

SESIÓN EXTRAORDINARIA Y URGENTE DEL AYUNTAMIENTO PLENO DEL DÍA 18 DE DICIEMBRE DE 2008

Asistentes

Alcaldesa-Presidenta

Dña. Natacha Rivas Campos (PA)

Concejales

D. José Luis Campos Rodríguez (PA)
D. Juan Carlos Gil Sánchez (PA)
D. Francisco José Vázquez Sánchez (PA)
D. Enrique Rojas de Haro (PSOE)
D. Miguel García Sánchez (PSOE)
D^a. Francisca López Gumiel (PSOE)
D^a. María del Carmen Herrera Herrera (PSOE)
D. Manuel Rafael García González (PP)
D. Antonio Jesús Cordón Peñalver (PP)
D. Sebastián Damián Sánchez Segovia (PP)
D^a. M^a Pilar Díaz Ruiz (PP)
D. Rafael Segovia Sánchez (PSA)

Secretaria

D^a. Adriana Fernández Pérez-Olivares.

En Algarrobo, siendo las veinte horas del día dieciocho de diciembre de dos mil ocho, se reúnen en el Salón de Actos del Ayuntamiento los componentes de la Corporación arriba indicados, al fin de celebrar sesión extraordinaria y urgente del Ayuntamiento Pleno.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Buenas noches a todos, vamos a dar comienzo a la sesión plenaria.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

El motivo de la urgencia es que el grupo socialista ha presentado un segundo recurso a la adenda del agua, se ha hecho el informe jurídico por parte de secretaría y a la vista de que hemos puesto el pleno extraordinario solicitado por el grupo socialista hoy, hemos decidido poner también hoy este pleno extraordinario. Vamos a votar la motivación de la urgencia.

Interviene el Concejel del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

¿No podemos debatir? Creo que se debería debatir o, al menos, dar nuestra opinión de por qué vamos a votar en un sentido u otro la urgencia de este pleno. Supongo que el motivo de la urgencia es la firma de concertación, que será mañana y no lo que dice la señora alcaldesa. Entiendo que es por eso y no por el tema del recurso aunque me parece bien que se le de diligencia al tema, imagino que necesita acuerdo de pleno para poder firmar concertación con Diputación, cosa que no se hizo para el año 2008.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

No es cierto que para ir a la firma de concertación se necesite acuerdo de pleno pero hemos aprovechado para traerlo aquí puesto que sí que tenemos que contestar porque uno de los puntos que ustedes proponen hay que contestarlo antes del sábado. Sin más pasamos a votar la urgencia.

Votan a favor los cuatro concejales del P.A., los cuatro concejales del P.P. y el concejal del P.S.A.

Se abstienen los cuatro concejales del P.S.O.E.

Se aprueba la urgencia del Pleno por mayoría absoluta.

PRIMERO: RATIFICACIÓN DE ACUERDO DE CONCERTACIÓN 2008.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Únicamente venimos a ratificarlo por si en algún momento nos piden un acuerdo de pleno, por si acaso. No hay más. Si queréis puedo dar lectura de todo.

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

Me gustaría saber cuándo se dio cuenta de lo que ha entrado y de las actuaciones que se han incluido, no de cuando se hizo la petición.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

En el pleno correspondiente se dio cuenta, no recuerdo en cual. Voy a dar lectura, de manera general, a las actuaciones en el año 2008. Como planes provinciales: finalización del encauzamiento del río Algarrobo y Avda. de Karat, adquisición de contenedores, mejora de infraestructuras de la red de saneamiento del Arroyo Seco y Urbanización de la Avda. de Karat quinta fase y después entramos en asistencia jurídica, etc. desde cultura aula abierta, etc. fiesta de Oktoberfest, apoyo a Software de municipios, suministro de plantas, los servicios sociales comunitarios, todas las escuelas deportivas etc. En el siguiente pleno se dio explicación de todo.

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

Creo que no se ha dado cuenta de manera pormenorizada las actuaciones incluidas en concertación para el año 2008, ni en ninguna comisión informativa, creo que previamente se debía de haber hecho, para dar al grupo socialista la posibilidad de haber participado en la presentación de propuestas, aunque luego se llevaran las que el equipo de gobierno estimara oportunas. Con estas circunstancias es difícil apoyar una

propuesta en la que no se nos ha dado la posibilidad de participar. Entendemos que esas obras pueden ser positivas para el municipio pero se nos debería haber facilitado la posibilidad de participar. Por eso nos vamos a abstener.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Siempre tienen disponible esta información y pueden solicitarla, además saben que existe concertación. De todas formas yo voy a comprobar personalmente esto. Pasamos a votación.

Votan a favor los cuatro concejales del P.A., los cuatro concejales del P.P. y el concejal del P.S.A.

Se abstienen los cuatro concejales del P.S.O.E.

Se aprueba la ratificación del acuerdo por mayoría.

SEGUNDO: APROBACIÓN DEL ACUERDO DE CONCERTACIÓN PARA 2009 Y FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA LA FIRMA DE CUANTOS DOCUMENTOS SEAN NECESARIOS.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Mañana es la firma de concertación para 2009 y, al igual que hicimos para 2008, vamos a comentar las actuaciones de manera general. En infraestructuras, obras y suministros, como planes provinciales se pedirá el acondicionamiento de Calle Sol, Calle Trinidad y las viviendas sociales de Trayamar, la urbanización de Avda. de Karat, mejora de alumbrado público en el entorno de Calle San Sebastián, material para Protección Civil, teatro, actividades educativas escolares, Certamen de Relato Corto y Noche Flamenca de Algarrobo, talleres educativos, aula abierta, programa de apoyo a fiestas, fiesta de San Sebastián, Carnavales, etc. Dentro de Juventud y Deportes, escuelas deportivas, encuentros comarcales, etc. y otras actuaciones como acceso a red jurídica, asistencia de gestión económica y presupuestaria, talleres de formación en igualdad de género, asistencia en materia de prevención medioambiental, plan de suministro de plantas, trabajos de impresión, etc. Estas, en líneas generales, serán las actuaciones que se acometerán en el plan de concertación para el año 2009. Si alguien quiere tomar la palabra.

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

Aquí ocurre lo mismo, no se nos ha posibilitado participar en estos planes provinciales. Seguro que se aprobará pero no se nos ha dicho nada hasta que se trae a pleno para dar cuenta. Sólo queremos participar, aunque luego no se nos tenga en cuenta pero parece que no les interesa que participemos pero no se cumple este principio de llevar a comisiones informativas los asuntos que se vayan a ver en pleno. Con esta forma de actuar no nos permiten hacer propuestas y luego nos dicen “es que vosotros no hacéis propuestas”, es muy difícil participar de esta forma. Así, como lo estáis haciendo, se aprobará porque tenéis los votos suficientes e irá a Diputación, pero sin el voto positivo socialista. Nos vamos a abstener también por la misma circunstancia.

Interviene el Concejal del P.P. D. Manuel García:

Concertación lleva sobre la mesa varios meses y es cierto que no ha habido comisión informativa para este pleno por el carácter urgente del mismo, pero hay muchas otras formas de informarse como son las reuniones de portavoces o preguntar en los plenos ordinarios cómo va concertación. No han hecho nada de esto y ahora se quejan porque no se les ha permitido participar, pero es que no lo han pedido y la primera vez que lo hacen es el 18 de diciembre de 2008. Así que no vengan ahora con la piel de cordero diciendo que no les dejamos participar cuando no lo han solicitado.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Si alguien más quiere tomar la palabra.

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

Creo que en algún pleno si que hemos pedido una junta de portavoces para tratar temas de interés municipal, pero independientemente pensaba que la labor de toma de iniciativa corresponde al equipo de gobierno y a la alcaldía como cabeza visible. Parece ser que ahora las iniciativas y reuniones las tiene que plantear la oposición. Qué iniciativa vamos a tomar cuando las convocatorias las hace el equipo de gobierno, no la oposición.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Concertación, tanto en 2008 y 2009 no necesitan acuerdo de pleno para llevarlos a cabo, únicamente los planes provinciales. En cuanto a lo que dice el portavoz socialista, la oposición puede pedir en cualquier momento una junta de portavoces y puede presentar propuestas o mociones cuando quieran. Concertación son ayudas que Diputación ofrece para que se hagan los trabajos y he visto oportuno traerlo a este pleno urgente porque mañana es la firma, aunque no se necesita el acuerdo he visto bien traerlo para que el pleno lo apoye. Pasamos a votación.

Votan a favor los cuatro concejales del P.A., los cuatro concejales del P.P. y el concejal del P.S.A.

Se abstienen los cuatro concejales del P.S.O.E.

Se aprueba el acuerdo por mayoría.

TERCERO: CONTESTACIÓN AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR EL P.S.O.E. CONTRA EL ACUERDO DE PLENO DE FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008 POR EL QUE SE APROBABA LA ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICAS.

La Sra. Secretaria da lectura a la siguiente Propuesta de la Alcaldía:

“Propuesta de Alcaldía sobre contestación a recurso del PSOE en contra del acuerdo de pleno de 25 de septiembre de 2008 en relación a “Adenda al contrato administrativo de gestión y explotación del servicio municipal de abastecimiento, alcantarillado y depuración de aguas residuales de Algarrobo: acuerdo de modificación del objeto del contrato y condiciones económicas.”

En base a todo lo expuesto y fundamentado en el informe jurídico elaborado por la Secretaría de este Ayuntamiento, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual “Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”, y teniendo en cuenta que el mismo fue dictado por este Pleno, se eleva a dicho Órgano la siguiente PROPUESTA:

- A) Desestimar el recurso de reposición interpuesto en fecha 24 de octubre de 2008 por D. Enrique Rojas de Haro, en su condición de portavoz del Grupo Municipal Socialista, contra el acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación en sesión del pasado 25 de septiembre de 2008, ordinaria, punto noveno.
- B) Desestimar igualmente las alegaciones contenidas en el escrito de ampliación de recurso presentado por el Sr. Portavoz del Grupo Municipal Socialista en fecha 17 de noviembre de 2008.
- C) Confirmar y ratificar en todos sus extremos el acuerdo plenario objeto de recurso y,
- D) Desestimar así mismo la petición de suspensión de la ejecutividad del acuerdo plenario objeto del recurso.”

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Vamos a pasar a leer los recursos de reposición y el informe jurídico que da respuesta a los mismos.

