

DICTAMEN Nº 176/2013, de 18 de abril de 2013

Contratos administrativos

Expediente de modificación de contrato de gestión integral de los servicios públicos de abastecimiento, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas, tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres).

Ha sido Ponente la Excmo. Sra. D.^a Casilda Gutiérrez Pérez con la asistencia del Letrado D. José Manuel Rodríguez Muñoz, acordándose el Dictamen por unanimidad, y resultando los siguientes,

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 22 de febrero de 2013 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen remitido por Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, apartado 2, de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo en virtud del cual el Consejo Consultivo emitirá Dictamen en cuantos asuntos legalmente previstos deban someter preceptivamente a su consulta las Entidades Locales.

Se cursa solicitud de Dictamen a iniciativa del Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres), sobre expediente de modificación de contrato de gestión integral de los servicios públicos de abastecimiento, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas.

SEGUNDO.- Se acompaña documentación integrante del expediente administrativo, del que resulta lo siguiente:

1.- Escrito registrado de entrada en el Ayuntamiento de Arroyo de la Luz, de 11 de octubre de 2012, en el que se solicita por parte del contratista, UTE **X**, el reconocimiento de mayores costes extraordinarios, conforme a lo establecido en el art. 46.3 del Pliego: *“la revisión extraordinaria de los costes del servicio, se producirá cuando circunstancias imprevisibles o ajenas a la voluntad del concesionario provoquen una alteración del equilibrio económico de la concesión. En este supuesto, el concesionario presentará un estudio detallado de la situación, que presentará al Ayuntamiento y la Corporación Municipal será la encargada de aprobar la revisión que considere oportuna”*.

Para ello presenta un estudio detallado de los conceptos y el incremento

del IPC para el año 2013.

2.- Providencia de la Alcaldía de 22 de noviembre de 2012 mediante la que se dispone se emita informe de Secretaría en cuanto al procedimiento y la legislación aplicable y se solicita informa al Servicio competente en relación con la propuesta de modificación del contrato citado.

3.- Conforme a lo dispuesto en el informe de Secretaría se emite Propuesta de Resolución por parte de la Alcaldía, de 28 de noviembre de 2012, en la que se resuelve solicitar informe del Consejo Consultivo de Extremadura y del servicio de Consorcio Siglo XXI de la Diputación Provincial en el que se concreten las razones de interés público que motivan la modificación de las características del contrato.

Asimismo se le concede al contratista un plazo de cinco días hábiles para que se presenten las alegaciones pertinentes que a su derecho convengan.

También se requiere informe de Intervención sobre la parte económica y las repercusiones presupuestarias que la modificación sugiere.

4.- El 29 de noviembre de 2012, la Alcaldía del Ayuntamiento de Arroyo de la Luz remite escrito emplazando al interesado para darle el preceptivo trámite de audiencia, por un plazo de 5 días hábiles, para que pueda examinar y presentar los documentos que estime pertinentes.

5.- El 12 de diciembre siguiente tiene entrada en el Ayuntamiento de Arroyo de la Luz escrito de alegaciones en el que se manifiesta que no se encuentran ante un supuesto de modificación contractual, ya que la revisión extraordinaria que se solicita por la UTE está prevista en el Pliego, sino que en todo caso dicho Consistorio incurriría en una causa de nulidad del artículo 62.1,e) de la Ley 30/1992, al sustituir el procedimiento aplicable a la tramitación del expediente por otro distinto.

6.- Con fecha 18 de diciembre de 2012, el Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres) solicita al Consejo Consultivo de Extremadura que Dictamine sobre el criterio a seguir en la revisión de precios.

TERCERO.- Por Resolución de la Presidencia de este Consejo, de la misma fecha de su registro, la consulta fue admitida y se ordenó continuar la evacuación de la misma por el procedimiento ordinario. Se turnó ponencia según orden establecido, correspondiendo como queda indicado en el encabezamiento, de lo que se dio cuenta al Pleno.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales se concluyó esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponencia

propuesta de Dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria que figura en el encabezamiento.

