



ANTECEDENTES

PRIMERO.- La solicitud de Dictamen fue inicialmente formulada el 27 de mayo de 2002, acordando el Consejo Jurídico, ese mismo día, solicitar que se completase el expediente con la propuesta definitiva de acto, la variación del precio a considerar y otros aspectos formales. El día 24 de junio de 2002 se recibió de nuevo la consulta, completada con lo requerido, siendo antecedentes de la misma los que a continuación de exponen.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Cartagena mantiene contrato de concesión para el suministro de agua potable y saneamiento en su término municipal con la empresa A. L., S.A. (la concesionaria), suscrito el 26 de diciembre de 1992, por un plazo de 25 años, susceptible de prórrogas quinquenales a partir de ese momento, hasta un plazo máximo de 50 años, salvo denuncia expresada por alguna de las partes, al menos con un año de antelación al vencimiento (Estipulación Tercera).

El contenido básico del contrato es el siguiente:

- Canon concesional (Estipulaciones Segunda y Sexta). La concesionaria abona al Ayuntamiento una cantidad por metro cúbico de agua facturado, variable según tramos y precios que se consignan en una escala. Un vez logrado el equilibrio económico de los servicios, abonaría, además, 2,5 ptas. por cada metro cúbico de agua facturado. Con independencia de ello, la adjudicataria entrega al Ayuntamiento 1.525 millones de pesetas para cancelación de obligaciones económicas que tiene el Ayuntamiento con la Mancomunidad de Canales del Taibilla y otras deudas derivadas de la gestión de los servicios objeto de concesión.

- Obras (Estipulación Séptima y plan de inversiones). La concesionaria se obliga a ejecutar la totalidad de las obras de renovación, ampliación y mejora de infraestructura contenidas en el Plan Básico de Abastecimiento y Saneamiento (Anexo IV del Pliego), obras que la propia adjudicataria valoró en su oferta en 10.185 millones de pesetas. La financiación de las mismas, excepto 600 millones que aportaría la concesionaria, correría a cargo del Ayuntamiento, comprometiéndose la adjudicataria, no obstante, a financiar directamente las obras que la Corporación le encomendase, cantidades a las que aplicaría un tipo de interés, resarciéndose mediante repercusión en tarifas del servicio de manera que, en todo caso, se garantice el equilibrio económico de la concesión.

- También respecto a las obras, el Pliego (art. 6) distingue los siguientes casos:

- a) En orden a la puesta a punto de las instalaciones del servicio: en el plazo de 12 meses desde la adjudicación, la concesionaria presentará al Ayuntamiento un estudio valorado de las obras y reformas que es necesario acometer para la correcta puesta a punto de las instalaciones, facilitando la financiación adecuada y formulando las alternativas que crea oportunas.

- b) En orden a la ampliación y renovación de las infraestructuras: en el plazo de 3 meses (ha de suponerse que desde la adjudicación) la concesionaria presentará un Plan de Abastecimiento y Saneamiento. Las obras de ampliación y renovación son de exclusiva competencia municipal, viniendo la concesionaria obligada a participar en la financiación, a voluntad del Ayuntamiento,

siempre que se halle la forma de resarcir a aquélla de la inversión realizada en el plazo de vigencia del contrato o de alguna de sus prórrogas. La concesionaria comunicará al Ayuntamiento, cada vez que proceda, sus previsiones acerca de la evolución del servicio que justifiquen la ampliación de las captaciones o de las conducciones, el establecimiento de otras nuevas o la ampliación de las redes de distribución. Asimismo, la concesionaria, a través de la Comisión municipal de Control y Seguimiento, pondrá en conocimiento del Ayuntamiento, con la suficiente antelación, las necesidades del servicio, a fin de que puedan arbitrarse las soluciones económicas precisas, así como la eventual participación de dicha concesionaria en el coste de las obras.

c) En orden a las obras necesarias para atender nuevos suministros y expansión de las redes de abastecimiento y saneamiento: cuando se trate de zonas de nueva urbanización gestionadas por el Ayuntamiento, y sea precisa la colocación de la red de abastecimiento o saneamiento, la concesionaria podrá ejecutar las obras, que correrán a cargo del Ayuntamiento, el cual, para su financiación, podrá imponer las contribuciones especiales a que haya lugar.

