a la indicada compensación económica y el Ayuntamiento "retira" la Orden de Servicio, desistiendo ambas partes en los distintos procesos judiciales iniciados en defensa de sus respectivos intereses.

El convenio también recoge la aceptación por parte del Ayuntamiento de la oferta de la concesionaria para desarrollar un plan de inversiones en los servicios contratados, por importe de 1.856.000 euros (con una desviación posible del 5%), para la realización de las obras que el Ayuntamiento señale a la contratista, realizadas en exclusiva por --, a los precios que se establezcan en el proyecto elaborado por ésta y consensuado con el Ayuntamiento.

La Cláusula Cuarta del convenio establece modelos y normas reguladoras para la liquidación, recaudación e ingreso de la tasa por la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y para la liquidación de los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado.

En relación con la tasa por recogida de residuos, incluida en los recibos del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, aquélla deberá figurar íntegramente expresada en los Padrones cobratorios que presente la concesionaria a la aprobación del Ayuntamiento antes de su puesta al cobro. Del importe íntegro de la tasa, -- *"deducirá un 5% en concepto de gastos de imposible o difícil cobro así como gastos financieros por adelanto del ingreso, siendo el 95% restante la cantidad que -- ingresará en la tesorería municipal..."*

CUARTO.- Con base en el convenio de 28 de enero de 2008, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de junio de 2009, se insta a la concesionaria a elaborar un plan de inversiones para solventar las deficiencias y necesidades que presenta el servicio de abastecimiento de aguas y alcantarillado.

En respuesta a dicho requerimiento, por escrito de 23 de julio de 2009, la concesionaria presenta un plan de inversiones por valor de 3.800.000 euros, que abarcaría desde 2012 a 2032, para lo que sería necesario prorrogar el contrato hasta el máximo previsto (diez años), correspondiendo a la concesionaria abonar un canon adelantado de 6.200.000 euros, si bien propone compensar con cargo a dicho canon la deuda del Ayuntamiento con la concesionaria derivada de otro contrato de gestión de servicios públicos del que, al parecer, también es adjudicataria (el de recogida de residuos sólidos urbanos) y que asciende a 3.761.000 euros.

Asimismo cuantifica los umbrales de facturación anuales correspondientes a los años comprendidos entre 2009 y 2032, de forma que si la facturación real obtenida por la prestación del servicio es inferior a la estimada como umbral, la diferencia entre ambas cantidades será el saldo favorable a la concesionaria y, si la facturación real es superior, el beneficio estimado correspondiente a ese incremento de facturación será el saldo favorable al Ayuntamiento.

La propuesta de la empresa recibe los informes favorables de la Ingeniera Técnica de Obras Públicas y de la Secretaria de la Corporación, ambos de 24 de julio de 2009. La Intervención Municipal, sin embargo, califica el escrito de la empresa como propuesta de modificación contractual, por lo que

debería seguir los trámites establecidos para ello, al tiempo que señala la imposibilidad de deducir del canon concesional derivado de la prórroga el importe de la deuda derivada de otros contratos, en aplicación del principio de presupuesto bruto que recoge la legislación reguladora de las haciendas locales (informe de 27 de julio de 2009).

QUINTO.- Con fecha 30 de julio de 2009, el Pleno acepta la oferta de la concesionaria y adopta los siguientes acuerdos:

a) Prorrogar la vigencia del contrato por un período de 10 años, hasta el año 2032, en base a las Cláusulas Tercera y Decimotercera del Pliego "y a lo descrito en el cuerpo del escrito presentado por --".

b) Aceptar el canon de prórroga adelantado por importe de 6.200.000 euros, a abonar por la empresa.

c) Aceptar el plan de inversiones.