QUINTO.-Por el Ponente se informó, en la referida sesión plenaria, del contenido del Proyecto de Dictamen y sometido a deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia de dicho Informe y siendo conforme con la Propuesta acordó aprobar el Proyecto de Dictamen sin necesidad de ulterior debate.

II. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

PRIMERO.- Se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, en los términos dispuestos por los artículos 12.2º y 13.1º.i) de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, el proyecto de modificación del contrato de gestión integral de los servicios públicos de abastecimiento, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas, tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres).El objeto del Dictamen consiste en informar acerca de si procede o no mencionada modificación contractual, a la vista de normativa sobre la materia.

SEGUNDO.- Se requiere Dictamen ordinario en derecho sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la ley de creación de esta instancia consultiva.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Carácter preceptivo del Dictamen.

El artículo 13.1.i) de la Ley 16/2001 de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura, establece el carácter preceptivo de la consulta, consulta que también exigida por el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, aplicable al supuesto, como luego analizaremos, para los expedientes tramitados por éstas que versen sobre modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros).

Por ello, el Consejo Consultivo de Extremadura emite este Dictamen con carácter preceptivo.

Segundo. Consideraciones sobre la tramitación del expediente de resolución contractual.

El expediente de resolución del contrato referido se ha instruido cumpliendo las formalidades y requisitos exigidos por el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable al supuesto objeto de Dictamen, al haberse acordado la resolución por el órgano de contratación, haberse dado audiencia al contratista al tratarse de una propuesta de oficio, y al haberse solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo.

Tercero.- Consideraciones generales sobre la prerrogativa de modificación de los contratos administrativos que corresponde a la Administración contratante.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los contratos administrativos se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, explicándose con base en esta característica, ligada a las exigencias derivadas de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídica pública, que está vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, la existencia de prerrogativas a favor de la Administración, prerrogativas éstas que constituyen el elemento esencial de la diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos privados de las Administraciones públicas.

El artículo 59 del TRLCAP, enumera la prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, relativas a la facultad de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta; eso sí, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia Ley.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3448), declaró que *“la regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante en el ordenamiento civil («contractus lex»), ofrece en el administrativo la versión de la inmutabilidad del fin, o inmutabilidad del servicio, para lo cual se instrumenta una especial potestad, la «potestas variandi», habilitada, no por ministerio del contrato, sino por el de la Ley, hasta el extremo que la doctrina científica ha destacado que esta «potestad» merece ser aplicada con un criterio interpretativo extensivo, en el campo administrativo, mientras que, por el contrario, en el civil, las facultades de modificación («ius» no «potestas») sólo deben ser reconocidas en los casos y con el alcance expresamente previsto en el contrato, y con un criterio hermenéutico restrictivo.”*

No obstante, más adelante el Tribunal Supremo se encargó de precisar que existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva: STS de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3433).

En esta misma línea el Consejo de Estado ha insistido en el carácter excepcional de la modificación de los contratos, entre otros, en el Dictamen 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996:

“Como ya tuvo ocasión de manifestar este Alto Cuerpo Consultivo, en la Memoria de 1990, “a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, cómo de hecho se produce el desarrollo de una relación contractual y cómo, a veces, cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa”.

“No es menos claro, sin embargo, que en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias normales propias de la ejecución de un contrato, como inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales”.

Por este motivo, tanto en la citada Memoria de 1990 y en otras, así como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, advertía el Consejo de Estado sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto a tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

El Dictamen de 17 de junio de 1983 formulaba una observación de carácter general sobre la necesidad de extremar el rigor y el celo en la elaboración del proyecto inicial de cualquier tipo de obra pública de forma que no haya de recurrirse con tanta frecuencia a su ulterior modificación ni, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados.

