



ASUNTO: CONTRATACIÓN/GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

**Diversas cuestiones sobre Contrato de gestión de servicios
Públicos.**

087/12

EP

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Los aportados con el escrito de solicitud de informe

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- * Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas
- * RD legislativo 2/2000, pro el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



- * Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- * Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local

III. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO. Prórrogas tácitas contempladas en el Pliego y Contrato iniciales, mantenidas en la prórroga del contrato

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigieron la contratación de la gestión del servicio en cuestión, publicado en BOP de 30 de diciembre de 1995, en su cláusula 31 se establece que *la duración del contrato sera de diez años, prorrogable tácitamente por alguna de las partes, con al menos seis meses de antelación al vencimiento inicial o cualquiera de sus prórrogas.*

Por lo que se refiere a la cuestión de las prórrogas tácitas en contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido manifestándose en diversos informes, que confluyen en el informe 55/2004 de 12 noviembre, en el que afirma: *“...hay que remitirse a la doctrina de esta Junta reflejada en los informes de 7 de junio y de 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04 y 35/04) y en tres de esta misma fecha (expedientes 47/04, 50/04 y 57/04) expuesta en el sentido de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas, una vez entrada en vigor la nueva redacción del citado artículo 67.1 al resultar un contrasentido —se afirma en el informe de 8 de julio de 2004— que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas. ... Además, la prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, por lo que debe considerarse nuevo contrato, lo que impone que, al producirse durante la vigencia del actual artículo 67.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el consentimiento contractual que la prórroga implica haya de ser necesariamente expreso.”*



Por tanto, y a tenor de esta tesis de la Junta Consultiva, si conforme a las determinaciones del contrato de referencia el mismo debió finalizar e 19 de mayo de 2006, y siendo que la prórroga debe ser considerada como un nuevo contrato, en referido año de 2006 estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000, que en su artículo 67.1 establece respecto a la duración de los contratos:

*“1. A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, **con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.**»*

Tal consideración de la necesidad de que las prórrogas de los contratos fuesen expresas ha venido manteniéndose en la legislación posterior a la citada Ley 53/1995:

- *Artículo 67.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000:*

*“1.A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible **prórroga** y alcance de la misma **que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.**”*

- Artículo 23.2 in fine de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, correspondiente con el artículo mismo artículo 23 del hoy vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por RD legislativo 3/2011 :



***“La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.*”**

No obstante esto, y para con el contrato objeto del presente informe, observamos que la prórroga que se realiza antes del vencimiento de la duración inicial del contrato no se hace tácitamente, sino de forma expresa, mediante documento suscrito por ambas partes con fecha 6 de octubre de 2005. En este documento se contienen las dos siguientes cláusulas:

“Primero.-Se prorroga por un período de dieciséis años. A contar desde el día 20 de mayo de 2006, el contrato administrativo de concesión del suministro de agua en alta”

Tercero.-Finalizado el plazo de prórroga extraordinaria de dieciséis años que ahora se acuerda, se mantendrá la posibilidad de prórrogas tácitas de dos años, hasta llegar al máximo legal admisible.”

Dicho esto, y ante la realidad documental que se nos aporta observamos en primer lugar que la cláusula original relativa a la duración del contrato y sus prórrogas contiene dos irregularidades que propician su consideración como nula con arreglo a las determinaciones de Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cual es por un lado la consideración de la posibilidad de prórrogas tácitas, prohibidas en los términos que arriba hemos indicado, y por otro lado la indeterminación de la duración total del contrato, que luego veremos.

Por su parte el documento de prórroga, que no es tácita sino expresa, vuelve a incidir en el mismo error de contemplar la posibilidad de prórrogas tácitas que, vigente ya el TRLCAP, su artículo 67 exige que sean expresas. Sin embargo corrige ya en parte la indeterminación de la duración total del contrato al establecerse *“hasta llegar al máximo legal admisible”*. Máximo admisible que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 157. b) del TRLCAP es de *“Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.”*



Sin embargo existe una extralimitación en la cláusula de la prórroga ya que si con arreglo a lo determinado en el mencionado artículo 157.b) la duración máxima de estos contratos es de veinticinco años, teniendo en cuenta que la duración inicial fue de diez años, la prórroga no puede ser de dieciséis años, que harían un total de veintiséis, sino de quince.

*Por tanto, y como **conclusión** sobre esta primera cuestión, la cláusula referenciada del PCAP, del contrato y de la prórroga del mismo en el que se estable que éstas, las prórrogas, serán tácitas, es contraria a los preceptos relacionados y por tanto nula de pleno derecho en los términos establecidos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo la duración de esta prórroga no podrá ser superior a quince años, por cuanto con arreglo a lo establecido en el artículo 157 b) del TRLCAP, la duración de los contratos de concesión de la gestión de este tipo de servicios no podrá ser superior a veinticinco años.*

SEGUNDO.-Modificación del contrato .