SEXTO.- Con base en el anterior acuerdo plenario, se firma entre el Ayuntamiento y la contratista, el 23 de septiembre de 2009, una adenda al contrato que contiene los siguientes acuerdos:

a) Prorrogar la vigencia del contrato hasta 2032, en base a las Cláusulas del Pliego que se indican "y de conformidad con el escrito presentado por -- en fecha 23 de julio de 2009".

b) El canon adelantado de 6.200.000 euros, se entrega por -- en concepto de canon de prórroga y de canon por revisión de tarifas (por la modificación de tarifas que supere en un 8% a la cantidad que resulte de aplicar la fórmula polinómica contenida en el Pliego "y cumplimiento de los restantes términos del escrito referido"). El indicado canon "será abonado por -- a la firma de la presente adenda (se adjunta anexo sobre las normas económicas financieras aplicables)".

c) Aceptar el plan de inversiones, que se desarrollará con la supervisión del Ayuntamiento, que podrá encomendar al concesionario la ejecución y financiación de las obras, siendo abonadas por la Corporación.

d) Saldar y liquidar la deuda del Ayuntamiento con la concesionaria derivada de otros contratos, mediante el abono por la Corporación de 1.146.622,05 euros, que se entrega a la concesionaria de forma simultánea al ingreso por ésta del canon adelantado por importe de 6.200.000 euros.

e) Desistir mutuamente de los procesos judiciales instados sobre asuntos objeto de la adenda.

La adenda al contrato cuenta con un anexo de normas económico-financieras aplicables a la prórroga y al canon adelantado, anexo al que se remite de forma expresa el acuerdo segundo de la adenda, en el que se expresa que ambas partes consideran que se ha alcanzado el equilibrio económico de la concesión con la revisión tarifaria habida en 2008, debiendo compensarse a la concesionaria por el incremento del precio en alta del agua decidido por la Mancomunidad de Canales del Taibilla, desde el momento en que éste se produjo (1 de enero de 2008) y hasta que entren en vigor las nuevas tarifas por la prestación del servicio concedido. Se establecen, además, los umbrales de facturación que habrán de alcanzarse cada año de explotación del servicio (desde 2009 hasta 2032) para que se considere alcanzado el equilibrio económico de la concesión en cada año, determinando saldos favorables para una u otra parte, según sea el volumen de facturación real alcanzado. El apartado e) del aludido anexo es del siguiente tenor literal:

"e) Los saldos resultantes serán compensados mediante su imputación en las liquidaciones del servicio de abastecimiento de agua potable y de saneamiento/alcantarillado que trimestralmente debe presentar --, aplicándolos en el haber de la parte correspondiente. En el caso de saldo favorable para el concesionario, se le autoriza para compensar el saldo a su favor con todas las cantidades que constituyen su haber en las referidas liquidaciones, incluyendo el producto de lo recaudado por cuenta del Ayuntamiento por la tasa de recogida de RSU".

Si bien la adenda al contrato está firmada por la Alcaldesa y la Secretaria de la Corporación, así como por el representante de la concesionaria, el anexo de normas económico-financieras no lo está, y figura en él una diligencia de la Secretaria en la que hace constar que *"este documento no lo firmo porque no fue aprobado por el Pleno su contenido"*.

SÉPTIMO.- El 22 de noviembre de 2011, la Secretaria de la Corporación emite informe relativo a las consecuencias jurídicas que derivan de haber dejado -- de ingresar en la tesorería del Ayuntamiento la tasa cobrada a los usuarios por el servicio de recogida de basuras. Se argumenta en el informe que dicha tasa ha de ser ingresada al Ayuntamiento por la concesionaria por así establecerse en el contrato (Cláusula Octava) y en el posterior convenio de 28 de enero de 2008, así como en atención a la naturaleza tributaria de la tasa, que en tanto que ingreso de derecho público ha de ser ingresada en su totalidad en las arcas municipales, y cuya recaudación no puede recaer en el concesionario de la gestión de un servicio público, máxime cuando -- no presta el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, sino los de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Considera que la mercantil ha de proceder a ingresar inmediatamente el importe de lo recaudado por la tasa de recogida de basuras y, de incumplir esta obligación, podría dar lugar a la incoación de un expediente sancionador y a la resolución del contrato.

Se afirma, asimismo, en el informe que no se aprobaron por el Pleno del Ayuntamiento de 30 de julio de 2011 (es un error, en realidad la fecha corresponde al año 2009), los umbrales de facturación ni la

posibilidad de que el concesionario se pudiera quedar en su haber el producto de lo recaudado por cuenta del Ayuntamiento por la tasa de recogida de residuos sólidos. Tales extremos, contenidos en el escrito formulado por la concesionaria al presentar el plan de inversiones, tampoco fueron objeto de firma en la adenda al contrato de fecha 23 de septiembre de 2009, por no haber sido aprobados por el Pleno. No obstante, considera que si de los términos de la adenda pudiera interpretarse que se habilita a -- a quedarse con el importe de lo recaudado por la tasa de basuras, debería incoarse un expediente para declararla nula.