La práctica del reformado o modificado de obras tiene su causa en la insuficiencia técnica inicial de los proyectos. Así, tendría que evitarse, como resaltó el Dictamen de 29 de noviembre de 1984, que el proyecto inicial que sirva de base al contrato no contenga una obra completa, y que las sucesivas modificaciones puedan encubrir contrataciones que no observen los principios inspiradores de la contratación administrativa, publicidad, libre concurrencia y licitación.

En suma, entiende este Consejo de Estado que deben introducirse en las prácticas administrativas insertas en el marco del giro o actividad contractual de la Administración, las adecuadas previsiones para que la técnica del “proyecto reformado” y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues, de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores, del sistema de contratación pública.”

La existencia de límites no significa, empero, que no pueda modificarse el contrato, sino que ha de respetarse la esencia del contrato. En otro caso, cuando la Administración altere de tal modo sustancial su voluntad habrá de promoverse nueva concurrencia.

Tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa han resaltado que no puede modificarse esencialmente el contrato administrativo. Es cierto, no obstante, que dentro de la doctrina del Tribunal Supremo existen dos corrientes. Para una de ellas ha de prevalecer el interés público (el fin) sobre el objeto, de manera que la prerrogativa de modificación es cuasi ilimitada. Tal es la postura que sostienen las Sentencias de 2 de julio de 1979 (RJ 1979, 2866) y de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 318).

Otra línea jurisprudencial, sin embargo, sostiene que la potestad de modificación de los contratos no puede abarcar alteraciones sustanciales (Sentencias de 28 de febrero de 1989 -RJ 1989, 1461- y 21 de enero de 1994 -RJ 1994, 144-)

Entiende también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que no puede modificarse sustancialmente el contrato pues de alterarse las bases y criterios a los que respondía la adjudicación se resentirían los principios de libre concurrencia y buena fe (Informe 47/1998, de 17 de marzo de 1999): *“Deben fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos en el sentido de que mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos mediante el sistema de licitación pública”*.

Por otra parte, señala el Consejo de Estado en el Dictamen 1041/1992, de 30 de julio que *“La Administración Pública no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto técnico de una obra -al menos desde el punto de vista de su trascendencia sobre una relación contractual ya establecida-, sino que el grupo normativo de la contratación pública establece que se trata de una potestad tasada que sólo puede actuarse en determinados supuestos. [...] Las causas que pueden justificar la modificación son, según el artículo 149, la aparición de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto. Ahora bien, el citado precepto del Reglamento General de Contratación no se limita a señalar las causas, sino que va más allá, y precisa que éstas deben quedar debidamente justificadas.*

Si bien la Administración goza de un cierto ámbito de discrecionalidad para modificar un proyecto de obra, para el ejercicio de esa potestad deben darse los presupuestos exigidos por el Reglamento de Contratación y, además, esos presupuestos deben estar debidamente justificados. En el caso de que la Administración aprobase el proyecto sin que se den los presupuestos o sin que éstos estén suficientemente fundados, el poder actuante no sólo desbordaría los límites de la discrecionalidad (vulnerando así el artículo 9.3 de la Constitución), sino que además podría defraudar los principios inspiradores de la contratación administrativa, ya que de ese modo se obviaría la debida apertura y tramitación de un nuevo expediente de contratación que tendría su soporte técnico en un

nuevo proyecto”.

La modificación del contrato de gestión, como la de todo contrato administrativo, ha de fundarse en razones de interés público, como recuerda el artículo 163 del TRLCAP:

“1. 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.”

Las prerrogativas en la contratación administrativa, no se conciben en interés propio de la Administración, se trata de facultades que la Ley atribuye a la Administración para que las ejerza en aras del interés público implícito en la actividad que desarrolla, en consecuencia, su ejercicio lo es, en servicio de los intereses generales.

En este sentido el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de febrero de 1982 (RJ 1982, 1619) dice que *“la supremacía de la Administración en el contrato está justificada, no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios. La primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación”*.

