



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 170/2012

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 19 de julio 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 12 de junio de 2012, sobre revisión de oficio para declarar la nulidad del Anexo contenido en la Adenda del Contrato de Gestión del Servicio Público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio (expte. 171/12), 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 de éste 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.

TERCERO.- El 28 de septiembre de 2007, -- y Ayuntamiento firman un convenio por el que éste reconoce a la primera una deuda de 6.700.000 euros derivada del contrato de gestión del servicio de recogida domiciliaria de basuras y limpieza de dependencias municipales, del que la indicada mercantil también era adjudicataria y resuelto el 21 de noviembre de 2005 de mutuo acuerdo.

El referido convenio establece la forma y plazos de pago de la cantidad adeudada.

CUARTO.- 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...".

QUINTO.- 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, fue en su día 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 de abastecimiento de agua 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 Secretaría 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).

SEXTO.- Con fecha 30 de julio de 2009, el Pleno adopta los siguientes acuerdos:

a) Prorrogar la vigencia del contrato por un período de 10 años, hasta el 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.

SÉPTIMO.- 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 indica 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"*.

OCTAVO.- El 3 de abril de 2012, el Ingeniero Técnico Industrial municipal emite informe acerca de los umbrales de facturación establecidos en la adenda al contrato. El informe realiza las siguientes consideraciones:

a) Los incrementos anuales previstos en el período 2009-2032 no están basados en un estudio estadístico.

b) Los umbrales se han establecido considerando unos incrementos anuales alternos de un 3 y un 8,5%, sin fundamento aparente.

c) Estadísticamente, el incremento anual de facturación varía entre un 1,06% (año 2010) y un 21,71 (año 2011), por lo que cualquier proyección de futuro está sometida a importantes desviaciones, máxime porque sobre la facturación y su incremento también incide el precio del agua en origen, que también varía con incrementos anuales comprendidos entre un 0 y un 15%.

d) "Establecer unos umbrales de facturación puede entenderse una pérdida del riesgo y ventura que afecta a todos los contratos y concesiones que rigen la Administración Pública, puesto que mermaría las obligaciones que tiene la concesionaria con relación al control de agua no registrada, esto es, no tendría la necesidad de establecer los medios materiales y humanos para reducir las pérdidas por subcontaje de contadores (renovación del parque de contadores), fraudes de agua por derivaciones ilegales (que supondría un incremento de los metros cúbicos facturados) y consumos sin contador (incremento de facturación), puesto que una reducción de la facturación quedaría compensada directamente por el umbral establecido de ese año".

NOVENO.- Con la misma fecha, la Secretaria de la Corporación emite informe en el que, con base en el Dictamen 48/2012 de este Consejo Jurídico, evacuado a solicitud del Ayuntamiento de Totana en el seno de un procedimiento de interpretación del contrato de constante referencia, considera que procede realizar las siguientes actuaciones:

a) Declarar nulo el acuerdo interpretativo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento el 24 de noviembre de 2011.

b) Iniciar procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo el Anexo de la adenda firmada el 23 de septiembre de 2009, con base en la causa de nulidad contemplada por el 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).

c) Iniciar procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo el apartado e) del indicado Anexo, por la causa del artículo 62.1, letra f) LPAC.

d) Iniciar procedimiento para declarar la lesividad del apartado c) (umbrales de facturación) del Anexo, por infringir el principio de equilibrio económico de la concesión, siendo lesivo para el interés público del Ayuntamiento.

e) Suspender cautelarmente la ejecución del apartado e) del Anexo.

DÉCIMO.- A propuesta de la Concejal de Hacienda y Contratación, el 4 de abril de 2012, el Pleno del Ayuntamiento acuerda actuar en los términos señalados en el referido informe y notificar dicho acuerdo a la concesionaria concediéndole plazo para presentar alegaciones.

UNDÉCIMO.- El 18 de abril la mercantil presenta alegaciones oponiéndose a la pretendida declaración de invalidez del Anexo, manifestando, en apretada síntesis, que:

- Las causas de nulidad de Derecho administrativo como las invocadas por el Ayuntamiento sólo son aplicables a los actos preparatorios y de adjudicación del contrato, no a su clausulado.