La Sra. Secretaria hace lectura del Recurso de Reposición presentado por D. Enrique Rojas de Haro, como Portavoz del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Algarrobo, el día 24 de octubre de 2008, R.E. 3594:

“Que con fecha de 17 de octubre nos fue notificado mediante certificado de Dña. Adriana Fernández Pérez-Olivares, Secretaria del Ayuntamiento de Algarrobo, acuerdo del Pleno de la Corporación, de la sesión ordinaria del día 25 de septiembre de 2008, punto NOVENO: Propuesta de la Alcaldía sobre aprobación de Adenda al contrato de Gestión y Explotación del Servicio Municipal de Abastecimiento, alcantarillado y depuración de aguas residuales de Algarrobo: acuerdo de modificación del objeto del contrato y condiciones económicas, (31 de julio de 2003); así como facultar a la Sra. Alcaldesa para su firma.

Que por el presente escrito, y dentro del plazo legal de un mes establecido al efecto, conforme a los artículos 107, 110, 116 y 117 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, interpongo el RECURSO DE REPOSICIÓN contra el citado acuerdo, por entender que éste no se ajusta a derecho, provocando indefensión, en base a los siguientes HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO:

HECHOS

El lunes 22 de septiembre de 2008 celebramos Comisión Informativa para dictaminar, entre otros asuntos, éste, objeto de la impugnación. Durante su examen comprobamos que el expediente no estaba completo, pues carecía del informe jurídico así como del informe de Intervención. Tampoco aparecía, en relación con los proyectos de inversión a los que se aludía para justificar el canon de 600.000 €, los referidos proyectos ni tampoco informes de técnico municipal sobre la necesidad de ejecutar estas actuaciones así como de las valoraciones económicas de las mismas. Los Miembros del Grupo Municipal Socialista manifestamos que nos pronunciaríamos en Pleno. Del mismo modo, requerimos de la Sra. Secretaria el informe jurídico y el de intervención, dado que ninguno existía. La Sra. Secretaria nos manifestó que no eran necesarios. El miércoles 24 consulté los asuntos que se habían incluido en la convocatoria del Pleno del día 25. El expediente que se refiere a la Adenda del contrato de Gestión y Explotación del Servicio Municipal de Agua seguía apareciendo incompleto al no contener informe jurídico, informe de intervención ni informe de técnico municipal sobre la legalidad del acuerdo, sobre la necesidad de aplicar los incrementos propuestos por la empresa para restablecer el equilibrio económico de la Concesión y, así mismo sobre la necesidad de realizar los proyectos previstos y su coste. Finalmente tampoco aparecía informe sobre la justificación del interés público en la modificación de la duración del contrato, que por otra parte ya se contemplaba en el contrato mediante su prórroga.

El día 25, durante la celebración del Pleno, llegados a este punto, sí leyó la Sra. Secretaria un informe que aludía al art. 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RD 2/2000, de 16 de junio, para justificar la modificación del contrato. En ese momento se le mostró, con entrega de copia para su consulta que es el art. 163 de ese mismo texto el que regula las modificaciones de los contratos de gestión de los servicios públicos. Se le pidió que nuestra aclaración constase en acta.

El día 7 de octubre, mediante escrito con registro de entrada nº 3405, solicitamos diversos documentos, entre ellos, el certificado del acuerdo del Pleno del pasado 25 de Septiembre, punto NOVENO, por el que se aprueba la Adenda al Contrato de Gestión y Explotación del Servicio Municipal de Agua, y es el día 17 de octubre cuando recibimos el Certificado de la Sra. Secretaria. Y el acuerdo contenido en la certificación no incluye la adenda que se había aprobado ni ninguna otra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto que se impugna pone fin a la vía administrativa, por ello puede ser objeto de recurso potestativo de reposición.

SEGUNDO: El órgano competente para resolver es el mismo órgano que adoptó el acuerdo.

TERCERO: El recurrente goza de legitimación al ser miembro de la Corporación y haber votado en contra de dicho acuerdo.

CUARTO: En cuanto al fondo del asunto:

- I. Se infringe el art. 163.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, RD 2/2000 de 16 de junio, que regula las modificaciones de los contratos cuando se modifican las condiciones del servicio, pero lo hacen disponiendo que cuando esas modificaciones afecten al equilibrio financiero, la Administración deberá compensar al empresario para que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección del contrato. Y es evidente que esa compensación no puede ser otra que la económica a que en forma expresa alude el art. 127 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales.
- II. Así mismo, la ampliación de la duración vulnera el principio general de la contratación Pública que se refiere a la libre competencia, puesto que de ampliarse en otros diez años para compensar al concesionario de las inversiones previstas, se estaría impidiendo que se volviera a licitar el mismo, conculcando el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre competencia en la contratación pública.
- III. Se infringen los arts. 173.1.b y 177.1 del RD 2568/86, de 28 de noviembre, R.O.F., por no hallarse el expediente completo para consultarlo desde la convocatoria del Pleno, el día 23 de septiembre, al faltar los informes de Secretaría, de Intervención, así como los proyectos de inversiones contemplados e informes de técnico municipal.
- IV. Producen indefensión por no incluirse el Acta de la certificación de la Sra. Secretaria la Adenda a que se refiere el acuerdo impugnado.

Por lo expuesto,

SOLICITO: Se tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y se tenga por interpuesto en tiempo y forma RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICION contra el acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal del Ayuntamiento de Algarrobo, en sesión ordinaria del día 25 de septiembre de 2008, punto NOVENO: Propuesta de la Alcaldía sobre Aprobación de Adenda al Contrato de Gestión y Explotación del Servicio Municipal de Abastecimiento, alcantarillado y depuración de las aguas residuales de Algarrobo: acuerdo de modificación del contrato y condiciones económicas, (31 de julio de 2003); así como facultar a la Sra. Alcaldesa para su firma; y se adopte el acuerdo de anular la modificación aprobada en Pleno.

OTRO SI SOLICITO: Que conforme al art. 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se declare la SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO IMPUGNADO, por concurrir la circunstancia del posible perjuicio para el Ayuntamiento de Algarrobo de difícil reparación y, así mismo, por ser una de las causas de nulidad del art. 62.1 e y 62.1 g de la citada Ley.”

La Sra. Secretaria hace lectura de ampliación del Recurso de Reposición presentado por D. Enrique Rojas de Haro, como Portavoz del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Algarrobo, el día 17 de noviembre de 2008, R.E. 3890:

“Que por medio del presente escrito viene a AMPLIAR el contenido del RECURSO DE REPOSICIÓN interpuesto el día 24 de octubre de 2008, registro de entrado n° 3594, contra el acuerdo adoptado en el punto NOVENO de la sesión plenaria de carácter ORDINARIO de fecha 25 de septiembre de 2008, notificado el día 17 de octubre, mediante certificado emitido por la Secretaria del Ayuntamiento, relativo a PROPUESTA DE LA ALCALDÍA SOBRE APROBACIÓN DE ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICA, (31 DE JULIO DE 2003); ASÍ COMO FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA SU FIRMA, al amparo del contenido de los artículos 116 y 117 de la Ley 30/92, con base en los siguientes

FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS

PRIMERA.- Es nulo de pleno Derecho el acuerdo NOVENO adoptado en la sesión ordinario del Pleno del Ayuntamiento Algarrobo celebrada el 25 de septiembre de 2008, por tratarse de una NOVACIÓN del contrato suscrito el 31 de julio de 2003 entre el Ayuntamiento de Algarrobo y Meridional de Aguas S.A. para la gestión y explotación del servicio municipal de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales del municipio de Algarrobo, de conformidad con el contenido del artículo 1203 y ss. del Código Civil, en cuanto a la modificación sustancial de obligaciones que concluyen en la celebración de uno nuevo, sustituyéndose primordialmente el plazo de la concesión, con una prórroga que no figuraba en el pliego de condiciones por el que se licitó y adjudicó la misma en el año 2003.

Por ello, al tratarse la ADENDA aprobada de una ficción jurídica que contempla obligaciones y derechos que conllevan un “nuevo contrato”, NO resulta de aplicación el contenido de la Disposición Transitoria PRIMERA de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuanto a que este contrato se rija por el Texto Refundido de la LCAP, sino que debería aplicarse la nueva normativa, especialmente el contenido de los artículos 206 y 262, relativos a la resolución del contrato de referencia, o bien el artículo 258, relativo a la modificación del contrato de concesión de la gestión de un servicio público esencial y básico, “mediante la compensación económica”, único instrumento legal permitido para evitar el desequilibrio económico existente en la concesión, que sea demostrable, y que se haya demostrado, QUE NO ES EL CASO.

Con este acuerdo del Ayuntamiento de Algarrobo, se desplaza el desequilibrio económico del concesionario al interés general, al bien común de todos los usuarios de los servicios de agua, alcantarillado y depuración de aguas residuales de Algarrobo: SE LLEGA AL ABSURDO.

Así se desprende de la STS de 24 de abril de 1985, que dice:

“Que si resulta obligado el destacar lo que se acaba de exponer, es debido al tratamiento especial y privilegiado que nuestro ordenamiento otorga al “status” del concesionario, hasta el punto que, no dejando de ser la concesión un contrato, al menos como fuente de su constitución, sin embargo, las normas relacionadas con el tema que nos ocupa, no se ubican en el Reglamento de contratación, como ordenación general de la contratación administrativa de las Corporaciones Locales, sino en la específica de la concesión, de la Sección 2ª, Capítulo V, Título III, del Reglamento de Servicios de 17 de Junio de 1955, en el que, en sus artículos 126-2-b), 127-2-2º y 152-3, no sólo se recoge la doctrina francesa del “equilibrio financiero” o “ecuación financiera”, brillantemente introducida por el famoso “Arrêt Blum”, de 11 de marzo de 1910, continuada, entre otros, en los Arrêts de 3 de diciembre de 1920, 9 de marzo de 1928 y

10 de abril de 1935; no sólo se recoge esta doctrina, repetimos, propugnadora de una “equivalencia honesta” y el “mantenimiento equitativo de una cierta equivalencia entre las cargas y las ventajas del concesionario”, sino que se llega a pretender un equilibrio económico “en todo caso”, como se indica en el repetido artículo 126-2-b) del Reglamento de Servicios, lo que ha sido puesto en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario, lo que se ha llamado “el alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un “desequilibrio”, y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna (Sentencia de 2 de Julio de 1873, 25 de Marzo de 1915) (artículo 129-4 del Reglamento de Servicios); lo que representa una interpretación que conduce al absurdo.”

SEGUNDA.- No consta en el expediente ni el Informe Jurídico, ni el Informe de Intervención, precisos para evaluar la fundamentación legal oportuna, así como la validación del desequilibrio económico que haya propuesto y demostrado la empresa concesionaria.