Finaliza el informe señalando la procedencia de dar audiencia al contratista y traslado del expediente a este Consejo Jurídico.

OCTAVO.- También el 22 de noviembre evacua informe la Intervención Municipal. En él se pone de manifiesto cómo en abril de 2011 la concesionaria insta al Ayuntamiento a abonarle un importe de 1.194.049,86 euros en concepto de saldo resultante de las liquidaciones trimestrales del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado hasta el 31 de diciembre de 2010. En dichas liquidaciones la empresa incluye un concepto denominado "*diferencia entre umbral y facturación real*", que corresponde a una supuesta obligación del Ayuntamiento de abonar a la concesionaria una cantidad en caso de no alcanzar la facturación real un determinado volumen. Según la Intervención, los umbrales de facturación aplicados por la empresa para efectuar sus cálculos no han sido aprobados ni reconocidos por el Ayuntamiento. De no aplicar dicho concepto, resultaría un saldo a favor del Ayuntamiento de 2.333.520,49 euros.

La dotación presupuestaria necesaria para atender las obligaciones derivadas de la adenda de 23 de septiembre de 2009, para el ejercicio 2012, asciende, según la empresa, a 5.868.893,87 euros.

Asimismo, informa el Interventor que le consta que la concesionaria retiene pagos al Ayuntamiento por las facturas del abastecimiento de agua potable de la Mancomunidad de Canales del Taibilla, de forma injustificada.

Concluye el informe recordando el carácter de ingreso de derecho público de la tasa por recogida de basuras y la improcedencia de que su recaudación se efectúe por un concesionario de servicios públicos.

NOVENO.- El 24 de noviembre de 2011, el Pleno aprueba la propuesta formulada por la Concejala de Hacienda de adopción de los siguientes acuerdos:

a) Requerir a la concesionaria el reintegro de los importes recaudados en concepto de tasa por la recogida de residuos sólidos urbanos, más los intereses correspondientes "*desde el inicio de la compensación indebida de los mismos*", debiendo ingresarlos en el Ayuntamiento antes del 31 de

diciembre de 2011.

b) Requerir a la concesionaria el pago correspondiente a las facturas de la Mancomunidad de Canales del Taibilla que se encuentren vencidas, más los intereses legales *"desde el inicio de la retención indebida de las mismas"*, debiendo hacerlo antes del 30 de noviembre de 2011.

c) Si no se cumplen los anteriores requerimientos, incautar las fianzas depositadas por la concesionaria para garantizar la prestación del servicio.

d) Plantear la nulidad de la adenda al contrato del *"servicio del ciclo integral del agua"* (sic), de fecha 28 de enero de 2008, en cuya virtud la concesionaria deduce un 5% de la tasa de recogida de residuos sólidos urbanos en concepto de gastos de difícil o imposible cobro así como gastos financieros por adelanto del ingreso, al resultar las tasas ingresos de derecho propio de las Corporaciones Locales.

e) Plantear la nulidad de la adenda al contrato de 23 de septiembre de 2009, según la cual, la concesionaria *"pretende establecer unos umbrales de facturación anuales claramente nulos de pleno derecho a los intereses económicos"* del Ayuntamiento, *"además de permitir la compensación a su favor de todas las cantidades que constituyen su haber en las referidas liquidaciones, incluyendo el producto de lo recaudado por cuenta del Ayuntamiento por la tasa de recogida de residuos sólidos urbanos"*.

f) Estudiar otras medidas en caso de incumplimiento de los anteriores acuerdos.

g) Notificar a la concesionaria el fin de la recaudación de la tasa por recogida de residuos a partir del 1 de enero de 2012, fecha a partir de la cual se realizará por la Oficina de Recaudación Municipal.

DÉCIMO.- El mismo 24 de noviembre tiene entrada en el Ayuntamiento un escrito de alegaciones de la concesionaria en el que afirma que, debido a las grandes cantidades que el Ayuntamiento le adeuda por el incumplimiento generalizado de sus obligaciones contractuales, *"tanto las facturas por compra de agua en alta como el producto de lo recaudado por la tasa de recogida de residuos sólidos urbanos se incluyen en estas liquidaciones para compensar sólo parcialmente los saldos muy desfavorables a -- resultantes de las mismas"*. Considera que el Ayuntamiento no puede obligar al concesionario a ingresar dichas cantidades en la tesorería municipal impidiéndole utilizar el mecanismo de la compensación de deudas.