- Que en convenios de 2003 y 2008 se modificó el contrato y en tales modificaciones se reflejaba la habilitación a la concesionaria para la recaudación de la tasa por recogida de residuos sólidos, como de hecho ya recogía el contrato original.

- Que el anexo de normas económico-financieras de la adenda de 2009 sí encuentra fundamento en el acuerdo plenario a que aquélla responde.

- Que no justifica el Ayuntamiento qué requisitos legales no satisface el concesionario que impidan la aplicación de la compensación como modo extintivo de derechos y obligaciones recíprocas, en los términos del artículo 1195 y siguientes del Código Civil.

- En cuanto a la pretendida declaración de lesividad, no se justifica por el Ayuntamiento infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino únicamente se alude al carácter lesivo de los umbrales de facturación.

- Se opone a la suspensión cautelar de dichos umbrales.
- Si se declara la nulidad pretendida por el Ayuntamiento, que se resarza al concesionario de los daños y perjuicios que ello le depararía y que, de forma provisional, estima en unos 11 millones de euros.

DUODÉCIMO.- En contestación a dichas alegaciones, la Secretaria General del Ayuntamiento emite informe, rechazándolas y reiterando las mismas consideraciones contenidas en el informe que proponía el inicio del procedimiento de revisión de oficio.

DECIMOTERCERO.- A propuesta de la Concejal de Hacienda y Contratación, el Pleno, en sesión de 31 de mayo de 2012, acuerda desestimar las alegaciones de la concesionaria y formular propuesta de revisión de oficio "*del Anexo contenido en la Adenda firmada el 23 de septiembre de 2009, que lleva por rúbrica normas económicas financieras aplicables a la prórroga contractual y canon total adelantado, en base a lo establecido en el artículo 62 de la Ley 30/92, letra e), por haber sido incluidas a la adenda prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, no habiendo sido aprobadas por el Pleno de 30 de julio de 2009, ni firmadas por las partes intervinientes, ni existen razones de interés público inherentes a las modificaciones contractuales, incurriendo el apartado e) del anexo en la causa de nulidad prevista en el artículo 62, letra f) ya que en virtud de la misma -- se queda en su haber el importe de lo liquidado por la tasa de recogida de residuos sólidos, siendo actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, pues las funciones de gestión, liquidación, recaudación de las tasas están reservadas a la Administración, y más en particular al Tesorero/a municipal, que en ningún caso pueden recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, por tratarse de las actividades tributarias potestades públicas e integradas dentro de la actividad funcional, y en particular al Tesorero/a municipal*".

Del mismo modo, se suspende cautelarmente la ejecución del apartado e) del Anexo.

Subsidiariamente y para el caso de que no se considere viable la revisión de oficio, se formula propuesta para declarar la lesividad de los apartados c) y e) del Anexo de la adenda.

En el mismo acto se acuerda solicitar el presente Dictamen, suspendiendo la tramitación del expediente al amparo del artículo 42.5 LPAC.

El acuerdo fue notificado al concesionario el 8 de junio de 2012.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 12 de junio de 2012.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

La consulta formulada por la Alcaldesa se ampara de forma expresa en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y solicita la emisión de dictamen preceptivo sobre la propuesta de revisión de oficio para declarar la nulidad del anexo de la adenda de constante referencia. El precepto invocado en la consulta establece la preceptividad de la misma para poder declarar la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes.

Atendida la motivación de la nulidad pretendida y el objeto sobre el que la misma habría de recaer (parte del clausulado del documento en el que se formaliza una modificación contractual) y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca del mismo, considera el Consejo Jurídico que la consulta preceptiva encontraría mejor amparo en el artículo 12.7 de su Ley reguladora, que la prevé en los asuntos relativos a la nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista.

En cualquier caso y con independencia del precepto en que se fundamenta la consulta, lo cierto es que ésta versa sobre una revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de cláusulas de un contrato administrativo, lo que convierte este Dictamen en preceptivo.