Conforme al apartado segundo de este mismo artículo, el uso del *ius variandi* no puede comportar una alteración del equilibrio financiero de la concesión. O lo que es lo mismo, debe mantenerse el equilibrio de los presupuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación:

“2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los presupuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.”

La jurisprudencia ha proclamado reiteradamente este deber de indemnización para mantener el equilibrio económico. Así, la STS de 2 de julio de 1979 (RJ 1979, 2866) declara que el llamado *ius variandi* o modificación unilateral del objeto del contrato por la Administración lleva como correlativo deber de ésta de compensar al contratista por los perjuicios que las modificaciones cause, a fin de mantener el equilibrio económico. Y en parecidos términos se pronuncia la STS de 28 de julio de 1987 (RJ 1987, 7689).

También el Consejo de Estado en Dictamen 3725, de 12 de noviembre de 1948 señaló que cuando la Administración está vinculada con un particular y

lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del *imperium*, que implica un cambio en las condiciones externas de ejecución del contrato debe compensar al concesionario en el seno del contrato.

Puede citarse también la STS de 25 de abril de 1986 (RJ 1986, 2963), en la que se concreta el alcance de dicha compensación:

“TERCERO: Fundamentalmente fue ésta la doctrina sentada por la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1978 al denegar el beneficio industrial que la propia Empresa ahora apelante reclamaba como correspondiente a años anteriores, y que se explicita en otra de 14 de marzo de 1985 (RJ 1985\1592), también denegatoria de idéntica pretensión de aquélla afectante a anualidad posterior, en la que -como, en definitiva, se hace por los apartados a) y b) del párrafo 2.º del número 2 del artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales-, se contenía una distinción entre la alteración concesional por modificaciones introducidas por el ejercicio del «ius variandi» de la Administración, o «factum principis» a que también se refiere la de 24 de abril del mismo año -en cuyo caso, debe ésta indemnizar al contratista el daño emergente como el lucro cesante, lo cual supone restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial-, y el DESEQUILIBRIO producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, en cuyo caso la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la Empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos.

CUARTO: Es lógico que así sea y en Justicia tiene que serlo, puesto que sí, no obstante los principios fundamentales de la contratación administrativa de inmutabilidad unilateral de lo pactado y de cumplimiento estricto de ello por ambas partes, se concede a la Administración la facultad, siquiera excepcional, de modificar las condiciones de «facto» en las que el servicio concertado había de prestarse por el contratista, con posibilidad de que de algún modo resulte más onerosa la prestación para éste, en justa y obligada compensación debe ser aquélla, como causante de este resultado, quien responda de todas las consecuencias de sus actos en la integridad de las parcelas del convenio que por su unilateral voluntad dejó alteradas, no asumibles por el contratista que ni siquiera debe compartir el perjuicio con quien lo desencadenó, y de ahí que, a la inversa, cuando la Administración también sea ajena a la producción del mismo, por ser consecuencia ésta de la aparición de circunstancias sobrevenidas y de cuyo impacto lesivo no se ve exenta en absoluto, la lesión resultante debe ser compartida en adecuada proporción entre ambos sujetos afectados, sin perjuicio de que, llegado este evento, la concedente del servicio público pueda aumentar las tarifas y la subvención del contratista cuando en algún sentido aquéllas puedan determinar la ruptura de la economía de la concesión, sin que pueda alegarse por la recurrente actual que, conforme a la cláusula decimosegunda del pliego de condiciones, se le reconociera el derecho a obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión, puesto que ello se decía ser en los casos y con las condiciones previstas en el artículo 127,2, 2.º del Reglamento de Servicios, siendo a esto, sin duda a lo que se refería el pasaje de la sentencia de 11 de julio de 1978, que la apelante invoca a este respecto, relativo a que el concesionario tiene derecho a la articulación futura de un sistema de equilibrio que no omita el beneficio industrial según el equilibrio establecido.