TERCERA.- La referencia al contenido del artículo 101 del TRLCAP realizada en el informe leído por Secretaría, en la sesión del 25 de septiembre, trata de sustituir al antes referido INFORME JURÍDICO PREVIO que debió sustanciarse con anterioridad al dictamen de la propia Comisión Informativa y al acuerdo plenario a adoptar, por lo que AL NO EXISTIR EN EL EXPEDIENTE Y DOCUMENTACIÓN PREVIA A LA CELEBRACIÓN DE LA SESIÓN, que debe obrar, junto a la convocatoria, y desde la fecha en que se produce ésta, para ser examinada por los Concejales, se conculca gravemente el contenido de los artículos 9.3 y 23.1 de la Constitución Española, causando inseguridad jurídica e indefensión en los representantes de los ciudadanos, libremente elegidos por sufragio universal. Estos hechos fueron debidamente puestos en conocimiento del Pleno de la Corporación, CON CARÁCTER PREVIO a la adopción del acuerdo de fecha 25 de septiembre de 2008, por parte del ahora recurrente.

CUARTA.- El pliego de condiciones por el que se rige la concesión referenciada carece de mención alguna a la ampliación del plazo de vigencia de la concesión en el sentido propuesto y aprobado (DIEZ AÑOS DE PRÓRROGA), y ninguna normativa actual, y ni la doctrina, ni la innumerable y reiterada jurisprudencia existente avalan o apoyan esta medida de compensación económica al concesionario, EN NINGÚN CASO, NI BAJO NINGÚN CONCEPTO. Antes al contrario, DENIEGAN DICHA POSIBILIDAD DE COMPENSACIÓN CON PRÓRROGA EN EL PLAZO DE VIGENCIA.

Así, la STS (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 25 de mayo de 2006, dice literalmente:

“SEGUNDO

La Sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo expuso lo que a continuación transcribimos: “La problemática suscitada en el debate de las partes no es otra que la de si es posible que la Administración, tras una modificación del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria por razones de evidente interés público, puede compensar al concesionario al que adjudicó el contrato concediéndole una prórroga en la vigencia del mismo.

Así, en el caso de autos, el Ayuntamiento de Palencia, al socaire de esa modificación del servicio, prorrogó el contrato otorgado en el año 1991 y que vencía en el año 2001 por un periodo de 10 años a fin de que el concesionario pudiera amortizar las nuevas inversiones que debía de realizar.

Entendemos que los preceptos básicos a tomar en consideración para resolver tal problema son el artículo 127 y 128 del Reglamento de Servicios citado, preceptos que reconocen el derecho

del concesionario a percibir una compensación económica por razón de las modificaciones que la Corporación le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución –artículo 127.2 a) y 128.3, 2º)-, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Es decir, en caso de alteración de las condiciones del servicio que produzcan esos efectos el concesionario tiene derecho a percibir una compensación económica que, lógicamente, no es lo mismo que una prórroga temporal del contrato que, en este supuesto, alcanzaba a un número de años de igual (sic) al de la duración inicial.

Si atendemos a la normativa reguladora de la contratación de la gestión de los servicios públicos, ya sea la Ley de 1965 vigente al momento de la contratación o la Ley de 1995 que regía al momento de la modificación contractual operada, la conclusión a alcanzar sería la misma puesto que los artículos 74 y 164, respectivamente, regulan la modificación del contrato cuando se modifiquen las condiciones del servicio, pero lo hacen disponiendo que cuando esas modificaciones afecten al equilibrio financiero del contrato la Administración deberán “compensar” al empresario para que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección del contrato. Y es evidente que esa compensación no puede ser otra que la económica a que en forma expresa alude el artículo 127 del Reglamento de Servicios.

De otro lado, la posibilidad de prórroga del contrato derivaría de las previsiones que se hubieran fijado en el contrato inicial, extremo sobre el que hasta han probado las partes demandada y sobre el que nada puede decirse ya que el contrato no ha sido aportado a los autos por no estar en poder de la Corporación tal y como lo indicó al practicar la prueba documental admitida a la recurrente.

Por todo lo dicho debe concluirse que concurre una infracción de los preceptos legales citados, lo que integra la causa de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992, siendo por ello procedente anular la resolución impugnada en el particular relativo a la modificación del contrato de la concesión, pero no en cuanto a la alteración del servicio público objeto del mismo pues tal prerrogativa administrativa se ejercitó por evidentes razones de interés público que no han sido discutidas. Todo ello, dejando a salvo el derecho a compensación económica por parte del concesionario del servicio”.

En suma lo que plantea y resuelve la Sala de instancia en ese fundamento que el núcleo de la decisión que adopta, ser resume diciendo que acepta la posibilidad de la modificación del contrato de concesión del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria por razones de interés público, pero que esa modificación sólo puede ser compensada por la Administración concedente mediante el correspondiente resarcimiento económico y no por medio de una prórroga de la duración del contrato por un período de diez años a fin de que el concesionario pudiera amortizar las nuevas y elevadas inversiones que debía realizar.

De este modo, y como la propia Sentencia expreso en ese segundo fundamento de Derecho, el acuerdo recurrido era anulable, y, por ello, asumiendo la modificación del contrato de concesión del servicio público que consideró conforme a Derecho por obvias razones de interés público, lo anuló en cuanto a la prórroga del contrato, dejando a salvo el derecho de la sociedad concesionaria a la correspondiente compensación económica.”

Y recalca dicha STS:

“CUARTO

El segundo motivo se formula al amparo del apartado d) del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción al haber resultado erróneamente interpretado el art. 164 de la Ley 13/1995, así como en su caso el art. 74 del Decreto 923/1965 de la Ley de Contratos del Estado en cuanto a la compensación debida al concesionario afectado por la modificación impuesta al contrato.

Tanto el art. 164 de la Ley de Contratos del Estado, Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, como su precedente el art. 74 de la Ley de Contratos del Estado, Decreto 923/1965, de 8 de abril, permiten a la Administración modificar el contrato de gestión de servicios públicos por razones de interés público, pero el núm. 2 del art. 164 de la

Ley añade que “cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato” y esa declaración es, en lo esencial, idéntica a la contenida en el párrafo segundo del art. 74 de la norma derogada por la Ley de 1995. Y en idéntico sentido se manifiesta el vigente art. 163.2 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 al disponer que” cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”.

La sociedad recurrente afirma en el motivo que no necesariamente puede concluirse que la compensación ha de ser económica, puesto que la norma lo que señala es que producida la modificación la Administración “deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”, y ello bien puede hacerse prolongando el tiempo de la prestación del servicio por la empresa que lo realiza puesto que de ese modo se mantendría el equilibrio de los supuestos básicos que se tuvieron en cuenta para la adjudicación del contrato.

Ahora bien esa interpretación no se deduce de las normas antes mencionadas, ni tampoco de los artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, por que la ampliación del contrato, o, en otro caso, la prórroga del mismo no está contemplada en aquel que tiene una duración limitada establecida necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como las de las prórrogas de que pueda ser objeto, de modo que la pretendida compensación vía ampliación del contrato o prórroga del mismo para compensar de ese modo al contratista por la ruptura del equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato, vulnera el principio general de la contratación pública que se refiere a la libre concurrencia, puesto que de prorrogarse o ampliarse el contrato para compensar al concesionario de los desembolsos económicos que en este caso concreto vino obligado a hacer, al modificarse el contrato en cuando al modo de prestación del mismo, llevaría consigo que la Administración impidiese que al concluir el contrato se volviese a licitar el mismo, conculcando de ese modo el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre concurrencia en la contratación pública.

En consecuencia el motivo debe rechazarse y por ende desestimarse el recurso interpuesto.”

QUINTA.- Caso de aplicación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Algarrobo, de fecha 25 de septiembre de 2008, en su punto NOVENO, se rompería el criterio fundamental contemplado en el artículo 11 del TRLCAP, de PUBLICIDAD, LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS, así como la PRECEPTIVA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE, que conlleva el Informe Jurídico previo, y LA FISCALIZACIÓN PREVIA DE LOS ACTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO, que tiene su corolario en el artículo 122 y ss. de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

SEXTA.- Es evidente que la preceptiva intervención de los órganos jurídico (Secretaría) y de intervención de la entidad local es querida por el legislador en los supuestos de contratos de notoria importancia económica para el Ayuntamiento y respecto de modificaciones asimismo importantes. No cabe duda que en un contrato de prestación de servicios el plazo contractual es uno de los elementos que determinan su entidad. Así lo entiende la propia LCAP, pues en su artículo 36 dice que en los contratos de gestión de servicios públicos las garantías a exigir se fijarán a la vista de la naturaleza,

importancia y duración del servicio. El criterio de que el precio de un contrato ha de ser fijado en relación con su duración, no sólo cuenta con el apoyo de la doctrina establecida por el Consejo de Estado, sino que existen preceptos legales y reglamentarios de los que puede deducirse. La fijación de un presupuesto anual viene exigida por el principio de anualidad presupuestaria, pero las normas que lo fijan (Ley General Presupuestaria y Ley Reguladora de las Haciendas Locales) también contemplan la posibilidad de gastos plurianuales. La normativa sobre clasificación de contratistas distingue entre presupuesto total de las obras o servicios y anualidad media para determinación de categorías (Orden de 28-3-68 y posteriores modificaciones). También distinguen entre presupuesto total del contrato y pagos por anualidades u otros plazos. Y Directivas 93/36 CEE y 92/50 CEE, cuyo contenido se incorpora al texto de la LCAP según dice el apartado 1 de la Exposición de Motivos de esta Ley, al regular los contratos de suministros y de servicios celebrados por las Administraciones Públicas tienen en cuenta la duración del contrato a efectos de determinan su cuantía. Resultado de esta incorporación es el contenido del artículo 69 de la LCAP, que establece que el expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato, así como éste no podrá fraccionarse con objeto de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad, procedimiento o forma de adjudicación. Es lo que pretende el Ayuntamiento de Algarrobo, al ampliar UNILATERALMENTE el plazo de vigencia de la concesión.

SEPTIMA.- Por último, el ejercicio del “ius variandi” de la Administración no permite alterar sustancialmente ni el objeto ni las condiciones esenciales del contrato; esa restricción, que resulta lógica, es fundamentalmente una garantía para el contratista, tratando de evitar la imposición unilateral por la Administración de unas condiciones absolutamente distintas a las que regían las condiciones de licitación al tiempo de la adjudicación. En este caso no existe tal imposición, pues la concesionaria manifiesta el desequilibrio económico que suponen ciertas condiciones que han surgido ex-novo, y manifiesta expresamente su exigencia de recuperar el equilibrio financiero de la concesión. Por otro lado, otra pauta a la que se debe sujetar la Administración en el ejercicio del “ius variandi” es la exigencia de objetividad en su actuación, concretada en los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, la modificación que se plantea constituye alteración de un ningún elemento esencial del contrato, ya que el Pliego de Bases contenía unos requisitos y condiciones sobre la forma de prestación del servicio, y de la remuneración a obtener por parte del concesionario, así como el plazo de vigencia de la concesión que, con el acuerdo del Ayuntamiento de Algarrobo de fecha 25 de septiembre de 2008, SE ROMPE UNILATERALMENTE, en beneficio del concesionario, Y EN CONTRA DEL INTERÉS GENERAL DEL MUNICIPIO Y DE SUS HABITANTES, puesto que ni se cuantifican los nuevos proyectos, ni se accede a la libre concurrencia y publicidad en la modificación estructural y sustancial de un elemento indispensable en el contrato de concesión de la gestión de un servicio público: el plazo de vigencia del mismo.