Manifiesta, asimismo, que a pesar de que el anexo a la adenda de 23 de septiembre de 2009 donde se establecen los umbrales de facturación no esté firmado, ello no impide considerarlo aprobado, porque tanto el acuerdo plenario de 30 de julio de 2009 como la propia adenda de 23 de septiembre, firmada

por el Alcalde y la Secretaria, asumen el escrito de -- que los contempla y porque incluso la adenda se remite expresamente al anexo de normas económicas financieras aplicables.

UNDÉCIMO.- Con fecha 5 de diciembre de 2011 se notifica a la concesionaria el acuerdo plenario de 24 de noviembre anterior, indicándose en dicha notificación que *"de dicho acuerdo se le concede a la mercantil -- (sic) trámite de audiencia, por un plazo de 10 días naturales para la presentación de alegaciones. Así mismo se remite expediente completo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia para que emita Dictamen en el expediente de interpretación del contrato"*.

DUODÉCIMO.- El 15 de diciembre se recibe en el Consejo Jurídico solicitud de Dictamen, que es del siguiente tenor:

"Por medio del presente, le doy traslado del expediente relativo al contrato..., respecto del cual la Administración ha ejercido su potestad de interpretar, (en base al art. 60 de la Ley 13/95), en los siguientes términos:

a) De la documentación obrante en el expediente, (...) se desprende que -- no puede quedarse en su haber con el importe de las cuotas de la tasa de recogida de residuos sólidos, debiendo proceder a ingresar este importe a las arcas municipales.

b) En el caso de que -- no cumpla con su obligación en los plazos establecidos, estaríamos ante el incumplimiento de una obligación del contrato que podría dar lugar a iniciar un procedimiento para resolver el contrato por causa imputable al contratista.

c) En el supuesto de que en base al principio de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica pudiera interpretarse que la adenda formalizada el 23 de septiembre habilita a -- (a) quedarse en su haber el importe de las cuotas recaudadas por la tasa de recogida de residuos sólidos debe incoarse un expediente para declarar nula dicha adenda por ser contraria a derecho esta interpretación.

Por lo que en base a lo anteriormente expuesto solicito que se emita el correspondiente Dictamen".

DECIMOTERCERO.- El 15 de diciembre de 2011, la concesionaria presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifiesta que:

a) Se le confiere trámite de audiencia en un procedimiento no iniciado formalmente y por un plazo

inferior al legal.

b) El acuerdo plenario de 24 de noviembre formula requerimientos de inmediato cumplimiento para la concesionaria, por lo que debía ofrecer la posibilidad de recurso.

c) El referido acuerdo, que supone el desconocimiento de derechos de la concesionaria reconocidos en el contrato, se habría adoptado con omisión del preceptivo procedimiento de modificación contractual o de revisión de actos declarativos de derechos, por lo que sería nulo de pleno derecho.

Se opone, por tanto, al requerimiento de reintegro de las cantidades recaudadas en concepto de tasa de recogida de basuras y de las correspondientes a las facturas que, por suministro de agua, emite la Mancomunidad de Canales del Taibilla, con las cuales -- ha venido compensando las deudas de las que era acreedora frente al Ayuntamiento. Del mismo modo, formula oposición frente al desconocimiento por parte del Ayuntamiento, tanto de un derecho contractual como es el de gestionar la recaudación de la tasa por recogida de basuras, como de los umbrales de facturación aceptados por la Administración.

d) Que si se modificara el contrato para privar a la concesionaria de los derechos a los que se refiere el acuerdo, ello determinaría la extinción del contrato con la correspondiente indemnización al contratista de daños y perjuicios y el reintegro del canon.

e) Inobservancia de los trámites propios del procedimiento de interpretación contractual, remitiendo el expediente al Consejo Jurídico antes de permitir al contratista formular alegaciones.