TERCERO.- La concesionaria dirigió escrito a la Alcaldía, el 28 de enero de 2002, expresando que, a dicha fecha, el total de inversiones aprobadas suma 1.800 millones de pesetas, ejecutados en los años 2000 a 2002. Respecto a los 8.385 millones que restan por ejecutar, ha realizado un estudio partiendo de que el plazo de contrato pendiente es de 15 años, obteniendo las siguientes conclusiones:

a) En virtud de los plazos de amortización legales y de su repercusión en tarifas, no se considera recomendable realizar inversiones a 10 años vista de la finalización de la concesión, ya que su repercusión en tarifas para los ciudadanos sería demasiado elevada.

b) La inversión pendiente debería ejecutarse a un ritmo de 1.667 millones de pesetas anuales, lo que supondría incrementar las tarifas en 5 años un 61,3 por ciento, pasando a ser las más elevadas de la Región.

Debido a tales circunstancias, considera que sería inviable realizar las inversiones comprometidas, por lo que propone cambiar el horizonte temporal del contrato introduciendo 25 años adicionales para que descienda el ritmo inversor anual a 270,4 millones de pesetas, repercutiendo en la tarifa entre el 0,73 y el 1,57 por ciento anual.

Fundamenta tales conclusiones en un detallado estudio sobre las obras necesarias de abastecimiento y saneamiento, la mayoría de ellas, según reconoce, incluidas en el Plan Director ofrecido por la concesionaria en virtud del cual se le adjudicó el contrato, aunque incluye otras obras que son consecuencia del crecimiento urbano, según el siguiente resumen valorado:

- Obras de carácter urgente, a realizar en los 5 próximos años: 2.421.860.000 ptas.
- Obras a corto plazo, a realizar en un plazo de entre 5 y 6 años: 5.138.500.000 pesetas.
- Obras consecuencia de nuevos planes de actuación urbanística, a ejecutar en un plazo aproximado de 4 años: 1.700.000.000 pesetas.

El total arroja 9.260.360.000 pesetas.

Acompaña también un informe sobre el estado actual de la concesión y de las inversiones en el que indica que los plazos de amortización de las obras son los fijados por el Reglamento del Impuesto de Sociedades (RD 537/1997, de 14 de abril), en la agrupación 16, según la cual a las redes de distribución les corresponde un plazo máximo de amortización de 34 años y un porcentaje lineal de amortización del 6 por ciento anual, también máximo, y a las instalaciones elevadoras, de 20 años y del 10 por ciento, respectivamente. Cuantifica varias hipótesis, dentro del escenario contractual vigente, de efectos sobre las tarifas a consecuencia de la total ejecución de las obras, así como los efectos que resultarían de atenderse a su propuesta de

modificación del contrato, que serían mínimos sobre las tarifas y, según dice, más beneficiosos para el Ayuntamiento, al adelantarse el cobro del canon.

CUARTO.- Consta un informe del Ingeniero-Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento (25 de marzo de 2002) alusivo a la necesidad de infraestructuras para el abastecimiento y saneamiento de aguas de las nuevas urbanizaciones, unas de iniciativa pública y otras privada, que se están desarrollando o que es previsible desarrollar en el futuro. Informa de que los desarrollos del Plan General de Ordenación Urbana a través de Programas de Actuación, Planes Parciales o Unidades de Actuación no serían posibles sin esas inversiones, que también son precisas para ciertos sectores urbanos consolidados, que necesitan ampliación del suministro. Concluye que es necesaria la programación urgente, económica y técnica, de las obras correspondientes.

Figuran a continuación las siguientes actuaciones:

-Acuerdo de la Comisión municipal de Control y Seguimiento de los Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento (24 de marzo de 2002) que, con asistencia de la concesionaria, acordó proponer la modificación del contrato ampliando su plazo 25 años más.

- Informe de la Secretaria General del Ayuntamiento, de 6 de mayo de 2002, en el que, una vez expuestos los antecedentes y la legislación aplicable, considera que las obras tenidas en cuenta en el momento de la celebración del contrato son las de puesta a punto de las existentes, renovación y ampliación, por lo que al determinar el plazo de duración de la concesión el Ayuntamiento no atiende al de amortización de las inversiones que posteriormente decidiera realizar, porque declara que la ejecución y financiación de las obras le corresponde, aunque eventualmente pueda acudir al concesionario. Tras insistir en que el contrato determina el límite máximo de las obligaciones de la concesionaria, pero sin fijar el plazo de amortización de las inversiones, que puede ser dentro del plazo inicial o de las prórrogas, entiende que los objetivos municipales del Plan Básico de Abastecimiento y Saneamiento permiten considerar que el interés público requerido para la modificación por los Reglamentos de Servicios y de Contratación de las Corporaciones Locales, "no está ajeno a la decisión que pudiera adoptarse". Tras aludir a la normativa aplicable, indica que es preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico, puesto que se modifica en más de un 20 por ciento el plazo del contrato, ya que el precio del mismo es de imposible determinación.