No tiene ese carácter, sin embargo, la participación del Consejo Jurídico en los procedimientos de declaración de la lesividad de los actos administrativos previa a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, regulada en el artículo 103 LPAC, por lo que este Dictamen, solicitado como preceptivo, no se extenderá al análisis jurídico de la procedencia de dicha vía, planteada por la Corporación consultante como subsidiaria para el supuesto de ser inviable la revisión de oficio propuesta, sin perjuicio de que al estudiar las causas de nulidad invocadas por la Administración se realicen consideraciones que puedan orientar acerca de la posible concurrencia o no de causas de anulabilidad en los actos cuya validez se pone en cuestión en el presente procedimiento.

SEGUNDA.- Normativa aplicable y cuestiones procedimentales.

1. Vista la fecha de adjudicación del contrato, el régimen jurídico sustantivo de aplicación vendría constituido por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, 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, tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

No obstante, ha de advertirse que el objeto de la revisión no es el contrato originario, sino la formalización de una modificación operada en el año 2009, bajo la vigencia de la LCSP y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Es doctrina

del Consejo de Estado, por todos Dictamen 6258/1997, que el procedimiento a seguir será el establecido por las normas rituarias vigentes al momento de incoación del procedimiento de revisión de oficio; por el contrario, la determinación de las causas de nulidad alegadas habrá de sujetarse a las normas vigentes al momento de producirse los actos cuya revisión se pretende.

2. La potestad para la revisión de oficio en las Corporaciones Locales corresponde, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, al Pleno de la Corporación (Dictámenes 53.562, de 14 de noviembre de 1989; 1249/1993; 249/1994; 798/2004; y 613/2010, entre otros).

3. Si bien el expediente remitido al Consejo Jurídico adolece de importantes omisiones, en orden a evitar la indudable dilación que supondría requerir a la Corporación para que lo completara, se procede por este Órgano Consultivo a integrar dicho expediente con los ya obrantes en el Consejo y relativos al mismo contrato, remitidos con ocasión de sendos procedimientos de interpretación y resolución del mismo incoados por el Ayuntamiento consultante.

Tampoco se ha incorporado el preceptivo extracto de secretaría, que ha de acompañar a las consultas que se formulen al Consejo Jurídico, conforme a lo establecido en el artículo 46.2 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

TERCERA.- La nulidad del anexo al amparo de la causa establecida por el artículo 62.1, letra e) LPAC.

La propuesta de resolución formulada por el Ayuntamiento señala como objeto de la revisión el Anexo de la adenda al contrato, acordada el 23 de septiembre de 2009. Dicha adenda, según su propia denominación, constituye una modificación del contrato originario, fijando la prórroga de su duración, el canon adelantado correspondiente a dicha prórroga y el plan de inversiones a realizar por el concesionario durante la vigencia del contrato.

Según el Ayuntamiento, esa adenda constituye la formalización de la modificación operada en el contrato por el acuerdo plenario de 30 de julio de 2009, en el que se fijaron los términos de la modificación, y en él no se aprueba por el Pleno del Ayuntamiento el indicado Anexo, el cual, además, contiene estipulaciones contrarias al ordenamiento jurídico y al interés público de la Corporación.

Sin embargo, este planteamiento no es admisible, toda vez que la formalización de un contrato o, en el supuesto sometido a consulta, de la modificación contractual operada por el Pleno del Ayuntamiento ha de limitarse a hacer constar documentalmente el contenido de la modificación acordada por el órgano de contratación, pues si con ocasión de la formalización se introducen nuevas estipulaciones no acordadas por el órgano de contratación, aquélla se desvirtúa y cabe plantearse la eventual concurrencia de las siguientes causas de invalidez:

a) Una causa de invalidez de Derecho Civil (arts. 31 y 36 LCSP), para el supuesto de que la plasmación en la adenda de condiciones y estipulaciones contractuales no acordadas por el órgano plenario se debiera a un error, de modo que los firmantes de la referida adenda consideraran que las condiciones económicas financieras de la modificación sí habían sido aprobadas por el órgano de contratación. Ello, a lo sumo, podría dar lugar a un

eventual error en el consentimiento, aunque los requisitos que el artículo 1266 del Código Civil exige para su apreciación -que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran movido a celebrarlo y, además, según la jurisprudencia, que el error fuera inexcusable, lo que impide apreciar este vicio del consentimiento cuando el error se podría haber evitado con una normal diligencia- y las especiales características de la contratación administrativa y de los intervenientes en la misma la dificultarían en el supuesto sometido a consulta.