f) No identificación del alcance del acuerdo plenario, pues en él, además de los requerimientos de eficacia inmediata dirigidos al contratista, parece que se plantea adoptar acuerdo de nulidad. No obstante, no se precisa si, al aceptar el Pleno la propuesta de la Concejal de Hacienda, está acordando directamente la nulidad propuesta, lo que determinaría la nulidad del acuerdo mismo por adoptarse con omisión del procedimiento establecido, o bien iniciar el procedimiento de nulidad, en cuyo caso no se identifican las causas de nulidad que se invocan, lo que limita las posibilidades de defensa de la concesionaria.

g) Subsidiariamente, se formula recurso de reposición frente al acuerdo plenario, en la medida en que pudiera considerarse que los requerimientos realizados a la concesionaria tienen eficacia inmediata sobre sus derechos contractuales.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 22 de diciembre de 2011, la Secretaria Municipal informa sobre las alegaciones formuladas por la concesionaria. Se insiste en el informe en que el acuerdo plenario de 24

de noviembre lo es de interpretación del contrato, no de modificación contractual ni revisorio de actos declarativos de derechos, afirmándose que *"de no compartir el sentido de la interpretación dada al contrato debería de iniciarse un procedimiento de declaración de nulidad ante la imposibilidad de que -- pueda quedarse en su haber con el importe de lo recaudado por la tasa de recogida de residuos sólidos"*, o deduzca determinados porcentajes de dicha recaudación, dada la naturaleza tributaria de dichos ingresos.

Insiste, por tanto, en los argumentos de su informe de 22 de noviembre de 2011 (Antecedente Séptimo de este Dictamen), singularmente en el hecho de que los umbrales de facturación propuestos por la concesionaria y la posibilidad de que ésta se quede en su haber con lo recaudado en concepto de tasa de basuras, no llegaron a ser aprobados por el Pleno, por lo que no constituyen un derecho contractual de la concesionaria.

Tampoco puede quedarse la concesionaria en su haber con el importe correspondiente a las facturas de la Mancomunidad de Canales del Taibilla a través de compensación, pues ésta no se produce de forma unilateral y automática, sino previo expediente, iniciado de oficio o a instancia de parte, previos los informes correspondientes y con la aprobación del órgano competente.

DECIMOQUINTO.- El 29 de diciembre, el Pleno acuerda desestimar las alegaciones formuladas por la concesionaria, en base a la fundamentación jurídica del informe de la Secretaria, y remitir certificado del acuerdo al Consejo Jurídico, que se recibe en este Órgano Consultivo el 5 de enero de 2012.

DECIMOSEXTO.- El 13 de enero de 2012 la concesionaria solicita audiencia ante este Órgano Consultivo, a lo que se accede por Resolución del Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 16 de enero, compareciendo un representante de la mercantil interesada dos días después y formulando escrito de alegaciones el 3 de febrero de 2012, dentro del plazo concedido al efecto.

Dichas alegaciones redundan en las efectuadas ante el propio Ayuntamiento, insistiendo en que no existe causa jurídica que justifique la nulidad de las adendas al contrato de fecha 28 de enero de 2008, que reconoce a la concesionaria el derecho a deducir un 5% sobre la recaudación de la tasa de recogida basuras, y de 23 de septiembre de 2009, que establece los umbrales de facturación y el derecho de la mercantil interesada a compensar las deudas del Ayuntamiento para con la concesionaria con el importe de la recaudación de la aludida tasa.

Considera, asimismo, que el Ayuntamiento no ha esperado para ejercitar su potestad de interpretación del contrato al Dictamen del Consejo Jurídico, sino que se ha anticipado al mismo al dictar el acuerdo plenario de 24 de noviembre, en el que se realizan requerimientos económicos a la concesionaria que desconocen derechos de la misma sin haberlos dejado previamente sin efecto, por lo que serían nulos de pleno derecho. Advierte, además, que, de hecho, el punto 3 del acuerdo ya se habría ejecutado, al dirigirse el Ayuntamiento a la entidad bancaria correspondiente para ejecutar la garantía definitiva depositada por la concesionaria.

En consecuencia, solicita que se declare la inadmisión de las pretensiones de nulidad del Ayuntamiento, con devolución del expediente y, subsidiariamente, que se desestime la concurrencia de causas de nulidad de los actos que constituyen el fundamento de los derechos de la concesionaria que el Ayuntamiento pretende desconocer.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo (LCJ), en concordancia con el 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la consulta se ha formulado, al menos formalmente y sin perjuicio de lo que se dirá en ulteriores consideraciones, en el seno de un procedimiento de interpretación del contrato administrativo, lo que convierte el presente Dictamen en preceptivo, al haberse formulado oposición por parte de la contratista.

