

Acuerdo n.º: **22/23**
Consulta: **Alcaldesa de Alcalá de Henares**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **13.07.23**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión del día 13 de julio de 2023, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Alcalá de Henares a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre modificación del contrato suscrito por el citado Ayuntamiento, denominado “*concesión administrativa de la explotación del servicio municipal de suministro de agua y saneamiento en el término municipal de Alcalá de Henares*”, adjudicado a la U.T.E. AGUAS DE ALCALÁ (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de junio de 2023 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por el alcalde de Alcalá de Henares, relativa al expediente sobre la modificación del contrato de referido en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Con fecha 23 de enero de 2004, el Pleno del Ayuntamiento aprobó los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas para

contratar la concesión administrativa de la explotación del servicio municipal de suministro de agua y saneamiento en el término municipal de Alcalá de Henares, a adjudicar mediante concurso abierto.

En sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada el día 7 de mayo de 2004, se adjudica el contrato a la UTE formada por AQUALIA/CANAL DE ISABEL II/SUFISA (AGUAS ALCALA UTE).

El contrato se formalizó el 17 de junio de 2004 por un plazo de 25 años contados desde el momento en que se inicie de forma efectiva la explotación del servicio mediante la formalización del acta de inicio, prevista para el día 1 de julio de 2004. El contrato establece un canon de 15.000.000 de euros, un canon variable anual del 12 %, un canon complementario y un montante de inversiones de 39.197.598 euros, además de las mejoras ofertadas por la adjudicataria.

Por Acuerdo de Junta de Gobierno Local de 21 de abril de 2023, se inicia el procedimiento para la modificación del citado contrato, al amparo del artículo 163 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 (TRLCAP). La modificación se propone en base a un informe del servicio responsable del contrato y de informe jurídico, y tiene por objeto sustituir la inversión 18.600.000 € prevista de la obra de *“Refuerzo del sistema de aducción de Alcalá de Henares”*, que han venido innecesarias, por las obras definidas en el Anexo 3 del Plan de inversión de actuaciones sobre las redes de abastecimiento y saneamiento por esa misma cuantía.

Conferido trámite de audiencia, el 17 de mayo de 2023 la contratista presenta alegaciones oponiéndose a la modificación y solicita que se dicte resolución acordando el archivo del expediente de modificación del contrato, por considerar que las obras de refuerzo del sistema de aducción no son sustituibles por las que se quieren realizar.

Con fecha 22 de mayo de 2023 se emite informe por el ingeniero del Servicio de Infraestructuras municipal en el que se refiere que la inversión prevista en el Plan de Inversiones, integrado en el Plan Director, presentado en la oferta de la licitación de la empresa concesionaria UTE Aguas de Alcalá como “*Refuerzo sistema de aducción Alcalá*” por importe de 18.600.000 euros, no es necesaria, tal y como así ha sido justificado en los informes técnicos y puesto en conocimiento de la empresa adjudicataria en diversas ocasiones, y solicita que dicha inversión se realice en otras actuaciones diferentes dentro el ámbito de la concesión.

El 25 de mayo de 2023 se emite informe suscrito conjuntamente por la Dirección del Área de Contratación y el secretario de la Junta de Gobierno Local sobre la competencia y tramitación de la modificación del contrato.

En sesión de 26 de mayo de 2023 la Junta de Gobierno Local fórmula propuesta de modificación en los términos inicialmente acordados.

TERCERO.- El alcalde de Alcalá de Henares formula preceptiva consulta, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de acuerdo, deliberada y aprobada, por unanimidad, en su sesión de 13 de julio de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente relativo a la modificación de un contrato administrativo,

solicitada a través del órgano legitimado para ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- Tal y como se indicara en los anteriores dictámenes de este órgano consultivo 95/19, de 14 de marzo y 310/19, de 25 de julio, toda vez que el contrato que nos ocupa se adjudicó el 11 de mayo de 2004, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera 2. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17): *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*, en cuanto al fondo del asunto, resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al ser la normativa vigente en dicho momento.

En materia de procedimiento, la modificación del contrato ha de regirse por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, y puesto que el procedimiento de modificación que nos ocupa se inició el 21 de abril de 2023, la modificación, en cuanto a su tramitación, exige atenerse a lo previsto en la LCSP/17, cuyo artículo 191.1 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista y en su apartado tercero dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva cuando la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

En efecto, a falta de disposición expresa en materia de procedimiento son aplicables los principios establecidos en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), conforme a los cuales los procedimientos se regirán por la fecha de inicio del mismo.

En todo caso el TRLCAP, en su artículo 59, también preveía la necesidad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente para las modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros.

Así, como recuerda el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen 244/22, de 28 de julio, siguiendo lo dicho por el Consejo de Estado (dictámenes 5983/1997, de 19 de febrero de 1998, y 814/2002, de 27 de junio de 2002), se desprende claramente que el legislador ha optado en estos casos por exigir la concurrencia de dos requisitos para que sea preceptivo el dictamen de estos órganos consultivos superiores:

- Que la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior al 20 % del precio primitivo del contrato.
- Que el precio primitivo del contrato sea igual o superior a 6.000.000 euros.

En el expediente que se nos remite para dictamen, la modificación tiene por objeto el destino de una de las inversiones previstas en el contrato, haciéndose una permuta de unas obras inicialmente pactadas, que se dice han devenido innecesarias, por otras, sin alterarse con ello el importe de la inversión que debería realizar la concesionaria ni, por ende, implicar alteración alguna en el precio del contrato, que permanece invariable.

Ello hace que no concurra el primero de los presupuestos necesarios para que proceda la emisión de dictamen, sin que ello suponga, obviamente, valoración alguna sobre la procedencia de la modificación ni los argumentos en contrario formulados por la contratista.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede emitir dictamen sobre el fondo del asunto en el expediente de modificación del contrato de concesión administrativa de la explotación del servicio municipal de suministro de agua y saneamiento en el término municipal de Alcalá de Henares.

Madrid, a 13 de julio de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo n.º 22/23

Sra. Alcaldesa de Alcalá de Henares

Pza. de Cervantes, 12 – 28801 Alcalá de Henares