QUINTO.- Informan favorablemente la propuesta el Interventor Municipal (10 de mayo de 2002) y el Asesor Técnico del Área de Hacienda y Economía (24 de mayo de 2002), tras lo cual, el Concejal Delegado de Contratación formula propuesta al Pleno de la Corporación para modificar el contrato, en los siguientes términos:

"PRIMERO.- Hacer efectivo el compromiso asumido por A. L. S.A al formalizar el contrato de concesión de los servicios de Abastecimiento y Saneamiento respecto de las obras de renovación, ampliación y mejora de las infraestructuras hasta alcanzar la cantidad de 49,3 millones de euros pendiente de ejecutar, para su amortización, en principio, con cargo a tarifa, y sin perjuicio de que conforme al artículo 6 del Pliego de Condiciones que presidió la licitación el Ayuntamiento decida sobre las obras a realizar en cada anualidad y su programación, apruebe los correspondientes proyectos y su presupuesto y siga intentando obtener financiación para las mismas por otra vías, como ha venido haciendo hasta el momento.

SEGUNDO.- Consecuencia de lo anterior, modificar la cláusula tercera del contrato suscrito el día 26 de diciembre de 1992, para establecer como plazo de duración de la concesión el de cincuenta años, a contar desde el primero de enero de 1993, sin posibilidad de prórroga.

TERCERO.- Aceptar la oferta de A. L. S.A de ingresar, a fondo perdido, la cantidad de 2.041 millones de pesetas (12,3 millones de euros), que resultan de la actualización al año 2001, con los índices de precios al consumo de los 1.525 millones de pesetas (9,2 millones de euros) que

la concesionaria entregó al Ayuntamiento en el momento de la adjudicación. Dicha cifra de 2041 millones de pesetas (12,3 millones de euros) se actualizará hasta el mes en que se formalice la prórroga que se pretende, aplicándose el índice de precios al consumo registrado a 31 de diciembre del año anterior."

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Legislación aplicable, precio del contrato y carácter del Dictamen.

El artículo 112.1 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por R. D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RDL 781/1986), establece que los contratos de las Entidades locales se rigen por la legislación del Estado y, en su caso, por la de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1, 18ª CE. En la fecha de preparación y adjudicación del contrato, año 1992, regía la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (LCE), así como su Reglamento General, de 25 de noviembre de 1975 (RCE), y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Decreto de 9 de enero de 1953 (RCCL). A ello debe añadirse el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RS).

El artículo 114.3 RDL 781/1986 dispone que en los supuestos de modificaciones contractuales que excedan del 20 por ciento del precio del contrato será preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, trámite que se recoge también en el artículo 18 LCE.

La consulta remitida por el Ayuntamiento de Cartagena se refiere a una modificación contractual de más del 20 por ciento del plazo inicial del contrato, motivando en tal circunstancia la preceptividad del Dictamen, ya que, según se afirma, el canon que el concesionario satisface a la Corporación no es cuantificable, dado el criterio de cálculo establecido en el contrato.

Es cierto que en el contrato de concesión objeto de consulta convergen objetos diferentes que lo hacen complejo, y que en función de los mismos las retribuciones que se contemplan son variadas: la concesionaria percibe de los particulares unas tarifas, en concepto de suministro, aprobadas por el Ayuntamiento, en cuyo cálculo pueden incluirse las amortizaciones de las obras por ella financiadas; el Ayuntamiento, por su parte, percibe un canon de la concesionaria, en concepto de la explotación de un servicio implantado de cuyo valor ya existente se va a beneficiar realizando una actividad empresarial lucrativa, canon que es, a su vez, compuesto, ya que se calcula a partir de unidades de agua suministradas a usuarios, pero también forman parte del mismo las cantidades que por otros conceptos y a tanto alzado son satisfechas por la concesionaria al Ayuntamiento.