En cualquier caso, de conformidad con el artículo 36 LCSP, el procedimiento para hacer valer las causas de invalidez de Derecho Civil habrá de ajustarse al establecido para los actos y contratos administrativos anulables, lo que excluye la posibilidad de la revisión de oficio de actos nulos, que es el procedimiento utilizado por el Ayuntamiento consultante.

b) Una causa de nulidad de Derecho Administrativo. De aceptar las tesis de la propuesta, es decir, la introducción en la adenda de cláusulas no acordadas por el Pleno, nos encontraríamos en un supuesto en que el Alcalde, asistido de la Secretaría de la Corporación, habría realizado una modificación contractual no estando habilitado para ello, toda vez que dicha potestad únicamente corresponde al órgano de contratación (art. 202.1 LCSP y 102.1 LCAP). Dicha invalidez afectaría no ya al anexo, sino a toda la adenda, entendida como acto de modificación del contrato acordado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, al amparo de la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra b) LPAC.

Así lo entiende la STS, 3^a, de 24 de junio de 2004, que confirma la nulidad al amparo de dicha causa de un acto del Alcalde que declara extinguida una concesión, siendo dicha decisión competencia del Pleno de la Corporación. Del mismo modo, el Consejo de Estado, en Dictamen 3473/2001, entiende concurrente la causa de nulidad de manifiesta incompetencia cuando el Alcalde actúa en contra de lo acordado por el Pleno o, como señala en el número 1485/1993, invade competencias del órgano plenario.

Ahora bien, para poder apreciar la concurrencia de esta causa, las estipulaciones contenidas en la adenda firmada por el Alcalde, la Secretaría y el representante del concesionario habrían de ser efectivamente novedosas respecto de las aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento y no la plasmación concreta y específica de los derechos y obligaciones que vinculan a las partes como consecuencia de la modificación acordada por el órgano competente. Considera el Consejo Jurídico que esto último es lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta.

En efecto, al margen del anexo de normas económicas financieras que se adjunta a la adenda y que, por diligencia de la Secretaría Municipal, se afirma que no fue aprobado por el Pleno, en el cuerpo de la referida adenda existen menciones expresas e implícitas a las condiciones económicas que habían de regir la modificación y que se agrupan en el indicado anexo de normas económico-financieras. Así, al describir los antecedentes administrativos de la modificación contractual, se alude al escrito presentado por el concesionario a requerimiento de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento (acuerdo de 25 de junio de 2009) en el que se contiene un plan de inversiones para atender las necesidades del servicio y solventar las incidencias que venían surgiendo en el mismo y las condiciones para afrontar dicho plan de inversiones, que pasan por la prórroga del contrato, el establecimiento de umbrales de facturación y la autorización para compensar el saldo resultante de la liquidación de la prestación del servicio con las cantidades recaudadas por cuenta del Ayuntamiento por la tasa de recogida de residuos sólidos urbanos.

Que la modificación del contrato responde a tal oferta del concesionario es evidente, toda vez que la adenda, inmediatamente antes de referirse al acuerdo plenario de 30 de julio, señala textualmente que "se adjunta como

documento 2 a la presente Adenda, copia del mencionado escrito de --, con registro de entrada..., de fecha 23.07.2009, que se incorpora a la misma formando parte de su contenido con el carácter de elemento esencial para la determinación del alcance de los derechos y obligaciones de las partes".

Al referirse, a renglón seguido, al acuerdo plenario de 30 de julio de 2009 (antecedente quinto), la adenda afirma expresamente que el órgano de contratación "aceptó la solicitud formulada por -- en fecha 23 de julio de 2009, adoptando los siguientes acuerdos que se transcriben de forma literal: Primero. - Prorrogar la vigencia del contrato administrativo ..., por un período de diez años, desde el año 2012 hasta el 2032, en base a las Cláusulas... y a lo descrito en el cuerpo del escrito presentado por -- ...".