SEGUNDA.- Competencia y régimen jurídico aplicable.

Ambas cuestiones ya fueron objeto de consideración por este Consejo Jurídico en Dictamen 82/2011, con ocasión de una consulta formulada por el Ayuntamiento de Totana en interpretación del mismo contrato y no cabe sino reiterarlas.

I. Competencia.

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional segunda LCSP), la interpretación de aquél corresponde también al Pleno (artículo 194 LCSP y 97.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RGCAP).

II. Régimen jurídico.

Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya interpretación se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y su reglamento, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (TRLCAP), y en la también Disposición transitoria primera de la LCSP. A tenor del artículo 60 LCAP, *"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 por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta"*. Con idéntica redacción se pronuncia el artículo 194 LCSP.

En cambio, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión.

En el supuesto sometido a consulta, este procedimiento de interpretación del contrato carece de un acto formal de incoación, si bien, las primeras actuaciones relativas al mismo que constan en el expediente se producen en fecha 22 de noviembre de 2011 (sendos informes de la Secretaria y el Interventor Municipal), por lo que a efectos de considerar la normativa aplicable al procedimiento habrá de entender que se trata de la LCSP y el vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGCAP), en lo que no se oponga a la citada Ley, toda vez que aún no había entrado en vigor (lo hizo el 16 de diciembre de 2011) el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

TERCERA.- El procedimiento de interpretación contractual y momento adecuado para formular consulta al Consejo Jurídico.

La consulta elevada a este Órgano Consultivo señala, literalmente, que se refiere al contrato en cuestión, *"respecto del cual la Administración ha ejercido su potestad de interpretar, (en base al art. 60 de la Ley 13/95), en los siguientes términos:..."*, y en la notificación a la contratista del acuerdo del Pleno de la Corporación de 24 de noviembre de 2011, que plasma la interpretación efectuada por el Ayuntamiento, se le comunica que se ha remitido el expediente al Consejo Jurídico *"para que emita Dictamen en el expediente de interpretación del contrato"*.

De lo expuesto cabe deducir que la voluntad del Ayuntamiento es, estrictamente, la de interpretar el contrato en los términos expuestos en su consulta, es decir, que: a) la concesionaria no puede quedarse con el importe de las cuotas de la tasa de recogida de residuos sólidos, debiendo proceder a su ingreso

en las arcas municipales; b) que si la contratista no cumple con su obligación en los plazos establecidos, estaríamos ante el incumplimiento de una obligación del contrato que podría dar lugar a iniciar un procedimiento para resolver el contrato por causa imputable al contratista; y c) que si se estima que la adenda formalizada el 23 de septiembre de 2009 habilita a la concesionaria a quedarse en su haber el importe de las cuotas recaudadas por la tasa de recogida de residuos sólidos, debe incoarse un expediente para declarar su nulidad por ser contraria a derecho esta interpretación.

Partiendo de esta premisa, procede efectuar las siguientes consideraciones:

I. El artículo 97 RGCAP somete la interpretación de los contratos a un procedimiento formalizado y contradictorio que consta de propuesta inicial de la Administración, audiencia de la contratista e informe del servicio competente, informes de la Asesoría Jurídica e Intervención, resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y su posterior notificación al contratista.

No obstante, cuando con ocasión del trámite de audiencia conferido a la contratista ésta muestre su oposición a la interpretación propuesta por la Administración, con carácter previo a la resolución ha de obtenerse el Dictamen del órgano consultivo correspondiente (195.3 LCSP), en este supuesto, el del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En tal caso, lo que ha de someterse al órgano consultivo, como verdadero objeto de la consulta, es una propuesta de resolución o de acuerdo interpretativo, formulada por el órgano competente para elevar tales propuestas al órgano de contratación y que carece de los efectos ejecutivos que el artículo 195.4 LCSP asigna a las resoluciones dictadas por este último y que culminan el procedimiento de interpretación contractual.