Sobre tal distinción se pronunció la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de octubre de 1988, que, al confirmar otra de la Sala de igual jurisdicción de la extinta Audiencia Territorial de Albacete, indicó que las prestaciones dinerarias de la empresa al Ayuntamiento lo son por el concepto de precio, no de tarifa, son fijadas *ex contractu* y sólo dependen de lo pactado. Entre Ayuntamiento y empresa concesionaria se establece una relación de intercambio, sinalagmática, en la que el precio representa el valor de la cosa recibida por la empresa concesionaria, cosa que es el dominio público con el fin de ser explotado comercialmente. En igual sentido, el Consejo de Estado afirma que el concepto de canon viene referido a los aprovechamientos que comportan un uso común especial o privativo del dominio público, que se basa en la idea de contraprestación como precio (Dictamen 335, de 22 de diciembre de 1992).

Así pues, sí existe precio, y se calcula, como expone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 57/1999, de 21 de diciembre, por la suma de las anualidades en las que se lleva a efecto el contrato. Cuestión distinta es que el precio, siendo cierto, no sea fijo, pero pueda ser calculado en función de las previsiones de suministro que el Ayuntamiento y la concesionaria deben conocer.

Sentado lo anterior, cabe concluir que, a pesar de que el expediente remitido no cuantifica el precio del contrato, la preceptividad del Dictamen resulta de que al duplicarse el número de años de la concesión se duplica también, al menos, el canon que la concesionaria ha de satisfacer a la Corporación, produciendo así una modificación del precio notablemente superior al 20 por ciento; siendo también patente que el precio es superior a 100 millones de pesetas, resulta incuestionable que se cumplen todos los requisitos legales que imponen la preceptividad del Dictamen.

SEGUNDA.- Los presupuestos legales de la modificación contractual y su consideración en la doctrina y jurisprudencia.

El artículo 51.1 RCCL establece que los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos, cuyas condiciones sólo podrán modificarse mediante nueva licitación salvo las excepciones expresamente previstas en los artículos siguientes, que se refieren a causas imprevisibles e inevitables que no alteren el presupuesto en más de la quinta parte (art. 54). No obstante, la legislación rectora del contrato reconoce como potestad administrativa la de modificarlo por razones de interés público (arts. 18 y 74 LCE), potestad que también reconoce el RS, permitiendo a la entidad concedente alterar: a) la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; b) las tarifas a cargo del público y la forma de retribución del concesionario. Cualquier modificación obliga a dicha entidad a mantener el equilibrio financiero de la concesión, bien compensando al concesionario por el incremento de costos o disminución de ingresos, bien revisando las tarifas y subvenciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen la ruptura de la economía de la concesión (arts. 126 y 127).

Por su parte, el RCE, en su artículo 221, relativo al contrato de gestión de servicios públicos, reitera que la Administración podrá modificar, por razones de interés público, *"las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios"*, añadiendo el 149, con alcance general aunque respecto al contrato de obras, que las modificaciones pueden acordarse cuando sean consecuencia de *"necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto"*.

La jurisprudencia ha considerado que las modificaciones de los contratos administrativos no pueden significar una alteración de sus condiciones esenciales (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 1989), añadiendo el Consejo de Estado que el derecho de la Administración de modificar el contrato no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación de los contenidos de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada, que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público, requiriendo una singular motivación de hechos respecto a dichas causas que, de no existir, impide la alteración del contrato (Dictámenes 41.914, de 24 de mayo de 1979, y 47.127, de 29 de noviembre de 1984). En igual sentido, la sentencia 596/2001, de 25 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, estima que la modificación del contrato de gestión de servicios públicos procede cuando la causa que la origina es la aparición de una circunstancia sobrevenida e imprevisible.

También el TS, en sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de junio de 1988, consideró que en el contrato de gestión de servicios públicos el *ius variandi* está relacionado, más que con la duración del contrato, con el ritmo o periodicidad de las prestaciones derivadas del mismo. En igual línea argumental, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha venido destacando reiteradamente que la potestad de modificación del contrato que reconoce la LCE está sometida a límites, puesto que *"celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce"* (Informes 52/00, y 59/00, ambos de 5 de marzo de 2001, que reiteran criterio asentado en otros anteriores).

TERCERA.- Las modificaciones contractuales contenidas en la propuesta sometida a Dictamen.