Este primer apartado del acuerdo plenario es reproducido como primer acuerdo de la adenda, señalando una vez más que la prórroga se adopta "de conformidad con el contenido del escrito presentado por -- en fecha 23 de julio de 2009".

El acuerdo segundo de la adenda, destinado a fijar el canon adelantado de 6.200.000 euros, "a que se refiere dicho escrito", finaliza con el siguiente inciso entre paréntesis: "(se adjunta anexo sobre las normas económicas financieras aplicables)".

Cabe apreciar, por tanto, que existen reiteradas referencias en la adenda a las normas económicas y financieras que habían de regir la vigencia prorrogada del contrato, bien de forma expresa, bien implícita, como parte inescindible del contenido de la oferta realizada por el concesionario, que se afirma por la propia adenda que es aceptada por el Pleno y que se incorpora al documento en que se formaliza la modificación contractual, formando parte de su contenido. Además, el propio acuerdo plenario recoge de forma expresa que la prórroga de la vigencia del contrato se acuerda en base a lo descrito en el cuerpo del escrito presentado por --.

En tales circunstancias, en las que no se produce una contradicción frontal entre la modificación plasmada en el acuerdo del Pleno de la Corporación y el documento de formalización firmado por Alcalde, Secretaria y concesionario, considera el Consejo Jurídico que más que una novación contractual operada por órgano manifiestamente incompetente (el Alcalde actuando en materias propias del Pleno en su condición de órgano de contratación), nos encontramos ante una formalización en documento administrativo de la modificación contractual (impuesta por los artículos 55 LCAP y 140 LCSP), en la que se refleja de forma expresa y específica el elenco de derechos y obligaciones recíprocas que corresponde a ambas partes como consecuencia de la modificación, con un significado próximo al que advirtió la STS de 18 de octubre de 1956 al declarar que "*el contenido de las cláusulas insertas en la escritura de formalización, en cuanto difiere de la redacción literal de las condiciones del concurso, sólo puede tenerse en cuenta como complemento y desarrollo de aquéllas, encaminado a la mejor puntualización de las condiciones pactadas, y no como su novación*" (citada por Garrido Falla, Fernando, en Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, Madrid, 1960, pág. 76). Se descarta, así, que se haya producido una modificación contractual por órgano manifiestamente incompetente, entendiendo por el contrario que nos encontramos ante una formalización de la modificación, que firma el Alcalde en representación del Ayuntamiento y conforme a lo acordado por el órgano de contratación.

Lo hasta aquí expuesto determina que tampoco pueda entenderse concurrente la causa de nulidad invocada por la propuesta de resolución para revisar el anexo en su totalidad, es decir, la omisión del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1, letra e) LPAC), por haber sido incluido aquél, sin su previa aprobación por el Pleno, ni firmado por las partes intervinientes.

CUARTA.- La declaración de nulidad del apartado e) del Anexo, por la que se faculta a la concesionaria para quedarse en su haber, por compensación, el importe de lo liquidado por la tasa de recogida de basuras.

De conformidad con el artículo 31 LCSP, la invalidez de los contratos puede derivar de la ilegalidad de su clausulado. Ahora bien, ello no supone que por la vía revisoria pueda atacarse directamente una determinada cláusula contractual, pues tanto la revisión de oficio como la declaración de lesividad son instituciones del Derecho Administrativo que tienen por objeto actos administrativos. De ahí que el artículo 34.1 LCSP únicamente contemple la revisión de oficio "*de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación provisional o definitiva de los contratos*" y no del contrato en sí mismo considerado. Así, el Consejo de Estado recuerda que "*la revisión de oficio supone el ejercicio de una potestad administrativa para la revocación de actos administrativos, no de contratos. Cabe pretender la nulidad del acto administrativo de adjudicación del contrato, lo que podrá tener efectos sobre dicho contrato, pero no es posible instar en vía administrativa directamente y como tal la nulidad del contrato. En efecto, puede apreciarse la concurrencia de causas de Derecho Administrativo que vicien de nulidad la actuación previa a la formalización del contrato. Siendo así vendrán referidas a un acto concreto, y no al contrato. Tales podrían ser las de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, o la ausencia de consignación presupuestaria en el expediente de contratación. Es necesario identificar, por lo tanto, correctamente y con precisión cuál sea el acto a anular*" (Dictámenes 1914/2010 y 2148/2010, entre otros).