QUINTO: Por consiguiente, en casos como el presente, es siempre exigible el cumplido

acreditamiento no sólo de la causa que dio origen al mayor coste del establecimiento, gastos de explotación y merma del beneficio industrial, sino de la realidad y concreto alcance económico de cada uno de estos conceptos en su individualidad, y, en este último aspecto, por aquel principio de proporcionalidad a que se hizo referencia. La justificación adecuada de que los incrementos solicitados unidos a la cuantía de la compensación concedida no excede los límites normales dentro de los cuales el concesionario debe soportar las pérdidas que le incumben (sentencia de 14 de marzo de 1985), y en el caso enjuiciado, el Ayuntamiento recurrido, ateniéndose a estas condicionantes y a lo que dispone el precepto reglamentario citado, reconoció su obligación de afrontar el importe de lo que se le reclamaba en concepto de DESEQUILIBRIO real y potencial, negándose, por el contrario, a abonar lo que, por determinados conceptos extrasalariales fuera de convenio, el beneficio industrial no computable y, por fin, el importe del apremio por demora en el pago del Impuesto de las Personas Físicas que también se reclamaban y del que el Ayuntamiento no había sido el causante, y, al declarar la sentencia apelada que el acuerdo municipal que en ese sentido se producía era conforme a Derecho, procede la confirmación de aquélla.”

En cualquier caso, tales prerrogativas se encuentran sometidas al control jurisdiccional, tal y como ha recordado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo (por todas, podemos citar las sentencias de este órgano jurisdiccional de 21 de febrero de 1994, 20 de abril de 1999, 8 de octubre de 1999 y 18 de diciembre de 2000). Y, así lo recoge la STS de 20 de abril de 1999, en cuyo fundamento quinto se afirma:

“La prerrogativa de la Administración en orden a la interpretación de los contratos no excluye la intervención de los Tribunales para revisar los actos dictados por la Administración, pues si bien debe reconocerse a la Administración la posibilidad de interpretar en vía administrativa el contenido del contrato, dicha manifestación de voluntad no excluye la ulterior actividad jurisdiccional en orden a la interpretación por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo del control llevado a cabo en la vía administrativa, pues aun conociendo ..., la actuación de interpretación auténtica por la Administración como autora de la lex contractus, que contiene el pliego de cláusulas administrativas, técnicas y particulares, ello no excluye el ulterior control jurisdiccional (...).

En suma, las facultades que son privilegio de la Administración y, en ellas, las derivadas de la interpretación de los contratos, resolviendo las dudas que se susciten, como han reconocido los arts. 18 de la LCE invocado por la parte recurrente y 50 del Reglamento, no deben ser objeto de valoración de un modo absoluto como una facultad decisiva y decisoria, que justifique un proceder no adecuado a una relación concertada, excluyendo un aspecto esencial de las obligaciones, recayentes sobre la misma, al socaire de una facultades que la misma le concede, pero esa facultad la concede la propia Ley dentro de los límites y de acuerdo con los requisitos establecidos en la misma, porque también la contratación administrativa está sujeta al principio esencial del equilibrio objetivo de las prestaciones, lo que implica un recíproco cumplimiento de las obligaciones a que, de modo específico, se comprometen las partes”.

Cuarto.- Examen del asunto concreto sometido a consulta de éste Órgano.

Recordemos de manera preliminar que aun ahora en 2012, la normativa a emplear y aplicar para determinar la validez de las modificaciones de los contratos no es el actual y vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del

Sector Público, sino la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio toda vez que muchos contratos que se pretenden modificar en la actualidad fueron perfeccionados en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, que derogó la anterior, el 1 de mayo de 2008, según su Disposición Final 1ª.

Y por mor de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. De manera que la modificación que motiva esta consulta deberá regirse por lo que al efecto dispone el Texto Refundido de la Ley de Contratos Administrativos aprobado por el citado Real Decreto 2/2000, de 16 de junio.