Por otra parte, los cambios que se establecen NO son congruentes con la adjudicación inicial que valoró positivamente ciertos aspectos de la propuesta de la concesionaria que hay quedan desvirtuados por el nuevo contenido de la Adenda aprobada, AFECTANDO GRAVEMENTE A LOS TERCEROS BENEFICIARIOS/USUARIOS DEL SERVICIO, y a los demás licitadores o previsibles interesados, NO ADJUDICATARIOS DE ESTAS NUEVAS CONDICIONES DE LA CONCESIÓN.

Esta justificación es suficiente para acreditar que la modificación de la concesión aprobada excede los límites del ejercicio del ius variandi, por lo que ha de aceptarse que la única fórmula de ampliación del plazo de vigencia de la concesión pasa por la resolución del contrato concesional y la convocatoria de una nueva licitación pública para adjudicar la gestión de los servicios municipales mencionados. En efecto, en cuanto a este aspecto de la cuestión es claro que debe considerarse que el plazo de vigencia de DIEZ AÑOS fue aceptado como un requisito determinante y esencial del contrato, y es contemplado como solemne e indubitado en toda la jurisprudencia existente aplicable al caso.

Por todo lo expuesto,

SOLICITA:

Que, teniendo por presentada en tiempo y forma la presente **AMPLIACIÓN AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO EL DÍA 24 DE OCTUBRE DE 2008, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Algarrobo de fecha 25 de septiembre de 2008**, por el que se aprueba la PROPUESTA DE LA ALCALDÍA SOBRE APROBACIÓN DE ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICA, (31 DE JULIO DE 2003); ASÍ COMO FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA SU FIRMA, sea admitido y, previos los trámites e informes oportunos, el Pleno del Ayuntamiento de Algarrobo adopte los siguientes acuerdos:

1º Declarar nulo de pleno Derecho el acuerdo de fecha 25 de septiembre de 2008, por el que se aprueba la PROPUESTA DE LA ALCALDÍA SOBRE APROBACIÓN DE ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICAS, (31 DE JULIO DE 2003); ASÍ COMO FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA SU FIRMA, por atender al criterio de la ampliación/prórroga del plazo de vigencia de la concesión administrativa como fórmula para la compensación económica al concesionario del quebranto o desequilibrio financiero existente o sobrevenido en el servicio que viene prestando.

2º Subsidiariamente, que se declare nula de pleno Derecho la estipulación quinta (MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN) de la Adenda aprobada por acuerdo de 25 de septiembre de 2008, por el que se aprueba la PROPUESTA DE LA ALCALDÍA SOBRE APROBACIÓN DE ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICAS, (31 DE JULIO DE 2003); ASÍ COMO FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA SU FIRMA, por atentar gravemente contra los principios fundamentales de la contratación pública, como los estipulados en el artículo 11 del TRLCAP, de PUBLICIDAD, LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS, así como la PRECEPTIVA TRAMITACIÓN DE

EXPEDIENTA, que conlleva el Informe Jurídico previo, y LA FISCALIZACIÓN PREVIA DE LOS ACTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO, que tiene su corolario en el artículo 122 y ss. de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

3º Subsidiariamente, declarar nulo de pleno Derecho el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Algarrobo, de fecha 25 de septiembre de 2008, por el que se aprueba la PROPUESTA DE LA ALCALDÍA SOBRE APROBACIÓN DE ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICAS, (31 DE JULIO DE 2003); ASÍ COMO FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA SU FIRMA, por carecer de los Informes Jurídico y de Fiscalización previa de Intervención, para su adopción conforme a Derecho, conforme determina el artículo 67 del TRLCAP, concordante con el artículo 93 de la LCSP.

4º Subsidiariamente, que se declare nula de pleno Derecho la estipulación tercera (INVERSIONES Y ACTUACIONES DE MEJORA Y ADECUACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE LOS SERVICIOS) de la Adenda aprobada por acuerdo de 25 de septiembre de 2008, por el que se aprueba la PROPUESTA DE LA ALCALDÍA SOBRE APROBACIÓN DE ADENDA AL CONTRATO DE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES DE ALGARROBO: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y CONDICIONES ECONÓMICAS, (31 DE JULIO DE 2003); ASÍ COMO FACULTAR A LA SRA. ALCALDESA PARA SU FIRMA, por carecer y NO HABER SIDO PRESENTADO NI A LOS CONCEJALES DEL AYUNTAMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN DE LA SESIÓN, NI A LA COMISIÓN INFORMATIVA, NI AL PLENO, el ANEXO nº 4 DE LA ADENDA, donde deberían figurar los proyectos de inversión que, por importe de SEISCIENTOS MIL EUROS (600.000 EUROS) se compromete a ejecutar la concesionaria, como “actuaciones mejora y adecuación de las infraestructuras y equipamientos de los servicios objeto de la concesión (abastecimiento de agua y alcantarillado)”, SIN CONCRECIÓN ALGUNA DE LOS MISMO, y dejando fuera de dichas actuaciones las referidas a la DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES.”

La Sra. Secretaria hace lectura del siguiente informe jurídico:

“Visto el recurso de reposición presentado en fecha 24 de octubre de 2008 por D. Enrique Rojas de Haro, en su condición de portavoz del Grupo Municipal Socialista, contra el acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación en sesión del pasado 25 de septiembre de 2008, ordinaria, punto noveno y, visto igualmente el escrito de ampliación de recurso presentado por el Sr. Portavoz del Grupo Municipal Socialista en fecha 17 de noviembre de 2008, en ejercicio de la función de asesoramiento legal, y de conformidad con lo establecido en los artículos 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre y 173 y 174 del Real Decreto 2568/1986, paso a emitir el siguiente Informe en relación a los motivos de impugnación alegados contra el acuerdo plenario antes citado, todo ello conforme las siguientes cuestiones:

Preliminar primera. Motivos de impugnación del acuerdo plenario de 25 de septiembre de 2008.

El Sr. Portavoz del Grupo Municipal Socialista, en el escrito de interposición del recurso presentado el 24 de octubre, escrito con Registro de Entrada nº 3.5.94, funda su recurso básicamente en tres motivos, a saber:

- A) La falta de los informes jurídico y de Intervención en el expediente al momento de convocatoria del Pleno en que se adoptó el acuerdo.
- B) Que la ampliación de la duración de la concesión en diez años, para compensar al concesionario de las nuevas inversiones a ejecutar y de la modificación del objeto de la concesión, conculca los principios de publicidad y libre concurrencia que rigen la contratación de las administraciones públicas.
- C) Que el restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión no puede efectuarse mediante la ampliación de la duración de la concesión, debiendo efectuarse el mismo en alguna de las formas permitidas por el artículo 127 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

Por su parte, en el escrito de ampliación del recurso presentado el 17 de noviembre, con registro de entrada nº 3.890, además de desarrollar los tres motivos de impugnación antes expuestos (el defecto formal de falta de informes, la vulneración del principio de libre concurrencia, y que la ampliación del plazo no es mecanismo válido para el restablecimiento del equilibrio económico) se añade un cuarto motivo de impugnación: la inadecuación del marco legal aplicado al acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación al no fundarse el mismo en las prescripciones de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, legislación que el recurrente estima de aplicación al considerar que el contenido del acuerdo es una novación del contrato.

Preliminar segunda. Admisibilidad de la ampliación de recurso.

Centrado y concretado el objeto del recurso, y de la ampliación al mismo, manifestar que ningún artículo de la Ley 30/1992 contiene mención alguna en relación a la posibilidad de formular alegaciones complementarias a las evacuadas en trámite de interposición de los recursos, lo que obliga, como primera providencia, a determinar si el escrito de ampliación presentado el 17 de noviembre es, o no, admisible, máxime cuando introduce un motivo de impugnación no enunciado originalmente.

En este sentido destacar que tanto el artículo 110 de la Ley 30/1992, en que se determinan con carácter general los formalismos y contenido de los escritos de interposición de los recursos, como los restantes del Capítulo II del Título VII de la Ley, siempre emplean expresiones singulares, del tipo “*la interposición del recurso*”, “*el plazo máximo para interponer el recurso*” al referirse a cada uno de los concretos tipos de recurso, lo que apunta a un único escrito de alegaciones por recurso.

Ello no obstante, en atención a los principios generales contenidos en el artículo 3 de la propia Ley, así como a lo establecido en los artículos 70 y 71 de la misma, a los fines de garantizar el principio constitucional a la defensa, y para la mejor y más objetiva defensa de los intereses del recurrente y de la propia Corporación se considera conveniente admitir a trámite la ampliación de recurso toda vez que los motivos de

impugnación que en el mismo se contienen son, en esencia, los mismos que se enuncian de forma sucinta y esquemática en el escrito original de interposición del recurso y que la ampliación se ha formulado dentro del plazo de un mes que la Ley determina en su artículo 117.2 para la resolución de los recursos de reposición.

Ahora bien, por analogía con lo establecido en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que impide plantear en sede judicial cuestiones que no hubieran sido previamente planteadas en sede de recurso, procedería inadmitir por extemporáneo el motivo de impugnación relativo a la no aplicación al acto de la Ley 30/2007; ello no obstante, y para evitar una eventual alegación sobre una posible conculcación del derecho a la defensa, se analizará también este motivo de impugnación.

Preliminar tercera. Sobre la petición de suspensión provisional.

El recurrente, en Otrosí al escrito de interposición del recurso de 24 de octubre, solicita la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado, y ello en base a dos sucintas argumentaciones: a) el posible perjuicio para el Ayuntamiento y, b) alegarse las causas de nulidad de los incisos e) y g) del artículo 62.1 de la ley 30/1992.

En relación a esta petición accesorio, y toda vez que por el recurrente no se apunta siquiera indiciariamente cuáles son los posibles perjuicios para el Ayuntamiento, se estima que por la contraposición de los intereses en conflicto, y siendo la finalidad del acuerdo impugnado garantizar una normal y correcta prestación de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y, por su conexión con el acuerdo adoptado en la misma sesión relativo a la gestión del servicio de depuración de aguas residuales por la Mancomunidad de la Axarquía, debe decaer la petición del recurrente y procede mantener la plena ejecutividad del acto.

