



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

AYUNTAMIENTO PLENO

MINUTA N °4/2009

SESIÓN EXTRAORDINARIA

CELEBRADA EL DIA 2 DE ABRIL DE 2009

En Polop de la Marina, provincia de Alicante, y en el Salón de Plenos del Ayuntamiento, el día 2 de abril de 2009, siendo las 9 hrs, se reunieron en 1ª convocatoria los Srs. Concejales, que a continuación se relacionan, bajo la Presidencia del Sr. Alcalde, D. Juan Cano Giménez, asistido del Secretario de la Corporación D. Antonio Fuentes Murcia.

Concejales asistentes:

Srs. Concejales: D José Valero Mas, Dª Mª Dolores Zaragoza Teuler, D. Juan Iborra Tormo, D. Joaquín Andrés Montiel Ferrer, D.ª Mª Pilar Villanueva Herrero, Dª Mª Jose Fuster Tormo, D. José Oscar Ripoll Such, D. Gabriel Fernández Fernández y Dª Mª France Berenguer Berenguer. No asiste, previa justificación, D. Jose Berenguer Zaragoza.

1º.-RESOLUCIÓN RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR LA ENTIDAD *AGUAS DE VALENCIA*.

Se da cuenta del recurso de reposición presentado por la entidad Aguas de Valencia, S.A., contra el acuerdo plenario, adoptado en sesión de 23 de enero de 2009, por el que se prorrogó y amplió la concesión del servicio domiciliario de agua potable.

Por la Sra. Fuster Tormo, concedida la palabra, se expone que, con la prórroga, se ha evitado la licitación pública, lo cual puede ir en contra de los intereses municipales. Estima que el recurso tiene razón y por ello votarán en contra.

Por el Sr. Fernández se pregunta si se consultó con otras empresas. A lo que el Sr. Alcalde contestó que sí hubo consultas a nivel informativo. A lo que el Sr. Fernández replica que se debería haber informado al pleno.



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

“**VISTO** el recurso de reposición interpuesto por D. Francisco Zorrilla Soriano, en representación de AGUAS DE VALENCIA, S.A., contra acuerdos del Pleno de esta Corporación adoptados en fecha 23 de enero de 2009, relativos a la aprobación de la prórroga del contrato de concesión del servicio domiciliario de agua potable, así como la ampliación del objeto del referido contrato de concesión.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de febrero de 2009, por D. Francisco Zorrilla Soriano, en representación de AGUAS DE VALENCIA, S.A., se interpone recurso de reposición solicitando la revocación o anulación de acuerdos del Pleno de esta Corporación adoptado en fecha 23 de enero de 2009, relativos a la aprobación de la prórroga del contrato de concesión del servicio domiciliario de agua potable, así como la ampliación del objeto del referido contrato de concesión. Asimismo se solicita la suspensión de la ejecución de los acuerdos recurridos.

Segundo.- El recurso se formula en síntesis en base a los siguientes fundamentos de derecho:

- Nulidad del acuerdo plenario en cuanto supone una modificación sustancial del objeto del contrato por cuanto, se incluyen en el mismo la ejecución y financiación de obras por la empresa concesionaria y se acuerda la prórroga de la vigencia del contrato en contra de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que son contrarias a admitir posibilidad de que la Administración pueda compensar al concesionario concediéndole una prórroga de la vigencia del contrato.
- Nulidad del acuerdo de ampliación del objeto del contrato de concesión al servicio de alcantarillado por ser un servicio distinto al servicio de agua potable conforme lo previsto en el Art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
- Respecto de la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido, al amparo del Art. 111 de la Ley 30/1992, se fundamenta en los perjuicios económicos que el inicio de la ejecución de las obras podría suponer para este Ayuntamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

PRIMERO.- Habiendo solicitado la mercantil recurrente la suspensión de la ejecución de los acuerdos recurridos, analizaremos y resolveremos en primer lugar esta cuestión.

Tal y como establece el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, al decidir sobre la admisión o no de una solicitud de suspensión, deben tenerse en cuenta los intereses a confrontar, es decir, el interés público y el del recurrente, ponderando el perjuicio que para uno y otro se derivaría de la suspensión o de la ejecución de los actos.