En el supuesto sometido a consulta, sin embargo, no se ha seguido este procedimiento. Así, al margen de contactos informales previos entre las partes a los que alude la concesionaria en su primer escrito de alegaciones ante el Ayuntamiento, no consta que la Administración haya formulado una propuesta interpretativa del contrato que, como acto iniciador del procedimiento, se haya sometido a la consideración de la contratista. En el expediente, por el contrario, únicamente figuran los preceptivos informes de la Asesoría Jurídica (entendiendo por tal el de la Secretaría del Ayuntamiento) y el de la Intervención, que preceden a una propuesta que la Concejal de Hacienda eleva al Pleno y que éste aprueba el 24 de noviembre de 2011.

Este acuerdo plenario no es ni la propuesta inicial que se somete a consideración de la contratista ni una mera propuesta de acto interpretativo, sino un verdadero acuerdo de interpretación del contrato finalizador del procedimiento, como se desprende de las siguientes circunstancias:

a) Ha sido adoptado por el propio órgano de contratación, el Pleno.

b) Los términos en los que se expresa el acuerdo, claramente interpretativos de las obligaciones que se desprenden del clausulado del contrato original y de las sucesivas modificaciones habidas en el mismo, efectúan requerimientos de actuación inmediata dirigidos a la contratista, concediéndole plazos breves para cumplimentarlos y advirtiéndole de las consecuencias jurídicas anudadas a la no atención de los mismos (incautación de fianza e, implícitamente, resolución del contrato). Estas características, presentes en los tres primeros apartados del acuerdo, permiten entender que el Ayuntamiento le confiere una virtualidad ejecutiva que sólo es predicable de los actos definitivos que ponen fin al procedimiento interpretativo.

De hecho, abunda en esta consideración de ejecutividad inmediata del acuerdo la brevedad de los plazos en él concedidos para que la contratista abonara al Ayuntamiento determinadas cantidades dinerarias (las correspondientes a lo recaudado por la tasa de recogida de basuras y las referidas a las facturas de la Mancomunidad de Canales del Taibilla), que serían adeudadas a la Administración en atención a la interpretación que del contrato y sus posteriores modificaciones (las en el expediente denominadas "adendas") realiza la propia Corporación Local. Incluso, en el caso del apartado segundo del acuerdo, era imposible la cumplimentación temporánea del requerimiento económico, toda vez que se establece como fecha límite para abonar el importe de las facturas de la Mancomunidad la de 30 de noviembre de 2011, cuando el acuerdo interpretativo no se notifica a la contratista hasta días después de esa fecha, el 5 de diciembre.

Asimismo, los propios actos del Ayuntamiento tras el vencimiento de los plazos de actuación concedidos a la contratista y ante el incumplimiento por parte de ésta de las obligaciones que se le requerían, también convergen en la inmediata ejecutividad de que la Corporación Local dota al acuerdo de 24 de noviembre de 2011. Y es que, afirma la concesionaria con ocasión de su audiencia ante el Consejo Jurídico, aunque no existe una acreditación documental de tal extremo en el expediente, que el Ayuntamiento *"se ha dirigido a la entidad bancaria correspondiente requiriéndole la ejecución de la garantía"*.

II. En la medida en que el contenido del acuerdo plenario de 24 de noviembre de 2011 coincide sustancialmente con los términos de la consulta elevada a este Consejo Jurídico, cabe considerar que ésta en realidad versa sobre una interpretación del contrato que ya ha sido fijada por el Ayuntamiento mediante un acuerdo adoptado por el órgano de contratación, acto que pone fin al procedimiento de interpretación y a la vía administrativa y que resulta inmediatamente ejecutivo por virtud del artículo 195.4 LCSP.

Ello determina que la consulta elevada al Consejo Jurídico lo haya sido de forma tardía y extemporánea, no procediendo, en consecuencia, la emisión de Dictamen sobre el fondo, sin perjuicio de efectuar expresa advertencia al Ayuntamiento acerca de las consecuencias que para la validez del tantas veces citado acuerdo interpretativo conlleva su adopción prescindiendo de un trámite esencial del procedimiento, como es el preceptivo Dictamen de este órgano consultivo, lo que determina su nulidad ex artículo 62.1, letra e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y, en consecuencia, la imposibilidad de convalidación mediante su posterior emisión (art. 67 LPAC). En este sentido, el

III. Considera el Consejo Jurídico que, en tanto que el acuerdo plenario de 24 de noviembre de 2011 está incurso, como se ha dicho, en causa de nulidad, procede que por el órgano competente del Ayuntamiento se proceda a dejar formalmente sin efecto dicho acto y las actuaciones que son consecuencia de él, como la ejecución de la garantía definitiva del contrato, si es que efectivamente se hubiera llevado a cabo.