Igualmente, y en relación a las causas de nulidad invocadas, cuya respuesta se desarrolla en los puntos siguientes de este informe, procede también rechazar la petición de suspensión toda vez que no concurre la causa del artículo 62.1.e) de la Ley 39/1992, ni en el escrito de recurso se concreta la norma infringida que pueda servir de sustento a la petición de suspensión en base al artículo 62.1.g) de la Ley.

Concluyendo con el informe en relación a la petición de suspensión debe ponerse de manifiesto que habiendo efectuado el recurrente ampliación de alegaciones el 17 de noviembre de 2008, es decir, casi concluido el plazo de un mes para resolver el recurso de reposición inicial; ello ha obligado a revisar y rehacer casi por completo el presente informe en atención al contenido del escrito de ampliación de recurso, con lo que el recurso no ha podido resolverse en los plazos determinados por los artículos 111 y 117 de la Ley 30/1992.

Consecuentemente, y a causa de la técnica dilatoria usada por el recurrente, informar en relación a la procedencia de denegar la petición de suspensión.

Concretado el objeto del recurso y su ampliación, y estudiada la admisibilidad de ésta última, se pasa ahora a informar en relación a las cuestiones de fondo, y ello conforme las siguientes consideraciones:

Primera. Sobre la legislación aplicable.

En relación a la impugnación basada en que para la adopción del acuerdo de 25 de

septiembre de 2008 no se ha aplicado lo establecido en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, procede informar que partiendo de principios generales del Derecho recogidos en nuestro Código Civil y, más en concreto, de lo establecido en el :

- Capítulo I, Fuentes del Derecho, artículo 2.3 conforme el cual: *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”* y en el
- Capítulo II, Aplicación de las normas jurídicas, artículo 4.3 conforme el cual: *“Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”*,

Y de conformidad con la propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), resulta de plena aplicación al “Contrato para la gestión y explotación del servicio municipal de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales del municipio de Algarrobo”, y a la “Adenda de modificación del objeto del contrato y condiciones económicas” de fecha 30 de septiembre de 2008, objeto del presente informe, la Disposición Transitoria primera LCSP, que determina expresamente que los Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007 se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Consecuentemente con la literalidad de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP sólo se puede llegar a la conclusión de la inexistencia de vulneración de la Ley de Contratos del Sector Público, por inaplicación de la misma al expediente en cuestión, ya que dicha Ley determina expresamente que sus disposiciones carecen de eficacia retroactiva, por lo que los preceptos citados en el recurso de reposición son inaplicables al acuerdo objeto de recurso y, en consecuencia, la normativa analizada y aplicada a efectos de la adopción del acuerdo, el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) es la procedente y el acuerdo se ha fundado en la legislación aplicable al caso.

Segunda. Sobre la omisión de informes.

El segundo motivo de nulidad que se alega por el recurrente es que al momento de la convocatoria del Pleno no constaban en el expediente los informes jurídico ni de la intervención (informes previos que el recurrente estima como preceptivos), aunque se reconoce en el recurso que en el acto de adopción del acuerdo plenario sí se dio lectura a los informes que en dicho momento solicitó el concejal recurrente. Así pues el motivo de impugnación se concreta en la aportación presuntamente extemporánea de los informes previos sobre la legalidad y validez del acto.

En relación a esta cuestión destacar que desde la fecha de convocatoria del Pleno el 23 de septiembre de 2008 el expediente queda a disposición, sin que se haga alegación alguna denunciando irregularidades procedimentales.

Hecha la anterior precisión informar en relación a la cuestión de fondo que el hecho de que los informes se puedan haber aportado extemporáneamente al expediente no supone que el acuerdo plenario impugnado sea nulo de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el art. 62.1 e) de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que la omisión de un simple trámite procedimental no significa que se

haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido como exige dicho precepto, sin que dicha omisión, signifique que el acuerdo impugnado se haya dictado con infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados art. 62.1 e) de la Ley 30/1992, pues el acuerdo impugnado fue adoptado por el Pleno del Ayuntamiento con la mayoría exigida legalmente al efecto, órgano que era el competente para adoptarlo.

Así se desprende asimismo de lo dispuesto en el art. 455.1 TRRL cuando después de decir, en el apartado primero, que el informe del Interventor deberá producirse antes de la adopción de los acuerdos, en el apartado segundo añade, que de todo acuerdo con repercusión económica que haya sido adoptado sin el previo informe o conocimiento del Interventor no podrá imputarse a éste responsabilidad alguna. **Lo cual significa que su informe no es vinculante para el órgano competente** y que el efecto de la omisión denunciada, solamente tiene el efecto de eximir de responsabilidad a dicho funcionario.

En este mismo sentido debe tenerse en cuenta que según artículo 83.1 de la Ley 30/1992 los informes previos a la adopción de los actos administrativos, salvo que una disposición legal lo establezca expresamente son facultativos y no vinculantes, debiéndose también significar que en este caso ni el informe de la Intervención ni el jurídico son preceptivos al no suponer la adenda la asunción por parte del Ayuntamiento de obligaciones de contenido económico y no requerir los cuerdos de mayoría cualificada.

Ampliando lo indicado informar que conforme artículo 173.1 del Real Decreto 2568/1986, los informes de Secretaría e Intervención únicamente son preceptivos respecto de asuntos que requieran de una mayoría especial para la válida adopción de acuerdos, por lo que resultando que los acuerdos objeto de la adenda no afectan a ninguna de las materias relacionadas en el artículo 47.2 de la Ley 7/1985 el acuerdo había de adoptarse con la mayoría normal del artículo 47.1, es decir, la simple, no siendo por tanto preceptivos los informes, con lo que decae la alegación formulada.

También señalar que los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la trascendencia de la falta de informes de los Secretarios de las Corporaciones locales y, más aún, si se contemplan con generalidad los informes de otros órganos técnicos son necesariamente casuísticos. Pero puede entenderse como criterio de la jurisprudencia más reciente el que considera que tal omisión no da lugar a una nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con lo que establecía el artículo art. 62 e) de la LRJ-PAC; esto es, no equivale a «prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Siendo ello así, de acuerdo con la teoría de la invalidez de los actos administrativos, la consecuencia del incumplimiento del requisito de que se trata no puede ser otro que el de la nulidad relativa o anulabilidad del artículo art. 63 LRJ-PAC, y ello, claro está, siempre que, conforme a las previsiones del apartado 2 del precepto, hubiere privado al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o hubiere producido indefensión.

En definitiva de existir los defectos formales alegados, que no existen, serían subsanables e insuficientes para producir la nulidad del acto impugnado teniendo en cuenta que éste no carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y que no han causado indefensión al interesado (art. 63.2 de la Ley 30/1992).

Tercera. Sobre la ampliación de plazo como mecanismo para restablecer el equilibrio económico.

En relación a las alegaciones sobre la legalidad de utilizar la ampliación del plazo de duración del contrato como mecanismo para restablecer el equilibrio económico contractual y a si dicha ampliación del plazo supone vulneración de los principios de libre concurrencia en la contratación pública (quizá el motivo de impugnación más sustancial) debe manifestarse que el art. 6 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rige la concesión establece que el contrato tendrá una duración inicial de 10 años, prorrogable por períodos sucesivos de 5 años hasta el máximo legal.

Consecuentemente con tal regulación contractual resulta que de la ampliación de plazo acordada, 10 años, y por el mecanismo empleado, la renuncia a denunciar la vigencia del contrato, no se infringen los principios de publicidad ni de libre concurrencia ya que al momento de la contratación (año 2003) el plazo máximo de posible vigencia del contrato se cifro en el máximo legal determinado por el TRLCAP, (plazo máximo que no se supera con el acuerdo impugnado), de manera que todo posible licitador sabía que de resultar adjudicatario tendría un período cierto de contrato (los 10 años iniciales) y una expectativa de derecho de ser concesionario por hasta otros 40 años en base a las posibles prórrogas del contrato y al plazo máximo de duración del mismo definido en las bases del concurso que sirvió para instituir al gestor de los servicios.

Así pues, partiendo de que en el contrato no se dispone plazo máximo de duración alguna que sea inferior al legalmente aplicable no hay inconveniente, desde el punto de vista legal, para renunciar a denunciar el contrato durante el tiempo fijado para atender al desequilibrio económico de la concesionaria, al respetarse la duración máxima establecida para este tipo de contratos de gestión de servicios públicos en el TRLCAP que, después de establecer que no podrán tener carácter perpetuo o indefinido, establece que el plazo total, incluidas las prórrogas, será de 50 años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, o de 25 años en los contratos que comprendan exclusivamente la explotación de un servicio público, duración máxima que no se puede entender superada con la modificación del plazo acordado ya que el mismo, unido al inicial de vigencia, sólo alcanza los 20 años.

De lo hasta ahora expuesto resulta que por la literalidad de las bases de la concesión la decisión municipal de renunciar a ejercer el derecho a denunciar la vigencia del contrato para posibilitar su ampliación en 10 años adicionales a los iniciales no conculca ningún eventual derecho de terceros interesados ni el principio de libre concurrencia (ya que la prorrogabilidad de la concesión estaba establecida ex initio), no vulnerándose tampoco el principio de publicidad ya que ni en el artículo del Pliego que fija el plazo de duración de la concesión, ni en el TRLCAP, se establece que las prórrogas contractuales deban ser objeto de publicidad alguna.

Constatada la no vulneración de los principios de la contratación pública alegados por el recurrente procede ahora a analizar si es admisible legalmente que se utilice la ampliación de plazo como mecanismo para compensar un desequilibrio económico sobrevenido; en relación a esta cuestión manifestar como cuestión preliminar que el referido desequilibrio deriva tanto de una minoración del objeto de la concesión (objeto contractual que en su momento conllevó que tanto el actual concesionario como los restantes licitadores ofertasen un canon de concesión que amortizaban en base a la gestión del contrato) como

de la necesidad de efectuar inversiones adicionales en las infraestructuras del resto del concedido (servicios de agua potable y alcantarillado), las cuales vienen impuestas por disposiciones legales promulgadas tras la adjudicación del año 2003.

Dicho lo anterior la impugnación se resume en concretar si el plazo (duración) de los contratos de gestión de servicios públicos es elemento esencial o accidental del contrato y si dicho elemento contractual es modificable y, de serlo, con qué límites.