Examinados el expediente de modificación y el Pliego que sirvió de base para que el contrato se adjudicase a la concesionaria, el Consejo Jurídico no advierte que concurren las circunstancias que el ordenamiento requiere para proceder a la modificación propuesta, sin que ello signifique negar que las motivaciones últimas que la promueven sean dignas de consideración y merecedoras de ser atendidas, aunque por los conductos que mejor encajen en los principios de la contratación pública y de buena administración (art. 3 LCE).

La propuesta que la concesionaria eleva a la Corporación y ésta acepta inicialmente a través de la correspondiente Comisión, ofrece los aspectos que han conducido a la entidad concedente a tramitar el procedimiento de modificación. En efecto, razona la concesionaria que en virtud de los plazos de amortización legales (los previstos en el impuesto de sociedades) y de su repercusión en tarifas, no se considera recomendable realizar inversiones a 10 años vista de la finalización de la concesión, ya que su repercusión en tarifas para los ciudadanos sería demasiado elevada; añade que la inversión pendiente debería ejecutarse a un ritmo de 1.667 millones de pesetas anuales, lo que supondría incrementar las tarifas en 5 años un 61,3 por ciento, pasando a ser las más elevadas de la Región. Debido a tales circunstancias, concluye que sería inviable realizar las inversiones comprometidas, por lo que propone cambiar el horizonte temporal del contrato introduciendo 25 años adicionales para que descienda el ritmo inversor anual a 270,4 millones de pesetas, repercutiendo en la tarifa entre el 0,73 y el 1,57 por ciento anual. También indica que, en concepto de canon concesional por el periodo de ampliación temporal (años 2017 a 2042), abonaría al Ayuntamiento 2.041.507.268 ptas., con el fin de que éste pueda realizar obras de su competencia, urgentes, valoradas en aproximadamente 2.000 millones de pesetas, para las que el Ayuntamiento no tiene consignación presupuestaria. No ejecutar tales obras, expone la concesionaria, perjudicaría el desarrollo urbanístico de la ciudad y afectaría al desarrollo turístico, ya que la ejecución de determinados Programas de Actuación Urbanística condiciona directamente la inversión en determinadas zonas turísticas. La necesidad de programar estas obras había sido ya manifestada por el Área de Urbanismo, alegando que *"existen numerosas carencias de infraestructura de abastecimiento de agua y de alcantarillado que de no ejecutarse en plazos relativamente cortos, harán inviable el seguir desarrollando Programas de Actuación, Planes Parciales o Unidades de Actuación previstas en el planeamiento"*, situación que afecta, igualmente, a determinados sectores incorporados al proceso de urbanización, que sin las adecuadas infraestructuras sería imposible desarrollar, y a ciertos sectores consolidados, que

necesitan ampliación de suministro.

En síntesis, las causas de modificación esgrimidas se resumen en que, por un lado, la ejecución a fechas actuales de las inversiones previstas en el contrato generaría un incremento desproporcionado de tarifas para los usuarios y, por otro, que hay obras de ampliación o redotación que el Ayuntamiento no puede financiar. En definitiva, se trata de buscar remedio a la financiación de obras de competencia municipal, sin recurrir al presupuesto del Ayuntamiento mismo, apareciendo así una causa de la modificación ajena al contrato.

Tal planteamiento no encaja en el ámbito legal de las modificaciones de contratos administrativos por las siguientes razones:

Primera: No existen las necesidades nuevas o imprevistas al tiempo de celebrarse el contrato que requiere el RCE, ni las causas imprevisibles o inevitables que señala el RCCL (art.54).

Como la propia concesionaria reconoce, las obras a ejecutar con el contrato ampliado serían las ya previstas en el Plan Básico de Abastecimiento y Saneamiento que sirvió para la licitación. Es decir, no se introducen nuevas prestaciones resultantes de las circunstancias del servicio, sino que se alarga en 25 años la ejecución del Plan Básico de Abastecimiento y Saneamiento proyectado en 1992.

Segunda: No existen modificaciones en las características del servicio contratado, como requiere el RS. El abastecimiento y saneamiento de la ciudad permanece en las condiciones ya pactadas en el contrato de 1992.

