



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 342/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alhama de Murcia, mediante oficio registrado el día 15 de noviembre de 2013, sobre modificación del contrato de gestión, mediante concesión, del servicio de suministro de agua potable a domicilio, alcantarillado y depuración de aguas residuales, suscrito con la mercantil "--" (expte. 378/13), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 26 de agosto de 2013, el Alcalde del Ayuntamiento de Alhama de Murcia dictó providencia en la que, en síntesis, expresa que el 30 de noviembre de 1993 el Pleno del Ayuntamiento adjudicó a "--" (hoy "--") el contrato de gestión, mediante concesión, del servicio público de suministro de agua potable a domicilio, alcantarillado y depuración de aguas residuales del municipio, que fue formalizado el 1 de febrero de 1994, por un plazo de 25 años, con la posibilidad de ser prorrogado tácitamente hasta un máximo de 25 años más. Añade que en marzo de 2013 la Oficina municipal de Proyectos redactó una *"Memoria de Actuaciones en Mejora de Redes Urbanas"* relativa a dicho servicio, de la que se desprende la necesidad de modificar y actualizar diversos tramos de la red de saneamiento y abastecimiento de agua y de la red de evacuación de aguas pluviales, a cuyo efecto se plantea la posibilidad de modificar el referido contrato para incluir en él la ejecución de las correspondientes obras. A tal efecto, mediante la citada Providencia el Alcalde acordó iniciar un procedimiento de modificación del contrato, con el referido objeto, y que la Secretaría municipal emitiera informe sobre los aspectos jurídicos de la modificación.

Obra en el expediente remitido la referida Memoria técnica, en la que, en síntesis, se expresa que, analizada la situación actual de las redes urbanas del servicio, a partir de determinada documentación, se proponía la realización de diversas actuaciones, que se sistematizaban así: a) renovación completa de la red de saneamiento y abastecimiento en determinados tramos de calles del núcleo urbano de la localidad, que se relacionaban; b) actuaciones de mejora de redes en pedanías; y c) ejecución de redes de evacuación de aguas pluviales en determinadas zonas en las que se producen inundaciones, debidas a la insuficiencia a estos efectos de las redes de saneamiento. La Memoria añade que tales obras debían ser objeto del correspondiente proyecto y ser ejecutadas en tres etapas sucesivas, cada una de un año; ello sin perjuicio de incorporar a dicha Memoria un presupuesto de las mismas, que incluía una valoración de las diferentes partidas por metro lineal o cuadrado, según el caso, adjuntando un cuadro de precios de las distintas unidades de obra, el cual, aplicado a las mediciones y planos que se acompañaban, daba lugar a un precio total de 8.058.263,52 euros, IVA incluido.

SEGUNDO.- El 26 de agosto de 2013 el Secretario del Ayuntamiento emite un extenso informe en el que, con

exposición de la legislación aplicable, parte del hecho de que, según los estudios municipales, es necesaria la ejecución de determinadas obras de sustitución o reposición en el servicio de abastecimiento y depuración de aguas de referencia, y de que los servicios económicos municipales deben informar si el Ayuntamiento carece o no de los recursos económicos necesarios para sufragar dichas obras; para el primer caso, y además de recoger como medio expresamente previsto en la legislación aplicable el del incremento de las tarifas del servicio, analiza la viabilidad jurídica de una "propuesta" (no dice de quién) por la cual el contratista financiaría tales obras y se le compensaría únicamente mediante una prórroga por 19 años del plazo de la concesión. A tal efecto, señala que el PCAP establece que el contrato sólo puede prorrogarse tácitamente y por períodos de cinco años, y que dicho PCAP contempla como mecanismo de reequilibrio de la concesión la aplicación de la fórmula polinómica de revisión de costes que habrán de presentar los licitadores con su oferta, fórmula que considera que no es aplicable al caso dada la entidad económica de las obras a realizar, que superan los 6,6 millones de euros (IVA excluido), y que la concesión terminará en 2019 (sin perjuicio, se entiende, del indicado régimen de prórrogas). A partir de todo ello, analiza la jurisprudencia y doctrina consultiva sobre la posibilidad de prorrogar el contrato, al margen del régimen previsto en éste en la materia, para compensar así al contratista por la realización de nuevas obras y posibilitar su adecuada amortización, concluyendo que actualmente no es posible reequilibrar económicamente el contrato de tal forma, por ser contrario a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia comunitaria, por razones de respeto a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación administrativa. También considera que, visto el precio inicial del contrato y la entidad de la modificación, ésta debería ser en todo caso objeto del previo y preceptivo informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

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

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

- El ahorro neto es positivo.

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

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

adecuadamente y hacer efectivas en el tiempo las obligaciones que se puedan derivar de la operación de crédito proyectada".

CUARTO.- El 13 de septiembre de 2013 el Ingeniero Técnico de Obras municipal emite informe en el que, en síntesis, expresa que el servicio se presta con normalidad, sin expedientes sancionadores, aunque existen requerimientos a la empresa por diversos incumplimientos del contrato, que se han resuelto o se están resolviendo, si bien debe mejorarse el servicio de atención al ciudadano y la resolución de quejas por los usuarios. Añade que se han realizado importantes obras de renovación de la red de saneamiento y abastecimiento de agua, pero que aún queda pendiente la renovación de muchos metros de dicha red, tal y como se recoge en el Plan Director redactado por una consultora.

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

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

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

Además, contempla otras dos posibilidades de actuación, consistentes, una, en ejecutar todas las obras previstas en la reseñada Memoria de actuaciones (por importe total de 8.058.263,52 euros, según se dijo) compensándolas con una subida de tarifas del 11,25% y la prórroga del plazo concesional por los referidos 19 años; otra, en ejecutar todas las referidas obras compensándolas con una subida de tarifas del 42% y sin prórroga alguna de la concesión, según cálculos que adjunta.

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

NOVENO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó Dictamen de este

Consejo Jurídico, acompañando el expediente y un índice de los documentos que lo integran.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de modificación de un contrato administrativo cuyo precio inicial, según el informe reseñado en el Antecedente Segundo, es superior a 601.012,10 euros (considerando a tal efecto el precio de la primera anualidad multiplicado por los 25 años de duración del contrato) y que dicha propuesta, en cuanto pretende prorrogar por 19 años su plazo inicial, implica un incremento superior al 20% de éste, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

El expediente remitido motiva ciertas consideraciones que llevan a la conclusión de que el mismo debe ser devuelto para que se realicen imprescindibles actuaciones adicionales de instrucción que fundamenten adecuadamente la propuesta de modificación contractual objeto de Dictamen.

Así, si se examinan los Antecedentes previamente reseñados, se advierten, por un lado, varias contradicciones entre los informes municipales emitidos y la propuesta de referencia; y, por otro lado, la necesidad de completar el expediente con los correspondientes estudios e informes que den adecuado soporte a dicha propuesta.

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

B) En segundo lugar, en el referido informe del Secretario se indica que la eventual prórroga compensatoria al contratista sólo sería planteable en el caso de que los servicios económicos municipales informaran que el Ayuntamiento carece de recursos o posibilidades financieras para sufragar el importe de las obras de que se trata, resultando que del informe de la Intervención municipal se desprende que, en principio, existen tales posibilidades financieras. Nuevamente, la propuesta de modificación contractual no ofrece motivación alguna que justifique el apartamiento del criterio establecido por los órganos municipales preinformantes.

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Proceda retrotraer el procedimiento para completarlo con los informes, documentación y actuaciones reseñadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen, en los términos allí expresados.

No obstante, V.E. resolverá.