Con ocasión del trámite de audiencia concedido a la concesionaria al notificarle el acuerdo de 24 de noviembre de 2011, la mercantil no sólo formula alegaciones frente al mismo, sino que solicita, además, que se tenga por interpuesto recurso de reposición contra el mismo, como pretensión subsidiaria para el caso de que el Ayuntamiento desestimara las primeras, como así ocurre, y se considerara, como en este Dictamen se sostiene, que el acuerdo notificado ya fuera ejecutivo. Dicho recurso no ha sido resuelto por el Ayuntamiento, que en el acuerdo plenario de 29 de diciembre de 2011 se limita a desestimar las alegaciones formuladas, guardando silencio respecto de la pretensión subsidiaria de la contratista.

Entiende el Consejo Jurídico que la estimación de este recurso permitiría declarar la nulidad del acuerdo de 24 de noviembre de 2011 y posibilitaría la tramitación de un nuevo procedimiento, esta vez sí ajustado a las normas rituarías aplicables.

CUARTA.- Actuaciones ulteriores posibles.

El Ayuntamiento, en tanto que Administración contratante, se encuentra investido de las prerrogativas que le confiere el artículo 60 LCAP (194 LCSP), y entre ellas las de interpretación y resolución de los contratos. Además, el artículo 65 LCAP (34 LCSP) atribuye al órgano de contratación la potestad de declarar nulo el contrato, de conformidad con los requisitos y plazos contenidos en la LPAC (artículo 102).

En el acuerdo de 24 de noviembre de 2011, como se ha indicado en consideraciones precedentes, prima el ejercicio de la facultad interpretativa de los contratos, si bien existen alusiones a la potestad revisoria (apartados cuarto y quinto) del órgano de contratación que contribuyen a generar una cierta confusión acerca de qué prerrogativa se está ejerciendo y, en consecuencia, sobre el alcance de lo acordado.

Una lectura atenta del tantas veces citado acuerdo revela que la única potestad que se ejercita de forma efectiva es la interpretativa, de modo que la nulidad de las adendas o modificaciones de 2008 y 2009 únicamente se plantea en el acuerdo como una mera posibilidad, lo que impide atribuirle efectos declarativos de la invalidez de las cláusulas incorporadas al contrato, ni de incoación del procedimiento

de revisión de oficio de las mismas.

Considera el Consejo Jurídico que, una vez dejado sin efecto el acuerdo de 24 de noviembre de 2011, y antes de incoar un eventual procedimiento de interpretación del contrato -en el que lo que se ha de establecer no es la posibilidad para las partes de incumplir, simple y llanamente, las cláusulas del contrato, sino determinar el alcance y sentido de las mismas ante la controversia que su aplicación genera-, el Ayuntamiento debe analizar la validez de las cláusulas incorporadas en las denominadas adendas, toda vez que de la fundamentación jurídica en que se basan los informes de la Secretaría e Intervención municipales parece desprenderse una clara contravención del ordenamiento hacendístico local.

Si de dicho análisis se deduce la invalidez de las modificaciones contractuales acordadas, lo procedente es acudir a los procedimientos legalmente establecidos para declararla, ya sea la revisión de oficio, si se considera que el vicio jurídico es incardinable en una de las tasadas causas de nulidad que establece el artículo 32 LCSP, ya la declaración de lesividad en caso contrario, si bien ésta ya no procedería frente a la adenda de 28 de enero de 2008, toda vez que se habría excedido ya el plazo máximo de cuatro años (art. 103 LPAC) en que puede efectuarse dicha declaración.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La consulta se ha formulado cuando ya se ha adoptado por el órgano de contratación un acuerdo interpretativo, que pone fin al procedimiento de interpretación contractual y resulta inmediatamente ejecutivo.

Dicho acuerdo, en la medida en que se ha adoptado con omisión de un trámite esencial, como es el Dictamen de este Consejo Jurídico, está incurso en causa de nulidad y procede dejarlo sin efecto, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se sugiere a la Administración consultante que, una vez dejado sin efecto el indicado acuerdo interpretativo, proceda como se indica en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.