Además de que la causa última de la propuesta de modificación no encaja en el sentido legal, también se advierten otras circunstancias que no la aconsejan desde el punto de vista del ordenamiento. La primera es que la concesión es producto de un estudio previo económico-administrativo, concretado en el anteproyecto de explotación, que ha de definir, entre otros factores, las obras precisas (arts. 68 LCE y 209 y 210 RCE), todo ello referido, claro está, al plazo concesional. La sustancial alteración del plazo requeriría un nuevo estudio que proyectara las necesidades con ese nuevo horizonte temporal, necesidades que, obviamente, no pueden ser las mismas con la perspectiva del año 2017 que con la del año 2042, y no sólo por las obras que puedan ser necesarias, sino también por el lógico incremento del número de usuarios, que será el resultante del crecimiento urbanístico ya conocido y del que se produzca en dicho periodo de tiempo. El crecimiento demográfico y de las unidades inmobiliarias urbanas, no considerado en la propuesta del concesionario ni en la valoración municipal, es esencial a la hora de establecer los parámetros que han de tomarse en cuenta para el cálculo del incremento de las tarifas, ya que la amortización de las inversiones recaería sobre un número de usuarios superior al actual, circunstancia que no aparece reflejada en el planteamiento financiero realizado por el concesionario. La modificación, desde este punto de vista, carece de ese antecedente básico. Y, en segundo lugar, no está probado que el régimen de obligaciones contractuales al que apunta la modificación ofrezca como resultado la situación de equilibrio económico-financiero requerida por los artículos 74 LCE y 221 RCE; la duda surge de que, si el equilibrio aceptado por ambas partes en 1992 procedía de la relación existente entre un total a invertir de 10.185 millones de pesetas, recuperables en 25 años, con el nuevo marco se ofrecen 40 años para recuperar una menor inversión.

Junto a ello, no ha de pasar desapercibida la circunstancia de que llegar a la situación que describe el concesionario en su propuesta no ha sido consecuencia de hechos ajenos a la relación contractual, sino al contrario, del ritmo que el propio Ayuntamiento ha elegido para el desarrollo de las obligaciones contractuales del concesionario y del aparente incumplimiento de las mismas por éste. El Pliego (art. 6) y el contrato mismo (Estipulación séptima) establecieron que las obras en ellos comprendidas son de competencia municipal, y que el Ayuntamiento determinaría el ritmo de ejecución de las mismas. Al propio tiempo, también establecieron que

el concesionario comunicaría a la Administración sus previsiones acerca de la evolución del servicio, tales como aumentos de consumo que justifiquen la ampliación de las captaciones y de las conducciones, el establecimiento de otras nuevas o la ampliación de las existentes, cumpliendo esa obligación con antelación suficiente "a fin de que puedan arbitrarse las soluciones económicas precisas para resolver el problema" (art. 6 del Pliego).

El Ayuntamiento ha ordenado un ritmo inversor que no se ha ajustado, ni a las necesidades detectadas en el Plan de Abastecimiento y Saneamiento, ni a las posibilidades temporales de recuperación que el contrato ofrece al concesionario. Explica el concesionario que, celebrado el contrato en 1992, no comenzaron a ejecutarse las inversiones en él previstas hasta el año 2000, dejando, por tanto, un espacio en blanco de 7 años para acometer unas obras cuya necesidad ya era conocida. Por otra parte, no consta que el concesionario haya puesto en conocimiento del Ayuntamiento las previsiones de servicio necesarias para que aquél hubiera podido arbitrar las soluciones económicas precisas para resolver el problema.

El alcance de las modificaciones propuestas, más que una acomodación de las prestaciones pactadas, significa una reconversión completa de las bases que sirvieron para la licitación, ya que supone duplicar el plazo concesional y el canon inicialmente previsto, dando lugar a una completa novación del contrato, pues se altera por completo uno de sus elementos esenciales, que es el plazo pactado. La legislación aplicable incide, en fase de preparación del contrato de gestión de servicios públicos, en que ha de determinarse dicho plazo atendiendo a la recuperación por el concesionario de su inversión (art. 115.4ª RS), de lo cual deduce la jurisprudencia que la sujeción a plazo es requisito esencial de la concesión de servicio público, pues juega como una cláusula económica (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de septiembre de 1987). De ahí que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aprecie que la ampliación de plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar la libre concurrencia (Informe 47/98, de 17 de marzo de 1999) y que también se haya considerado que, si modificar una cosa es cambiar alguno de sus accidentes, lo que permite el artículo 127.1 RS, la ampliación del plazo, al ser elemento esencial, provoca una alteración sustancial del contrato, una novación que no puede ser legitimada en el *ius variandi* de la Administración y que requiere una nueva licitación para garantizar la libre concurrencia de todos los interesados, como indica el artículo 51 RCCL (STSJ de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 258/1999, de 1 de marzo).