Dicho lo anterior, y habida cuenta de que en nuestro Derecho la regla general es la ejecutoriedad de los actos administrativos, incluso en el supuesto de interposición de recurso contra los mismos, las razones de interés público que han motivado la modificación del contrato de concesión tienen su origen en la necesidad de ejecutar determinadas obras en el abastecimiento y en la oportunidad de la gestión conjunta de los servicios de agua y alcantarillado, la satisfacción de estas demandas del interés general deben prevalecer y no pueden quedar supeditadas al interés del recurrente, que según sus propias palabras no es otro que "*concurrir a las licitaciones que se convoquen para la adjudicación de todo tipo de obras y servicios relacionadas con el ciclo integral del agua*". Es por ello que no procede acceder a la solicitud del recurrente de suspensión de la ejecución de los acuerdos recurridos.

SEGUNDO.- A diferencia de los contratos civiles, en los que rige el principio de igualdad de las partes contratantes, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado que la Administración pública concedente, tiene, en la concesión de servicios públicos, facultades superiores y prácticamente análogas a las que tendría si gestionase directamente el servicio. Goza de un amplio poder de intervención, destinado a asegurar la buena marcha y la correcta prestación del servicio de que se trate.

La potestad de modificación unilateral de los contratos administrativos por parte del órgano de contratación, *ius variandi*, es una de estas prerrogativas de la Administración que, como define Sosa Warner, se trata de "una actuación específicamente dirigida a modificar directa y unilateralmente el objeto contractual". En términos muy similares lo define la jurisprudencia, así, la STS 13 de noviembre de 1986 (Arz. 8.072): "*(...) modificación del objeto mismo del contrato impuesto unilateralmente por la Administración (ius variandi) (...)*".



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

En cuanto a su regulación legal, esta potestad se regula por primera vez en los artículos 126,2, a) y 127.1.1ª del Reglamento de Servicios Locales, de 17 de junio de 1955. Igualmente, esta prerrogativa extraordinaria se ha venido reiterando en las normas posteriores al citado Reglamento, hasta la vigente Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en las que se ha venido manteniendo la justificación de las modificaciones en razones de interés público y admitiendo la extensión de las mismas a las características del servicio concedido. Por lo tanto, este poder de modificación del contrato de concesión de servicios públicos que la legislación reconoce a la Administración concedente, se configura, también como técnica necesaria para la satisfacción permanente del interés general. No obstante, el poder administrativo modificador tendrá como límite o condición la exigencia legal de mantenimiento del equilibrio económico que fue considerado como básico en la contratación. De forma que si las modificaciones introducidas en los elementos contractuales implican una alteración de dicho equilibrio, en cuanto afectare al régimen financiero del contrato, la Administración pública deberá restablecerlo.

En consecuencia, como excepción al principio de inalterabilidad de los contratos y por ende de la concesión, la legislación administrativa faculta a la Administración para modificar por razones de interés público, el contrato administrativo, facultándola para ordenar las modificaciones que aconseje el interés público y, entre otras, la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones; en definitiva las características del servicio.

En todo caso, sobre la base de su regulación legal, el ejercicio de la potestad de modificación contractual que deberá ser acordada por el órgano de contratación, exige que se tramite expediente en el que se justifique la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos, razones de interés público fundado en causas imprevistas o necesidades nuevas, y, en su caso, se valore la cuantía de la modificación a efectos del restablecimiento del equilibrio financiero.

Finalmente, si como consecuencia de la modificación se alterara el equilibrio económico del contrato, se podrá operar teniendo en cuenta todos los elementos económicos que intervengan en la retribución del concesionario, ya directos (tarifas, subvenciones) ya indirectos, como la prórroga del plazo de la concesión, reducción de las obligaciones del concesionario y otros.



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

TERCERO.- En el supuesto de la modificación contractual acordada por el Ayuntamiento de Polop, la concurrencia de los motivos del interés público que motivan la modificación contractual acordada, quedaron justificados en el expediente y fueron apreciados por el órgano competente que según se determina en el artículo 22.2. n de la Ley 7/1985, es el Pleno del Ayuntamiento. Motivos de interés público que la Jurisprudencia (Por todas, STS de 4 de mayo de 2005) ha entendido que corresponde valorar a la Administración contratante: “las razones de oportunidad corresponde valorarlas al Ayuntamiento, teniendo en cuenta además que la concesión, según doctrina de esta Sala, sentencia de 2 de diciembre de 1988, está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad del servicio”.