Y es el artículo 101 de a misma el que se refiere específicamente a la Modificación de Contratos y que dice: “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público, en los elementos que lo integran, **siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente**”.

Como vemos, tanto el Art. 59, que cita las prerrogativas genéricas de la administración como contratante, como el 101 del TRLCAP otorgan al órgano de contratación la prerrogativa de introducir modificaciones en el contrato por razones de interés público. Las modificaciones deben surgir por necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

La modificación de un contrato requerirá la tramitación del expediente al cual se le incorporará, además de otras cuestiones particulares para cada contrato (por ejemplo, proyecto, replanteo, etc., en obras) la oportuna retención de crédito, el informe del servicio jurídico y la fiscalización previa del expediente.

Asimismo, y como indica el referido artículo 59, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros (IVA excluido).

Debemos resaltar que el *ius variandi* constituye una potestad excepcional, como el Tribunal Supremo ha señalado en reiterada jurisprudencia. Así se indica que “los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes” (SSTS de 30 de abril de 1977,

de 9 de octubre de 1995, y de 16 de abril de 1999).

Debemos, pues, analizar cuáles eran los presupuestos exigidos por la normativa que rige esta propuesta de modificación de contrato para conocer su validez y la legalidad de la actuación administrativa.

En primer lugar, la norma, cabalmente interpretada por la doctrina legal y la jurisprudencial, exige una serie de requisitos formales, cuales son:

a) Que el contrato esté perfeccionado. En este sentido, nada que objetar al presente supuesto, en el que el contrato se adjudica y firma el 30 de diciembre de 2004, desplegando efectos desde entonces y hasta el 8 de junio de 2019.

b) Que la formalización de la modificación del contrato se realice conforme a las reglas del artículo 54 del TRLCAP. Y nada hay en el expediente que se remite a este Consejo que induzca a pensar que no se van a cumplir tales exigencias.

c) Que las causas de modificación se justifiquen debidamente en el expediente. Este aspecto, por estar íntimamente ligado a la causa de la modificación, será abordado en el análisis de dichas causas.

También de los artículos reguladores de la materia se extraen otros criterios y requisitos a analizar, de índole sustantivo o material:

a) El órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público.

b) Las modificaciones sólo pueden deberse a necesidades nuevas o causas imprevistas.

El Tribunal Supremo, tras una posición titubeante al respecto, manifestada en su temprana Sentencia de 11 de octubre de 1979, en la que postulaba un criterio interpretativo extensivo para las modificación de los contratos públicos, se ha manifestado clara y reiteradamente en contra de esta primer doctrina y a favor del principio de inalterabilidad de los contratos, y de la excepcionalidad, y por tanto, de la interpretación restrictiva de las modificaciones a los mismos. Manifestación de esta consolidada jurisprudencia es la STS de 3 de mayo de 2001.

Como antes se dijo, en cuanto al objeto material de la modificación, dos son las posibilidades que permitía el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al contrato objeto del dictamen:

Por un lado, las “*necesidades nuevas*”. Frente a un período inicial más laxo y permisivo, centrado en el interés general frente a las alteraciones contractuales, la jurisprudencia más moderna (por todas STS de 28 de febrero de 1989 o 21 de enero de 1994), se opuso a modificaciones de las “cláusulas establecidas en el pliego convenido que por su importancia afectaba a las condiciones económicas que principalmente habían dado motivo a celebrarlo y

por tanto al consentimiento prestado”.

Por otro, las “*causas imprevistas*”, que deben ser de nueva producción, circunstancias nuevas en el tiempo que no pudieron preverse a la hora de redactar los pliegos, o de nueva recepción que, aunque anteriores en el tiempo a la gestación del contrato, no pudieron tenerse en cuenta porque no se conocían sus dimensiones o circunstancias.

En lo referente al supuesto que nos ocupa, lo primero que debemos advertir es que es la tercera vez que este superior órgano consultivo se encarga de analizar la adecuación a Derecho del contrato que plantea la administración local.