Ahora bien, ello no impide declarar la nulidad del contrato por invalidez de sus cláusulas, sino que únicamente obliga a atacar alguno de los actos que dan soporte al contrato o, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, a su modificación. Así pues, si bien el único cauce procesal para anular un contrato es a través de los actos que le dan soporte, el objeto material de la invalidez y las causas que pueden provocarla es doble, pues a las propias de la invalidez de los actos se suman ahora las del propio clausulado del contrato, invalidez que derivará de su ilegalidad, entendida como contravención del ordenamiento jurídico aplicable.

Ocurre, sin embargo, que como recuerda el artículo 33 LCSP y proclama de forma general el artículo 63 LPAC, las infracciones del ordenamiento jurídico son causas de anulabilidad, salvo que dicha infracción sea de las establecidas con carácter tasado como causa de nulidad en el artículo 62.1 LPAC, al que remite el artículo 32, letra a) LCSP.

Entre dichas causas, la señalada con la letra f) determina la nulidad de los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren derechos y facultades, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/11).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que "para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo" (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1530/2002).

Siguiendo la línea doctrinal del Consejo de Estado, en el Dictamen 200/2002 de este Consejo Jurídico expresamos que aquel Alto Órgano Consultivo entiende que, a estos efectos, esencialidad es "*lo que verdaderamente es inherente, estructural del acto*" (Dictamen de 25 de marzo de 1999). Y, ahondando en su exégesis, afirma que "*la noción de requisitos esenciales para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye, de una parte, los presupuestos de los actos y, de otra los requisitos de los actos. Presupuestos son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externos al acto mismo, deben concurrir para que también sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos*" (Dictamen de 4 de noviembre de 1999).

Quiere decirse, pues, que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1,f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un "*juicio de relevancia*" del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

En el supuesto sometido a consulta, el Ayuntamiento sostiene que la concesionaria no puede quedarse en su haber, a través del mecanismo de la compensación de deudas, con el producto de lo recaudado por la tasa de recogida de residuos sólidos urbanos, atendido el carácter tributario de tal prestación económica, lo que impediría a -- efectuar su recaudación, conforme a la normativa hacendística local y tributaria.

Lo cierto es que la naturaleza tributaria de la denominada "tasa por recogida de residuos sólidos urbanos" no cabe considerarla como una cuestión pacífica tras la modificación operada en el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria (LGT), por la Disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, al suprimir la norma interpretativa que, contenida en el párrafo segundo del apartado segundo de este precepto, señalaba que se entendía que los servicios se prestan o las actividades se realizan "*en régimen de derecho público*" cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público. Antes de esta modificación y sobre la base de la doctrina constitucional iniciada por la STC 185/1995, recogida en la LGT y posteriormente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 3ª, de 12 de noviembre de 2009), sí existía un consenso acerca de la naturaleza tributaria de los ingresos recibidos por las Corporaciones Locales por la prestación de servicios de solicitud o recepción no voluntaria para los ciudadanos, lo que llevó a la Dirección General de Tributos a afirmar la naturaleza de tasa de la prestación que los vecinos habían de pagar por el suministro de agua potable, independientemente de la forma de gestión en que se prestara el servicio (informe de 26 de octubre de 2007, citado, aun careciendo de las referencias que permiten su identificación, por la Secretaría de la Corporación en sendos informes obrantes en el expediente) y así lo afirma también la Audiencia de Cuentas de Canarias en informe de 23 de diciembre de 2009.