La posibilidad de que el concesionario del servicio financie obras de ampliación y renovación del abastecimiento está expresamente prevista en la cláusula 7ª del el contrato de concesión que nos ocupa, con los únicos límites de que así lo decida el Ayuntamiento y previamente encuentre la forma de resarcir a la empresa concesionaria.

En cuanto a la duración del contrato de concesión del servicio de agua potable del municipio de Polop, en el mismo esta prevista la posibilidad de prorrogar el plazo de vigencia concesional hasta el máximo establecido legalmente.

A tal efecto, y partiendo de la exigencia legal de que toda modificación del contrato que conlleve mayores obligaciones económicas para el concesionario, implica el restablecimiento del equilibrio económico - financiero de la concesión, se plantea cumplir con dicha exigencia legal mediante la prórroga del plazo de duración del contrato por un período de 12 años a contar desde la finalización del actual período de vigencia, período que atendiendo a la cuantía de las inversiones de manera que el concesionario pueda recuperar la inversión sin que de ello se derive afectación presupuestaria ni incremento extraordinario de las actuales tarifas del servicio.

A los efectos de determinar la posibilidad legal de la prórroga de la duración del contrato acordada, es necesario determinar cual es la normativa aplicable al contrato, para así establecer cual es su duración legal máxima. Teniendo en cuenta que la fecha de formalización del contrato es el 1 de junio de 1995, y habida cuenta de que la Ley 13/1995 entró en vigor el 12 de junio de 1995, conforme a lo previsto en la DT 1ª de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre,



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

de Contratos del Sector Público en relación con lo establecido en la también DT 1ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la DT 1ª de la Ley 53/1999 y la también DT 1ª de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, la norma aplicable al mismo no es otra que la legislación sobre contratación administrativa vigente en el momento de la adjudicación, es decir, por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953 (RCCL) y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955 (RSCL), la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (LCE), y el Reglamento que la desarrolla, de 25 de noviembre de 1975 (RCE). Dado el carácter de norma especial respecto de la Administración Local, que tiene el RSCL puede entenderse de acuerdo con un importante sector jurisprudencial y doctrinal, que el plazo de duración máxima establecido legalmente para este contrato es de cincuenta años.

Por tanto, la prórroga de la duración del contrato acordada, por un período de 12 años, acumulado al período transcurrido desde el inicio del contrato, no sobrepasa el plazo de duración máximo legal establecido para el mismo.

En relación con la prórroga del período de vigencia concesional, la doctrina científica y jurisprudencia ha venido admitiendo la prórroga del contrato de concesión como mecanismo para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión, así es de destacar la sentencia del TS, de 16 de octubre de 2003, reza así:

" La impugnación planteada (.....) suscita dos cuestiones que por estar directamente relacionadas, merecen ser examinadas de manera conjunta. La primera [impugnación] es la inviabilidad jurídica, en términos generales, de la prórroga del período concesional como mecanismo de compensación o restablecimiento del desequilibrio financiero de la reducción de tarifas. La segunda es que la prórroga o ampliación del plazo concesional (.....) resulta también improcedente, por rebasar el plazo máximo previsto en las bases de los concursos de adjudicación de las concesiones.

Estos dos obstáculos que son señalados frente a la ampliación del período concesional no tienen justificación legal, por lo que seguidamente se va a expresar:



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

(.....) en el marco de la regulación general de la contratación administrativa que en el contrato de gestión de servicios públicos, ha venido reconociendo a la Administración contratante el "ius variandi" siempre que medie una razón de interés público y a condición de compensar al empresario en términos que se mantenga el equilibrio económico que presidió la perfección del contrato (...). La amplitud y el rigor con que aparece establecida en esa regulación general la exigencia del mantenimiento de la ecuación económica del contrato impide aceptar limitaciones no expresamente establecidas sobre las fórmulas de compensación económica al concesionario. Y esto supone, como bien apuntan los demandados, que si la modificación contractual afecta a uno de los elementos económicos del contrato, el equilibrio podrá lograrse alterando cualquier otro elemento de la misma índole económica y, entre estos, no cabe duda que se encuentra el plazo de duración de la concesión".