En primer lugar, la Resolución del Pleno de este mismo superior órgano consultivo, de 27 de enero de 2011, sobre la consulta facultativa 481/2009 tramitada en el expediente acerca del mantenimiento de equilibrio económico-financiero en la concesión del servicio de aguas del Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres).

En segundo lugar, el Dictamen N° 196/2012, de 8 de marzo de 2012, que resuelve consulta núm. 150/12 tramitada en el expediente de modificación de contrato de gestión integral de los servicios públicos de abastecimiento, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas, tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres).

En este último expediente se observa una identidad completa de hechos y fundamentos con el que ahora se presenta y cuyo Dictamen se solicita.

Así, procede de una petición de revisión de precios de 11 de octubre de 2012 que constituye una auténtica modificación contractual, cuyo importe excede el 10 % del importe de adjudicación del contrato en su cómputo total por el tiempo de contrato que resta.

Aunque la empresa adjudicataria intenta incluir la petición en un supuesto de revisión de precios y tarifas, lo que pretende en realidad es una auténtica mutación del contrato, por cuanto pretende introducir como unidades de cálculo de las tarifas, criterios y elementos que no estaban en el pliego ni en el contrato.

De esta manera, se pretende volver a incidir en exactamente los mismo elementos justificativos de las presuntas causas imprevisibles e imprevistas, que motivaron la anterior solicitud de modificación que dio lugar al anterior Dictamen de 2012 de este Consejo.

Así las cosas, y dado que la solicitud de modificación aduce las mismas causas que entonces se analizaron por este superior órgano, debemos reproducir lo entonces dicho, que resulta plenamente aplicable de nuevo al caso que nos ocupa:

“En cuanto a la adecuación del supuesto concreto a estas causas para justificar la modificación del contrato, debemos decir que la referida a “necesidades nuevas” no parece ajustarse a las causas indicadas en el expediente, dado el corto espacio de tiempo que media entre la firma del contrato y la pretensión de modificarlo, vía revisión de los precios o tarifas de la concesión, o bien vía de la modificación del mismo.

No podemos dejar de destacar que la pretensión actual de la empresa de la modificación del contrato, hay que ponerla en relación evidente con la pretendida revisión de precios que la propia adjudicataria comienza a reclamar a la Administración local al poco de iniciarse la ejecución del mismo.

De tal pretensión da sobrada cuenta la Resolución del Pleno de este mismo superior órgano consultivo, de 27 de enero de 2011, sobre la consulta facultativa 481/2009 tramitada en el expediente acerca del mantenimiento de equilibrio económico-financiero en la concesión del servicio de aguas del Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres).

En dicho Informe, al que nos remitimos íntegramente en invocación de la doctrina y jurisprudencia allí expresados a la hora de justificar las posibles revisiones del contrato por acaecimiento de circunstancias o eventos imprevisibles o causas nuevas que alteren

el equilibrio económico financiero de la concesión, de manera taxativa se declara que no se acreditan por la empresa en ninguno de los supuestos, el carácter imprevisible que la jurisprudencia exige, para que proceda la compensación financiera equilibradora de la concesión.

La misma opinión nos merecen igualmente, las causas aducidas por la Administración consultante en su calificación de “causas imprevistas”, como justificativas de la modificación propuesta.

En este caso, tampoco consideramos suficiente, y por tanto, ajustada a la legalidad, la motivación que se ofrece en el expediente.

Recordemos que la interpretación de la jurisprudencia exige que las causas que justifiquen la modificación sean más que imprevistas, auténticamente imprevisibles. Es decir, que no hayan podido ser ni cabalmente imaginadas por la empresa cuando presentó su oferta vinculante.

Nada de eso ha ocurrido en la realidad.