En relación a la concepción del plazo de los contratos de gestión de servicios públicos (y muy especialmente en la modalidad de concesión) señalar que la fijación y determinación del mismo (por qué se fija un plazo y no otro) responde a cuestiones de tipo eminentemente económico. Así, el artículo 115, regla 4ª, del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprobó el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales (RSCL), establece que en todo contrato de concesión de servicios habrá de constar el *“Plazo de la concesión, según las características del servicio y las inversiones que hubiere de realizar el concesionario, sin que pueda exceder de cincuenta años.”* Conforme dicho precepto el plazo de los contratos de gestión indirecta de servicios públicos no es otra cosa que una cláusula de tipo económico que ha de encuadrarse en el conjunto de cláusulas de tipo económico de cada concreto contrato.

Visto que el plazo es elemento (cláusula) económico de los contratos manifestar desde antiguo en nuestro ordenamiento jurídico (ya desde la Ley de Contratos del Estado de 1965) viene consagrando que para el mantenimiento del equilibrio económico de un contrato la Administración está facultada para la adopción de medidas que puedan implicar la modificación de lo pactado, porque lo fundamental del contrato reside en el mantenimiento de las “circunstancias” que presidieron el momento de la contratación (del equilibrio económico).

La misma regulación del derecho para el restablecimiento del equilibrio económico subvertido se contiene para el ámbito local en los artículos 126.2 y 127.2 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955, consagrándose en el artículo 127 del mismo Reglamento tanto la denominada “potestas variandi” o “ius variandi”, como las denominadas teorías del “riesgo imprevisible” y del “factum principis”, conforme las cuales si para la correcta ejecución de un contrato hay que modificarlo habrá que proceder a su modificación.

Tal cuestión, denominada doctrinal y jurisprudencialmente como la mutabilidad de los contratos administrativos, ha estado también contemplada en los artículos 102 y 164 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como en los artículos 101 (regulación común a todos los tipos de contratos) y 163 (específico para los contratos, como los que nos ocupan, de gestión de servicios públicos), ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000).

Los citados preceptos, y muy especialmente el art. 163 TRLCAP establecen que la Administración contratante puede modificar (ilimitadamente a falta de mención legal restrictiva) las características del servicio contratado cuando concurren causas de interés público, aunque con la obligación de compensar al contratista cuando se afecte al régimen financiero del contrato, obligación resarcitoria que, ante la falta de mención legal restrictiva, puede materializarse por cualquier medio que la Administración juzgue adecuado o conveniente a dichos fines, esto es, alterando cualquier elemento contractual de

trascendencia económica.

Así pues en el ámbito de la gestión de los servicios públicos este principio de la “mutabilidad del contrato administrativo” ha sido considerado preponderante frente al de la inalterabilidad de los contratos por la jurisprudencia, y ello partiendo de la premisa de que lo realmente importante en este tipo de contratos (los de gestión de servicios públicos) es la satisfacción del interés público; así se recoge en la jurisprudencia al reconocer que el “ius variandi” implica el ejercicio de una potestad ligada al interés general (SSTS 17 de noviembre de 1978, 2 de julio de 1979; 9 de abril de 1985; 13 de julio de 1992; 29 de junio de 1995, etc.) y que, para la defensa del mismo, han de adoptarse las medidas que sean menester.

En base a lo indicado, y a modo de conclusión, puede afirmarse que alterándose un elemento económico de un contrato de gestión de servicios públicos (sea por decisión de la Administración adjudicante, sea por concurrencia de causas imprevistas, sea por concurrencia de supuestos de “factum principis” es decir, por decisiones o normas procedentes de Administraciones distintas de la adjudicante) el equilibrio puede restablecerse ampliando el plazo de la concesión por el tiempo que sea preciso para restablecer dicho equilibrio subvertido.

Como refrendo de las anteriores apreciaciones resulta indispensable exponer la doctrina establecida por una abundante jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto. Así en la STS de 27 de mayo de 2002 (Aranzadi RJ 5350/2002), de las más recientes que tratan la materia, y de especial trascendencia al ser incluso posterior a la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, se indica lo siguiente:

“El hecho de que la prórroga del plazo de la concesión no figurara expresamente entre las formas de restablecer el indicado equilibrio hasta la Ley 13/1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, no puede significar, como pretende la Diputación recurrente, que antes no pudiera ser admitida. Lo era, desde luego, al amparo establecido al respecto en la entonces aplicable Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, -art. 74-, y más aun cuando en él no se tasaban los medios en virtud de los cuales podía llevarse a cabo el restablecimiento de dicho equilibrio. Téngase presente además, que las prórrogas que se efectuaron por los Decretos a que acaba de hacerse referencia, estaban determinadas no solo por la introducción de mejoras en la prestación de los servicios atribuidos al concesionario, sino, fundamentalmente, por el establecimiento de obras a su costa, consecuencia de la iniciativa de la Administración... Además, como esta Sala, en Sentencia de su Sección Tercera de 30 de abril de 2001 (RJ2001, 4719), tiene declarado, la naturaleza de los Decretos de prórrogas no es la de Reglamentos, sino la de actos administrativos de aplicación concreta y singular de normas legales y preestablecida, siendo esencial su carácter negocial y no normativo, conforme fue reconocido también en Sentencia de la misma Sección de 19 de febrero de 1999, y, como la de 17 de febrero de 1999, los tan repetidos Decretos de prórroga encontraban su cobertura legal en los art. 24 y 25 de la Ley 8/1972 ”.

De la doctrina establecida en la sentencia transcrita resulta que la ampliación del plazo de los contratos públicos, como medio para restablecer el equilibrio económico, puede ser legítimamente utilizada siempre que concurren motivos (de interés público) que lo hagan

aconsejable; dicho razonamiento se plasma incluso con mayor claridad en la STS de 30 de abril de 2001 (Aranzadi 4719/2001), conforme la cual:

“... la posibilidad de prorrogar la concesión es un mecanismo de compensación que puede ser utilizado tanto en las modificaciones previstas en el artículo 24 como en las incluidas en el artículo 25 de la citada Ley 8/1972, porque así se establece de forma expresa, y, por tanto, la restricción que pretende la recurrente respecto de que esas prórrogas del plazo de la concesión sólo pueden fundamentarse en la inversión en la ampliación de las autopistas, esto es, en la ampliación de infraestructuras, carece de fundamento por cuanto la ampliación del plazo concesional puede utilizarse como técnica de mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, (artículo 25), tanto en el supuesto de ampliación como en cualesquiera otros supuestos de modificación concesional del artículo 24 de la propia Ley, cuyo apartado 1, expresamente prevé la posibilidad de modificar «por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios».”.

Es más, conforme sentencias tales como la STS de 16 de octubre de 2003 (Sala 3ª), tales prórrogas pueden establecerse o concertarse incluso superando los plazos fijados en las propias bases de licitación, no suponiendo vulneración a los principios de libre concurrencia; en este sentido la reseñada sentencia de 2003 indica literalmente:

“SEXTO.- La impugnación que se plantea en los apartados VI y VII de los fundamentos jurídicos de la demanda suscita dos cuestiones que, por estar directamente relacionadas, merecen ser examinadas de manera conjunta. La primera es la inviabilidad jurídica, en términos generales, de la prórroga del periodo concesional como mecanismo de compensación o restablecimiento del desequilibrio financiero derivado de la reducción de tarifas. La segunda es que la prórroga o ampliación del plazo concesional decidida por el Real Decreto aquí combatido resulta también improcedente, por rebasar el plazo máximo previsto en las bases de los concursos de adjudicación de las concesiones.

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

1.- Ni el texto inicial de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, ni su redacción posterior a la modificación realizada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, ofrecen una base para considerar que dichas regulaciones establecían, en el caso de acuerdos novatorios de contratos concesionales, la prohibición de que el restablecimiento del equilibrio financiero se llevase a cabo mediante la fórmula de la prórroga concesional.

Los preceptos de esa Ley de 1972, en particular su artículo 24, deben ser interpretados 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 (artículos 74 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, 221 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975 y 74 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

2.- 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 este mismo sentido (que el plazo es un mecanismo para obtener el equilibrio económico que haya sido subvertido vigente una concesión) es igualmente digna de mención la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005 (Sala 3ª), en que al analizar la prórroga de una concesión de un servicio de limpieza viaria y recogida de R.S.U., y ante un supuesto de hecho de ruptura del equilibrio económico a causa de nueva legislación que impone obligación de realizar inversiones en bienes e infraestructuras del servicios se indica:

“Debiéndose en fin recordar que el Consejo de Estado en su dictamen de 4 de febrero de 1999, expediente 4709/98 MM, refiere:

“1ª.- Es consustancial con los contratos administrativos, y en especial en el de gestión de servicio público, la potestad de la Administración de modificar, por razones de interés público, el contenido del contrato, sin límite material, si bien tiene la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del mismo, compensando al contratista de manera que no resulte perjudicado por dicha modificación.

2ª.- Corresponde a la Administración acordar la fórmula más adecuada y conforme con sus intereses para compensar al contratista, siendo una de las fórmulas posibles y quizás la más concorde con la naturaleza de la concesión, cuando la modificación exige nuevas inversiones en maquinaria e instalaciones, la prórroga de la duración temporal de la misma por plazo que permita la amortización adecuada de esas nuevas instalaciones e inversiones sin un incremento sustancial del coste de la prestación del servicio.

3ª.- En el caso examinado, siendo claro que el interés público e incluso la nueva normativa exige nuevas e importantes inversiones en instalaciones y maquinaria, es lícito, y parece razonable aceptándolo el contratista, que la compensación económica se articule mediante la prórroga de la concesión hasta el año 2010 para conseguir una adecuada amortización”.”

Tras lo que la sentencia ahora transcrita continúa indicando que:

“aparecen suficientes razones de interés público, para que el Ayuntamiento pudiera acordar la modificación del contrato, sin que se aprecie la desviación de poder que el recurrente alega, pues aparte de que no se concretan, como es exigido, los datos que la evidencien, no hay que olvidar que el Ayuntamiento ha utilizado sus potestades para cumplir el fin a que estaban destinadas, mejora y perfeccionamiento del servicio para adaptarlo a las nuevas necesidades y exigencias legales, y el que el contratista, pueda obtener beneficios no es causa que por si sola acredite la desviación de poder, pues en el contrato de concesión de servicios públicos, esta cuando menos implícito el beneficio del empresario o contratista, entre otros, artículo 156 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el caso de autos no que hay olvidar la importante inversión que al contratista se le exige en esa modificación del contrato, y que en caso de inversión, el contratista, además de amortizar la inversión durante el plazo del contrato, ha de cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.”.