Del planteamiento de la propuesta de modificación se desprende, también, cierta contradicción interna que la hace incongruente. Su primer apartado propone al Pleno "*hacer efectivo el compromiso asumido por A. L., S.A. al formalizar el contrato de concesión...*", mientras que el segundo pretende "*a consecuencia de lo anterior, modificar la cláusula tercera del contrato (...) para establecer como plazo de duración de la concesión el de cincuenta años*". Del contrato vigente resulta claro que el compromiso financiador del concesionario fue ofrecido para el plazo de duración del mismo, por lo que hacer efectivo ese compromiso no puede acarrear, desde dicho contrato, su propia modificación, ya que ello conduciría a otra relación obligacional distinta.

Por otra parte, dicho compromiso de financiación, tal como se expresa en el contrato y en el Pliego, parece entenderse como un sistema subsidiario, en defecto de los comunes, como la financiación procedente del presupuesto municipal por recursos propios o mediante subvenciones de otras Administraciones, sin que el expediente justifique la imposibilidad de acudir a esos mecanismos.

CUARTA.- Sobre otras posibles vías de actuación del Ayuntamiento.

Que la modificación del contrato que se propone no sea el medio más adecuado para dar satisfacción a las necesidades de financiación municipal no debe significar que no existan otras

posibilidades de actuación, previstas en el propio contrato. Éste establece el recurso a la financiación prestada por el concesionario, según se advierte, como un remedio subsidiario de la vía de financiación ordinaria, es decir, la procedente del presupuesto municipal, bien mediante recursos propios, bien mediante subvenciones.

Puede ser cierto que la situación del presupuesto y finanzas municipales no sea lo suficientemente flexible como para proveer con carácter inmediato la total financiación de los casi 2.000 millones de pesetas de las obras más urgentes, y que la necesidad manifestada de realizar las restantes obras, en un período de 5 ó 6 años, condicione ampliamente la financiación de los presupuestos futuros de la Corporación; pero ello no ha de apartar de la consideración general del problema suscitado que la raíz del mismo es financiera, y que, por tanto, serán los mecanismos propios de ese campo normativo los que habrá de poner en funcionamiento la entidad.

De otra parte, el carácter de las obras a realizar no es homogéneo, en el sentido de que no todas responden a necesidades iguales. En concreto, las obras motivadas por el desarrollo urbanístico, según expresa el informe de tal Concejalía, ya citado, son, en parte, consecuencia de actuaciones en suelo urbanizable cuya financiación corresponde al promotor, según el art. 18.3 Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Tampoco es descartable que para financiar parcialmente algunas de tales obras se acuda a contribuciones especiales, en el caso de actuaciones urbanísticas en suelo urbano sin consolidar que requieran el establecimiento o ampliación de las redes, excluyendo siempre aquéllas obras que constituyan sistemas generales, en las cuales el fin predominante es el interés común que no genera un beneficio especial (art. 28 Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales).

Tampoco se deben descartar las posibilidades de ejecución del contrato vigente, que si bien no admitirían como razonable en opinión del Ayuntamiento repercutir en tarifas, dentro del el plazo restante de la concesión, la totalidad de la inversión prevista, sí permitiría alcanzar un grado de financiación por el concesionario acorde con el montante de obras cuya repercusión en dichas tarifas, durante el plazo concesional, se considerase aceptable, aunque las mencionadas tarifas tuvieran que elevarse por encima de los porcentajes que resultarían de no mediar la necesidad de realizar obras.

Finalmente, el Real Decreto 1.328/1987, de 1 de agosto, regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Corporaciones Locales, enfocada para la financiación de los servicios municipales obligatorios, como es el abastecimiento y saneamiento de aguas, constituyendo otra vía de posible obtención de recursos, que debe gestionarse a través de la Comunidad Autónoma.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La modificación propuesta, que supone alterar el contrato vigente en un 100 por 100, tanto en precio como en tiempo, implica variar los elementos esenciales del contrato que sirvieron de base para la adjudicación, por lo que no tiene encaje en la legislación aplicable.

SEGUNDA.- Al plantearse un problema derivado de la financiación de obras de competencia municipal, las vías de actuación debieran ser las previstas en la legislación de Haciendas Locales, además de procurar la ejecución del contrato recurriendo a la financiación del contratista hasta el término que se considere aceptable en función del grado de elevación de las tarifas que resulte.

No obstante, V.I. resolverá.