Argumenta el contratista varias causas que en su opinión no pudieron preverse y que motivan, fundamentan y justifican la modificación que nos ocupa:

Coste de prevención de riesgos laborales

Aumento del precio de la energía eléctrica

Mayor coste de los reactivos

Filtraciones de la comunidad de regantes

Mayor consumo municipal

Evidentemente, ninguno de los conceptos anteriores puede calificarse como imprevisible. Antes al contrario, forman parte inescindible del principio de riesgo y ventura de la concesión, que debe acomodarse a la fluctuación en el tiempo de los precios (salvo auténtica catástrofe o hecho inimaginable que haga verdaderamente insoportable la ejecución del contrato), máxime en contratos e tan larga duración como el que se somete a Dictamen.

Aducir como costo extraordinario e imprevisible la evolución de la tarifa eléctrica en España, o el coste de los reactivos, lo único que revela es un deficiente cálculo de evolución de costes en la presentación de la oferta por parte de la empresa adjudicataria, que debió que prever escenarios de evolución de precios en rangos suficientes para acolchar cualquier subida de los mismos.

Igualmente las pretendidas filtraciones y el mayor consumo municipal, sin más aclaraciones o justificaciones, entran dentro de lo calificable como, más que posible, verdaderamente probable en la ejecución durante largos años del servicio contratado.

Y sobre el aumento de los costes de prevención de riesgos laborales, derivado de exigencias legales, baste decir que ni se cita ni motiva tales presuntos cambios legislativos, y además, son costes que debe asumir la propia empresa para el desempeño de su función como tal, sin que deban repercutir en absoluto en el contrato.

Eso unido a que la evolución real de los precios en los 10 últimos años en nuestro

país se ha mantenido en índices moderados y perfectamente previsibles, ponen de relieve no la imprevisibilidad de los datos, sino la imprevisión y falta de profesionalidad de la oferta del adjudicatario, que no realiza unas proyecciones medianamente creíbles, sin duda para ajustar el precio de la oferta, con la intención de obtener ventaja en la licitación, y de resultar errónea la estructura de costes, reclamar por la vía de la revisión de precios o de la modificación del contrato, la desviación de esos costes.

La Administración no debe caer en ese juego. La empresa adjudicataria debe asumir, bajo el principio de riesgo y ventura, sus propios cálculos, cuando no hay factores externos imprevisibles que justifiquen la modificación o la revisión de precios.

De todo lo anterior, podemos concluir que no se cumplen los requisitos formales y materiales que el referido Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, exige para proceder a la modificación propuesta, por lo que estima este Consejo que tal modificación debe denegarse”.

Lo señalado anteriormente ha de ponerse en relación con lo señalado al respecto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 78/2011 de 31 de marzo en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la citada UTE contra la sentencia de 21 de abril de 2010 del juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Cáceres. Pues bien, todas las argumentaciones de la UTE, son desestimadas por el citado Tribunal que concluye:

En el presente caso, no se han introducido modificaciones por parte de la Entidad Local. Tampoco puede hablarse de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinen la ruptura de la concesión cuando la Corporación Local expresaba, antes de la celebración del contrato, los datos de facturación y abonados, correspondiendo a la parte demandante valorar estos datos a los efectos oportunos. La jurisprudencia exige como requisitos para la procedencia de la compensación por riesgo imprevisible que se trate de circunstancias sobrevenidas e imprevistas, es decir, que concurra una modificación de los elementos financieros del contrato derivada de la llamada doctrina del riesgo imprevisible que se produce cuando existe un cambio significativo de circunstancias objetivas en perjuicio del contratista. Requisitos que no se cumplen en el presente supuesto de hecho al no tratarse de circunstancias sobrevenidas ni imprevisibles sino que se trata de hechos que hubieran podido preverse en el momento de presentación de la oferta del contrato por corresponder a la capacidad autoorganizativa del empresario.”

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen procede desestimar la pretensión de la empresa adjudicataria para proceder, en virtud de los artículos 59 y 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la modificación planteada del contrato de gestión integral de los servicios públicos de abastecimiento, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas, tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de Arroyo de la Luz (Cáceres)”.