En consecuencia, por lo indicado, y aplicando a los contratos de gestión de servicios públicos la legislación y jurisprudencia citada es incuestionable que la prórroga de los contratos de gestión de servicios públicos (sin exceder del plazo máximo legal) puede utilizarse como mecanismo económico para resarcir los desequilibrios económicos debidos a concurrencia de causas de interés público sobrevenidas, sean debidos estos desequilibrios a actos de imperio de la Administración adjudicante (ius variandi), sean debidos a nueva normativa promulgada o actos de otras Administraciones de rango superior (factum principis), sean debidos a circunstancias sobrevenidas.

Por tanto, derivando el desequilibrio de un acto de imperio del propio Ayuntamiento

debido a motivos de interés público (que, en base a Convenios de colaboración interadministrativa, para la mejor prestación del servicio de depuración de aguas residuales, y en uso de las potestades de auto organización que le confiere la Ley 7/1985, artículos 4.1 y 26.1, excluye del ámbito de la concesión el servicio de depuración de aguas residuales que, en base a otro acuerdo plenario adoptado en la misma sesión y no cuestionado por el recurrente, antes al contrario, apoyado por el mismo, se encomienda a la Mancomunidad de la Axarquía), así como de la concurrencia de un supuesto de factum principis (cual es la obligación de acometer nuevas obras e inversiones en las infraestructuras de los servicios que perduran como objeto de la concesión a causa de la promulgación y entrada en vigor de nuevas normas legales, como el Real Decreto 140/2003, el real Decreto 606/2003, o la Ley 7/2007, del Parlamento de Andalucía y Ley 26/2007, del Parlamento español) considero factible llevar a cabo la renuncia a denunciar el contrato durante el tiempo fijado para atender al desequilibrio económico de la concesionaria y que es procedente la modificación del contrato recogida en la Adenda de fecha 30 de septiembre de 2008, al no ser contraria a los principios de libre concurrencia y buena fe y al concurrir razones de interés público que justifican la modificación acordada, tal como se explicita en las condiciones de la Adenda y los anexos a la misma.

Cuarta. Sobre la prerrogativa de modificación de los contratos por parte de la Administración.

Enlazando con los argumentos referidos al restablecimiento del equilibrio económico del contrato el recurrente y al respeto a los principios de publicidad y concurrencia, en su escrito de ampliación, alega igualmente que con el ejercicio del “ius variandi” el ayuntamiento no puede alterar sustancialmente ni el objeto ni las condiciones esenciales del contrato.

Pese a que esta mención al poder de modificación de los contratos no se reseña en el escrito de interposición del recurso, y en aras a la mejor garantía del derecho del recurrente, se ha considerado igualmente conveniente proceder a informar en relación a esta causa de impugnación.

Hecha la anterior precisión, y analizando el contenido de la alegación, señalar que el artículo 7 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rige el contrato, en su apartado 23, y en concordancia tanto con el artículo 163 TRLCAP, como con el 127 RSCL, como con la jurisprudencia enunciada anteriormente, establece que el ayuntamiento (sin limitación alguna, salvo la de compensar en caso de ruptura del equilibrio económico) podrá introducir las modificaciones de los servicios que estime convenientes siempre que concurren motivos de interés público.

Profundizando más en el análisis, y centrando el mismo en las cuestiones apuntadas por el recurrente como ejercicio prohibido del ius variandi (la modificación del objeto del contrato y la ejecución de obras adicionales por el concesionario), señalar que las actuaciones descritas en el anexo 4 de la adenda (la ejecución de obras de manera directa por parte de la concesionaria del contrato de gestión de servicios) no puede en modo alguno entenderse como una aplicación arbitraria del ius variandi por parte de la Administración dado que la ejecución de tal tipo de obras es competencia de la Administración que habrá de llevarlas a cabo siguiendo la normativa establecida.

Es más, resulta que conforme artículo 7, apartado 7, del propio Pliego de Condiciones Administrativas el concesionario viene obligado a comunicar al ayuntamiento las obras de ampliación y renovación del servicio que estima son de necesaria ejecución para que la Corporación decida en relación a su ejecución. Y es precisamente en cumplimiento de esta obligación, y en ejecución del contrato, por lo que el concesionario informó de una serie de obras que eran precisas por imperativo de nuevas disposiciones promulgadas vigente el contrato, habiendo decidido el ayuntamiento, también en base a lo establecido en el propio Pliego rector de la concesión, que era procedente su ejecución y que debía ser el concesionario quien las ejecutase en el seno del contrato asumiendo la financiación de las mismas.

Por lo tanto, sí está contemplando dentro del contrato de gestión del servicio público inicialmente formalizado la obligación del concesionario de ejecutar las obras de mejora y adecuación de las infraestructuras y equipamientos de los servicios objeto de concesión, y el ayuntamiento decide que así sea, como es el caso, ello no supone una alteración de las condiciones que sirvieron de base a la adjudicación del contrato al estar ya contemplada dicha posibilidad en el Pliego de Condiciones Administrativas, y sí una plasmación efectiva de dicha posibilidad, por lo que en base a lo apuntado, no hay obstáculo alguno para concluir, a la vista del Pliego de Condiciones Administrativas del contrato que nos ocupa que la ejecución de obras que se contempla, y la financiación de las mismas por la concesionaria, entra de pleno en las condiciones que sirvieron de base a la adjudicación del contrato inicial, sin suponer por tanto, una alteración sustancial de las mismas, ni una vulneración de los principios de libre concurrencia y buena fe y, ni siquiera, un supuesto de ejercicio de ius variandi, sino antes bien, un supuesto de ejecución del contrato..

Y en lo relativo a la otra posible manifestación indebida del ejercicio del ius variandi, la referida a la exclusión del objeto de la concesión del servicio de depuración de aguas residuales (derivada del previo acuerdo municipal por el que se atribuía la gestión de la EDAR municipal y sus instalaciones accesorias a la Mancomunidad de la Anarquía, que el recurrente y su Grupo Municipal votaron a favor y respecto del cual acuerdo plenario manifestaron su apoyo y conformidad) si sería un claro ejemplo de ejercicio de tal potestad administrativa encuadrable perfectamente en los supuestos contemplados en el artículo 127 RSCL, norma esta conforme la cual: *“1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 1ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista ...”*, siendo por tanto una alteración de la “cantidad” de las prestaciones a realizar por el concesionario.

Ya por concluir informar igualmente que los jueces y tribunales vienen advirtiendo si es precisa o conveniente alguna protección del interés público, requerida por la concreta necesidad pública a satisfacer, ha de realizarse la misma; esto es perfectamente posible porque es del acervo del derecho común de donde procede el aforismo *«taciti et expressi in contractibus est eadem virtus»*, de manera que el contrato obliga **a todo lo que de él derive por naturaleza, «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley»** (art. 1258 CC).

Muchos son los pronunciamientos que insisten en el sentido de que la vinculación a lo pactado no queda circunscrita a la literalidad de las cláusulas, sino que se extiende a todo aquello que derive de la naturaleza de las obligaciones pactadas; entre otras, por ejemplo, la Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 1995 subraya que:

”La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; así, quien contrata o emite un consentimiento cual el promitente u oferente queda obligado, por un principio de normalidad instaurado en el artículo 1258 del Código Civil, a todas las consecuencias que, según la manifestación de voluntad y su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, lo que hizo decir a esta Sala (Sentencias de 8 julio 1981, 21 septiembre 1987 o 22 octubre 1991) que la buena fe de este artículo no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo...), a la que se alude en el artículo 7 del Código, que consagra como norma el principio general de Derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 diciembre 1991 y 9 octubre 1993, citadas en la de 8 junio 1994.”.

El hecho de que en el Pliego de condiciones se recojan las condiciones por las que se ha de regir el contrato, no significa que en el desarrollo del mismo se produzcan situaciones coyunturales intrínsecas al propio contrato que hagan necesario modificar el mismo, en el caso que nos ocupa mediante la firma de Adenda. Esta justificación es suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del ius variandi, por lo que ha de rechazarse la ilegalidad de las modificaciones acordadas, máxime, cuando concurren las circunstancias legales que justifican la modificación, a saber:

Interés público: Justificado en las estipulaciones segunda y tercera de la Adenda, sin que la modificación suponga ningún perjuicio a los intereses generales o coste al Ayuntamiento.

Modificación de circunstancias: necesidades nuevas recogidas en las estipulaciones segunda, tercera, cuarta y quinta de la Adenda.

Restablecer el equilibrio económico del contrato: El mantenimiento del equilibrio económico del contrato exige, bien que la Administración haya introducido modificaciones en la prestación del servicio, bien que hayan concurrido circunstancias sobrevenidas imprevisibles que hayan provocado el indicado desequilibrio. Situaciones se han producido durante la vigencia del contrato y que se resuelven con la Adenda.

Por ello, acreditada la necesidad de restablecimiento del equilibrio económico de la prestación, modificativa de las bases del negocio, por haberse acreditado la alteración

sobrevenida de las bases del mismo, se hace posible el restablecimiento de la justicia conmutativa con la equiparación de las respectivas contraprestaciones en la indemnización al contratista, manteniendo, de esta manera, el sentido finalista del equilibrio financiero del contrato, principio esencial en la contratación administrativa, como es también expresión del principio de regularidad y precisión jurídica recíproca de toda base contractual.

Estos criterios no sólo se extraen del análisis del expediente administrativo, sino en aplicación de reiterada jurisprudencia por todas, entre otras, las Sentencias de 27 de abril de 1974, 2 de enero de 1979 y 12 de enero de 1981).

El informe elaborado tiene perfecto encaje en nuestro Derecho positivo municipal, en el que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 [artículos 126.2 b), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3] acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, destacando el artículo 129.4 la naturaleza de principio excepcional reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 13 de enero de 1958, 24 de noviembre de 1962, 1, 8 y 13 de abril, 22 de octubre y 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo y 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987 entre otras).

También ha reconocido la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, así en Sentencias de 6 de junio de 1975, 11 de julio de 1978, 23 de diciembre de 1980, 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 1 de marzo de 1983, 3 de enero de 1985, 11 de junio de 1986 y 22 de febrero de 1988, el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional, amparado en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2 a) y b), 128.3.2, 129.3 y 5 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, siendo nulas aquellas cláusulas que establecieran la irrevisibilidad de las retribuciones de los concesionarios durante el transcurso de la concesión, ya que la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber de la misma para mantener, en todo caso, el equilibrio económico, sin que en la cuestión examinada se haya producido la ruptura de tal principio.

Por todo lo expuesto anteriormente, SE PROPONE la adopción de los siguientes acuerdos:

A) Desestimar el recurso de reposición interpuesto en fecha 24 de octubre de 2008 por D. Enrique Rojas de Haro, en su condición de portavoz del Grupo Municipal Socialista, contra el acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación en sesión del pasado 25 de septiembre de 2008, ordinaria, punto noveno.