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del TS de 4 de mayo de 2005, dictada en un supuesto de modificación de un contrato de concesión de servicio público con motivo de inversiones a realizar por el concesionario para adaptar el servicio a las nuevas necesidades:

"De igual forma, procede desestimar las alegaciones de la parte recurrente sobre la prórroga del plazo del contrato, pues, de una parte, tanto esta Sala del tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998/1412), como en el informe del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999, se admite la posibilidad de prórroga como medida compensatoria respecto a los desequilibrios económicos que se produzcan al concesionario por inversiones;".

También en referencia al plazo de duración de las concesiones, y en relación a si las cláusulas en las que se especifica el plazo de la concesión es o no un elemento esencial a la hora de su modificación, para Sosa Wagner (Jornadas sobre derecho del Aguas "Gestión de Servicios Públicos: algunos problemas. Ed. Aranzadi 1999), responde que este interrogante exige precisar, en primer lugar, si esta disposición determina un plazo "ex lege", en modo alguno disponible por las partes; en segundo lugar, analizar la finalidad del establecimiento de este



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

plazo máximo de la concesión para conocer si su modificación atenta a la esencia de la misma, para en último término, desarrollar los argumentos que pueden apoyar la modificación. A tales cuestiones responde el autor defendiendo el carácter contractual y no legal del plazo concreto de las concesiones administrativas, establecido en el pliego de rector de la contratación. La única prohibición que contiene la LEC (y mantiene la LCAP) es la de proscribir las concesiones perpetuas o indefinidas, para a continuación establecer la obligación de determinar un plazo en los pliegos. Es, por consiguiente, la duración del plazo un elemento a fijar por la Administración en el pliego de cláusulas administrativas, un elemento convencional y no un elemento estructural o esencial de la concesión. El único elemento esencial es que debe existir un plazo máximo para evitar las concesiones indefinidas, pero no la duración concreta de dicho plazo, siempre que el mismo no supere el máximo legal. Por ello, no puede afirmarse que el plazo pactado sea, en modo alguno un elemento esencial de la concesión, sino que se trata de un elemento convencional, cuya modificación no se impide por el ordenamiento jurídico, siempre que no se sobrepase el límite legal máximo establecido en la legislación que le sea de aplicación.

En cuanto a la sentencia del TS de 25 de mayo de 2006, alegada por el recurrente para fundar su pretensión no es aplicable al supuesto que nos ocupa ya que, el Tribunal se pronuncia sobre un supuesto de hecho distinto al que nos ocupa, donde el contrato no preveía la posibilidad de prórrogas.

CUARTO.- La ampliación del objeto de la concesión al servicio de alcantarillado está prevista en el propio contrato de concesión en su cláusula 1, en los siguientes términos: *“De conformidad con las recomendaciones contenidas en la Carta Europea del Agua, el objeto de la concesión podrá ser ampliado a alguno o a la totalidad de los servicios que conforman el ciclo integral del agua, (alcantarillado y depuración de residuales), siempre que, de acuerdo con el concesionario, así lo acuerde el Ayuntamiento Pleno.”* .

Dicha previsión justifica la excepción licitatoria bastando que, previo acuerdo con el concesionario, el Ayuntamiento Pleno adopte el oportuno acuerdo en tal sentido.

En virtud de lo expuesto, el Pleno de este Ayuntamiento, por 6 votos a favor (PP) y 4 votos negativos (2GdP y 2PSOE), **ACUERDA:**



Pleno del Ayuntamiento de Polop de la Marina

Sesión extraordinaria celebrada el día 2 de Abril de 2009.

Minuta N° 4/2009

- 1) Desestimar la solicitud de suspensión de los acuerdos impugnados.

- 2) Desestimar el recurso de reposición interpuesto por D. Francisco Zorrilla Soriano, en representación de AGUAS DE VALENCIA, S.A., contra el acuerdo de Pleno de esta Corporación adoptado en fecha 23 de enero de 2009, relativo a la aprobación de la prórroga del contrato de concesión del servicio domiciliario de agua potable, así como la ampliación del objeto del referido contrato de concesión.

- 3) Notificar la presente resolución en forma al recurrente, D. Francisco Zorrilla Soriano, en su condición de apoderado de la mercantil AGUAS DE VALENCIA, S.A.

Y no habiendo más asuntos de que tratar el Sr. Alcalde ordenó levantar la sesión, siendo 9:40 hrs. de lo que como Secretario, **CERTIFICO.-**