Sin embargo, tras la modificación de la LGT, la misma Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en informe de 26 de julio de 2011, afirma que "*La supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) LGT ha supuesto la vuelta a un esquema similar al anterior establecido por el Tribunal Supremo, que en sentencias de 2 de julio de 1999 y 20 de octubre de 2005, estableció un criterio diferenciador para distinguir entre tasa y tarifa en*

relación a la prestación de los servicios públicos locales en base a la condición del ente gestor de los mismos. En el sentido anterior, si un ente local gestionaba directamente, sin ningún tipo de delegación el servicio público, debería exigir una tasa. Por el contrario, si la entidad que gestionaba el servicio público era una sociedad privada municipal o una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión de servicio, las contraprestaciones no podrían ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado".

En cualquier caso, y al margen de la naturaleza pública o privada que quepa atribuir a la prestación económica que el usuario del servicio ha de abonar por su disfrute, en realidad la atribución de la facultad de recaudar la "tasa" de residuos sólidos urbanos por cuenta del Ayuntamiento no se establece en el apartado e) del Anexo de la adenda, objeto de la revisión de oficio pretendida por la Administración, sino en la Cláusula Octava del contrato originario -y también en el convenio de 28 de enero de 2008-, que no es objeto del presente procedimiento y cuya eventual revisión, transcurridos ya 15 años de vigencia del contrato, resultaría vedada por las limitaciones del artículo 106 LPAC.

Así pues, cabe centrar el objeto de la imputación de ilegalidad en la atribución al concesionario de la facultad de compensar el saldo a su favor con todas las cantidades que constituyen su haber en las liquidaciones del servicio de agua potable y alcantarillado, incluyendo el producto de lo recaudado por cuenta del Ayuntamiento por la Tasa de recogida de RSU, que es el verdadero contenido del apartado e) del Anexo de la adenda.

El mecanismo de la compensación de deudas entre la Administración contratante y el contratista no está expresamente previsto en la normativa de contratos administrativos (salvo la alusión contenida en el artículo 120 LCSP en relación a la compensación de las cantidades adeudadas por el contratista a la Administración en concepto de penalidades y sanciones en los contratos de colaboración entre el sector público y el privado), siendo necesario acudir a la regulación tributaria (artículos 59 y 71 y siguientes LGT, y 32 y concordantes del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en adelante RGR) para encontrar el régimen administrativo de esta institución de clara inspiración civil, en la compensación de obligaciones regulada en los artículos 1.556, 1.195 y 1.196 del Código Civil. Tanto en la compensación de deudas tributarias como en la de las obligaciones civiles (a cuyo régimen remite el artículo 55.5 RGR), el requisito subjetivo esencial para poder aplicar la institución es el establecido por el artículo 1.195 CC, es decir, que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que lo sean por derecho propio. Esta es la esencia de la institución, en tanto que son los requisitos inherentes a la compensación, de modo que no puede faltar ninguno de ellos para hacer reconocible a esta forma de extinción de las obligaciones. Otros requisitos que configuran la denominada compensación legal, como la exigibilidad y liquidez de las obligaciones recíprocas, su vencimiento o su homogeneidad (art. 1196 CC), no cabría calificarlos de esenciales, toda vez que mediante la denominada compensación convencional o contractual pueden los obligados pactar la no aplicación de alguno o varios de ellos (STS, 1^a, 7 de junio de 1983).

Trasladada dicha consideración a la aplicación de la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra f) LPAC, resulta que tanto Ayuntamiento como contratista son acreedores y deudores recíprocamente en relación con las liquidaciones del servicio de abastecimiento de aguas y alcantarillado y el importe de las cantidades recaudadas por la tasa de recogida de basuras, por lo que no carecería el concesionario del requisito subjetivo esencial para efectuar dicha compensación. La ausencia del resto de requisitos no esenciales, que podrían considerarse constitutivas de causas de anulabilidad, podría ser promovida por el Ayuntamiento respecto de cada liquidación del servicio girada por el concesionario en la que procediera a la compensación de deudas, a través del procedimiento oportuno.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de revisión de oficio del Anexo incorporado a la adenda al contrato, al considerar el Consejo Jurídico que no concurre la causa de nulidad invocada por la propuesta de resolución (art. 62.1, letra e) LPAC), conforme se argumenta en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de revisión de oficio del apartado e) del citado Anexo, al no apreciarse la causa de nulidad invocada por la propuesta de resolución (art. 62.1, letra f) LPAC), de acuerdo a lo razonado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