B) Desestimar igualmente las alegaciones contenidas en el escrito de ampliación de recurso presentado por el Sr. Portavoz del Grupo Municipal Socialista en fecha 17 de noviembre de 2008.

C) Confirmar y ratificar en todos sus extremos el acuerdo plenario objeto de recurso y,

D) Desestimar así mismo la petición de suspensión de la ejecutividad del acuerdo plenario objeto del recurso.”

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Se ha hecho lectura para que todos supiéramos de que estábamos hablando. El motivo de este pleno es que el sábado 20 acaba el plazo para contestar este recurso y a la suspensión de actos es el pleno que debe tomar la decisión y tenemos que contestar. De manera resumida, los recursos que interpone el PSOE mezclan la ley antigua y la nueva y es falso que en la adenda no se pueda contemplar dicha ley antigua. Utilizan artículos de la ley como les parece, haciendo mención del artículo 69 de la ley de contratos, mirando una cosa distinta a la que aparece en el recurso, por ejemplo. También dicen que la única forma de ampliación de la vigencia del contrato para por la rescisión del contrato y la convocatoria de una nueva licitación pública. No es cierto que eso sea causa de resolución como así no lo recoge la ley. Ampliar un contrato 10 años no quiere decir que tengamos que anularlo y sacarlo de nuevo a concurso. Si tenemos en cuenta el artículo que el PSOE utiliza en su recurso de reposición, la subida de Mancomunidad debería ser compensado con la subida de las tarifas con un 52% del recibo del agua de nuestros, no se si es esto lo que quieren ustedes para nuestro pueblo o llegar a un acuerdo con la empresa para amortiguar esta subida en tres años. Con esta fórmula somos pioneros, distintos Ayuntamientos están intentando algo igual. Espero que no quieran que deshagamos esto. Se habla también de omisión de informes en las comisiones, pero si estaban para el pleno. En caso de que no estuvieran entendemos que no eran necesarios y, aún así, estaban a disposición en pleno. Sobre la ampliación del plazo, no estamos vulnerando los principios de la contratación pública, cuando las empresas van a concurso saben que la empresa adjudicataria va a tener 10 años y prórrogas de 5 y, como máximo van a tener 25 años de prórroga. Ahora se hace una aplicación de 10 con lo que estamos dentro de la ley. Es por ello por lo que se propone la desestimación del recurso de reposición por parte del Equipo de Gobierno. Si alguien quiere tomar la palabra.

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

No voy a entrar en consideración de tipo jurídico porque no entiendo y estamos tratando un tema de suma importancia que tenía que haberse visto en comisión informativa. El recurso se presentó el 10 de octubre y estamos a día 18 de diciembre, creo que podía haberse preparado con dos días de antelación y haberse visto en comisión informativa, haberlo debatido allí para que el grupo de la oposición hubiera tenido conocimiento antes de pleno y no así, para que no haya ninguna otra posibilidad de que nos pronunciemos, porque de temas jurídicos nos pronunciaremos cuando el gabinete jurídico del partido socialista revise el expediente. Pensamos que se está perjudicando de manera importante los intereses de los vecinos y del Ayuntamiento. Vamos a seguir defendiendo los intereses del pueblo. Pensamos que esto es, entre comillas, un atraco sin ninguna justificación al conjunto de los vecinos. La señora alcaldesa se refiere al incremento de mancomunidad, pero no se ha referido a la disminución en los gastos que supone la disminución de la depuradora que es aún mayor de lo que supone el incremento de mancomunidad, luego no existe justificación en cuanto a incremento para que el Ayuntamiento tenga que ir a una adenda y a un nuevo contrato. La única razón es la inversión de 600.000 € en tres años, en una serie de obras que plantea la empresa y el técnico agrícola le da el visto bueno, no sé en qué momento le da el visto bueno. Y también dice la adenda que esos incrementos y esa

ampliación de contrato serán los que sirvan para resarcirse de esas inversiones del 2009 al 2011. Ya hemos empezado a sufrir ese gasto con el incremento del 18% que se ha aplicado hace unos días. Fundamentalmente ese es el tema de nuestra reclamación. Ustedes son los que han acordado la subida del 18% y asumido un desequilibrio que dicen que existe pero que no es así. El Ayuntamiento pagó una deuda de Aquagest con Mancomunidad y ahora asumen también esta adenda, no sé con qué fin. Vamos a seguir adelante para aclarar todo esto. No se cómo se ha incluido esos 161.000 € de desequilibrio económico a favor de la empresa, creo que no se defienden los intereses del Ayuntamiento. Por todas estas razones tenemos que seguir defendiendo los intereses de los vecinos, si analizan lo que supone el incremento de la compra del agua y, por otro lado, lo que supone el gasto que ha habido en este último año por depuración, a partir de ahora la depuración se hace cargo Mancomunidad luego desaparece ese gasto, si miran eso no es necesaria esa subida del agua, por eso plantemos estos recursos. Me alegro de que la señora alcaldesa, además de matemática, sepa de temas jurídicos, haciendo referencia a artículos legales.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

Son artículos que utiliza usted en su recurso y que no tienen nada que ver. Muchas gracias. Si alguien más quiere tomar la palabra.

Interviene el Concejal del P.P. D. Manuel García:

Los vecinos no se merecen que mienta la oposición. Después de todo este tiempo en el que la secretaria ha estado leyendo todo he pensado, que tiempo más desaprovechado, la oposición poniendo chinitas, buscando temas legales y artículos. Mucho tiempo perdido por todos, que se podía haber usado en buscar soluciones a los problemas municipales. Pero además, los cuatro concejales del PSOE se empeñan en defender una mentira, ¿por qué no votaron NO en la subida del agua de mancomunidad? Ahí podían haber defendido los intereses de los vecinos, que me expliquen por qué votaron Si allí. Habrá un descenso en los gastos de depuración pero no dicen que dejaron una hipoteca de casi 400.000 € que tenemos que pagar a euribor más 1,5€ Y pidieron ese dinero para una pésima gestión en el centro sociocultural. La subida del agua no compensa. Tenemos que pagar esos 300.000 € y la empresa sabe que mientras más gastos, mejor porque se lleva un 10% de los gastos. Además, si hay pérdidas en el servicio el Ayuntamiento se las tiene que pagar y si no se las paga en su momento, a la hipoteca. Esa fue la negociación. Ese contrato es infumable y hay que cambiarlo pero para cambiarlo tenemos que pagar la deuda que ustedes nos dejaron porque sino cada día crece más, esto no lo dicen. Si no subiéramos el agua en todas las simulaciones que hacemos habría un bote de ochenta y tantos mil euros que iría a la empresa pero esto no lo dicen porque se dedican a hacer política al servicio de su partido, no al servicio de los algarrobeños. Esto es fácil, cuando vayan al contencioso-administrativo y nos den la razón, tendrán que dar muchas explicaciones a los algarrobeños.

Interviene la Sra. Alcaldesa:

¿Alguien quiere tomar la palabra?

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:

Si, me considero una persona normal, otros seguramente son muy inteligentes y les felicito. Todavía no he visto el expediente sobre el que se ha basado la empresa y el Ayuntamiento para justificar ese incremento del agua y del saneamiento, ¿dónde está? ¿la empresa ha presentado algún expediente al Ayuntamiento para este incremento del agua? Porque cuando el Equipo de Gobierno ha decidido ese incremento será por eso. Ustedes defienden ese incremento pero hasta ahora la empresa no ha planteado eso en el Ayuntamiento, nosotros al menos no tenemos conocimiento, ¡qué espléndidos son ustedes para aprobar esto tan generosamente! Pues el grupo de la oposición no ha visto absolutamente nada en relación a esto. En el año 2007, ¿ha presentado la empresa un balance-memoria con la cuenta de explotación de ese año? No he visto que el Equipo de Gobierno haya convocado la comisión de seguimiento como se ha hecho anteriormente, vaya interés por parte del Equipo de Gobierno para conocer cómo se está prestando el servicio del agua. Sin una propuesta de la empresa han hecho esa subida, han picado en el anzuelo de esos 600.000 € para obras. Todos cometemos errores, nosotros los cometimos, pero vosotros parece que sois alumnos aventajados. ¿Hay documento de la empresa que justifique esa subida? No existe. Se queda uno muy sorprendido y supongo que los vecinos se quedarán mucho más y verán que son ellos los que pagan las consecuencias de esa manera de actuar por parte de ustedes.

Interviene la Sra. Alcaldesa:
Muchas gracias.

Interviene el Concejal del P.S.O.E. D. Enrique Rojas:
Me ha cortado.

Interviene la Sra. Alcaldesa:
Creo que ha quedado suficientemente claro.

Interviene el Concejal del P.P. D. Manuel García:
Cuando ellos tramitaban los expedientes, papelitos pocos, pero ahora que están en la oposición sólo hacen pedir papelitos. Podemos ser lo que usted quiera pero no somos tontos, la subida del agua la han provocado ustedes desde mancomunidad, por unos intereses que aún no han confesado. Nosotros hemos agarrado el toro por los cuernos y hemos planteado soluciones. Si no hubieran subido el agua en mancomunidad, la subida del agua sería el IPC más uno, nada más, y ahora crean cortinas de humo para dar la impresión de que son los buenos de la película pero no es así, el problema lo han creado ustedes con su voto a favor.

Interviene la Sra. Alcaldesa:
Llego a una triste conclusión, después de tanto tiempo, y es que el día en el que mancomunidad aprobó las ordenanzas, que es la culpable porque si mancomunidad hubiera hecho frente a no subir las tasas hoy no estaríamos aquí debatiendo y te pones a pensar que éramos cuatro Ayuntamientos los afectados y ¿cuántos eran del PSOE? Suben las tasas y que los Ayuntamientos se busquen la vida porque no les afecta, así que casi les daba igual subir las tasas y esos cuatro Ayuntamientos tienen que buscar solución y enfrentarse a esta subida. De la hipoteca que tenemos que pagar por ellos no hablan ni hablan de la depuración. Me da la sensación que después de que hayamos

logrado esta subida escalonada y de esos 600.000 € en obras para el pueblo, me parece a mí que les incomoda que esta buena gestión no la han hecho ustedes, creo que es eso lo que ha pasado. Pasamos a votación.

Votan a favor los cuatro concejales del P.A., los cuatro concejales del P.P. y el concejal del P.S.A.

Votan en contra los cuatro concejales del P.S.O.E.

Se aprueba la propuesta por mayoría.

Y no habiendo más asuntos que tratar, la Sra. Presidenta dio por finalizada y levantó la sesión a las veintidós horas y quince minutos de la fecha "ut supra", extendiéndose de lo tratado la presente acta de la que yo, Secretaria, doy fe.