En uno de los documentos aportados por la Mancomunidad para la emisión del presente informe, *Notificación de propuesta de modificación del precio del agua para el 2002 de la empresa concesionaria Aguagest*, se contiene el siguiente texto: *“el Pleno acuerda 1º.Aprobar como precio de la remuneración contractual de la empresa concesionaria del servicio de suministro de agua en alta de esta Mancomunidad, para el año de 2002, el de 40,5 pesetas (0,24 euros) el metro cúbicos de agua, modificándose este precio en los años sucesivos, y hasta la finalización del contrato, de acuerdo a las variaciones del IPC. Este incremento podría variar en el caso de que la empresa realizara, con el consentimiento previo de la Mancomunidad, inversiones en mejora del servicio.”*

Si bien es cierto que el artículo 164 dela Ley 13/1995 permitía modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, sin embargo tal posibilidad, recogida por otra parte en el PCAP, consideramos que no ampara el cambio de la fórmula de revisión. En efecto, en el PCAP, en su cláusula 25ª c) establece una fórmula polinómica para la revisión de las tarifas y no una referencia al IPC.



Sobre la modificación de los contratos la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido manteniendo criterios restrictivos. Así, en su informe 50/03, de 12 de marzo de 2004, y reiterado en el informe 7/06 de 24 de marzo de 2006, manifiesta lo siguiente:

“En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que, aparte de los requisitos formales a que se sujetan, tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público, expresando el primero que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente» y el segundo —el artículo 163— en el mismo sentido que «la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce» (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)”.

En la fórmula polinómica contemplada en el PCAP se tienen en cuenta factores como costes de mano de obra, materiales, electricidad, etc. Tal irregularidad de modificación del sistema de revisión de precios consideramos que pudiera dar origen a su nulidad por cuanto no olvidemos que uno de los principios de la contratación pública es el de publicidad e igualdad de trato. Pero es más, tanto en el PCAP como en el contrato se establecen dos tramos de consumo con precios distintos, diferencia ésta que, al



parecer y por los documentos aportados desaparecen en la prórroga del contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha venido considerando que ciertas modificaciones suponen una ruptura de los principios que inspiran la contratación pública por cuanto si los licitadores que concurren en su momento para la adjudicación de este contrato, o incluso los que no llegaron a concurrir, hubiesen conocido la posibilidad de variar la fórmula de revisión de precios, e incluso la distinción de dos precios, quizás sus ofertas hubiesen sido otras y quizás, también, ahora estaríamos ante un adjudicatario distinto.

TERCERO.-Reparaciones y sustituciones de elementos afectos al servicio.-En el escrito de solicitud de Informe a esta Oficialía, el Presidente pone de manifiesto que en junio de 2008 la empresa les comunica que se ha detectado una avería en el Centro de Transformación de la ETAP y que para poder solventar la situación es necesario que la Mancomunidad realice una inversión para la adquisición de un nuevo transformador *“cuya inversión se amortizaría en un período de diez años de concesión con una cuota anual de 4.711,27 euros y por lo tanto repercutiría en un incremento de la tarifas”*. Una vez sustituido el transformador surge el problema, nos dice el presidente, de quien se hace cargo de su coste.

Por un lado el PCAP, en su cláusula 2ª (*obras e instalaciones del servicio*) si bien no se cita textualmente al centro de transformación como elemento del servicio que se concede, lo cierto es que de la relación de elementos que lo componen debemos deducir que el mismo debe ser considerado como tal.

Por otro, la cláusula 7ª del PCAP atribuye al concesionario la conservación y mantenimiento de los elementos afectos al servicio.

Por último, la cláusula 9ª del PCAP determina que *“las obras de ampliación o renovación serán de exclusiva cuenta de la Mancomunidad, pero el concesionario podrá realizarlas por si siempre que la Mancomunidad así lo autorice y se comprometa a reembolsarle las cantidades invertidas en el plazo de vigencia del contrato, ya sea mediante su abono, el pago de una cuota anual o una sobretasa por metro cúbico facturado, pactada de común acuerdo.”*

Como observamos es de cuenta, a costa, de la Mancomunidad el importe de sustitución del centro de transformación. Ahora bien, es a ésta a quien como



propietaria o titular del servicio le corresponde decidir si el problema se solventa con una sustitución del elemento averiado o con su reparación. Asimismo, en el supuesto de que la Mancomunidad autorizara esta inversión, el modo de reintegrar al concesionario el importe de la misma debe adoptarse o elegirse de común acuerdo de las partes entre las tres posibles soluciones que el PCAP establece.

CUARTO. Reclamación del concesionario del mantenimiento del equilibrio económico del servicio por aumento de las tarifas eléctricas.- Ya hemos indicado en el punto segundo del presente informe la irregularidad de la modificación de la revisión de precios, que se pasa de una fórmula polinómica en la que se contemplaba, entre otros parámetros, el consumo de energía eléctrica, a otra basada en la referencia al IPC.

En lo que ha venido a llamarse el concepto tradicional de contrato de gestión de servicios públicos el concesionario debe asumir los riesgos financieros derivados de la explotación o gestión del mismo. En este concepto lo pretendido es conseguir la efectiva prestación del servicio, derivándose al contratista las consecuencias económicas de la prestación de aquel.

El artículo 99 de la Ley 13/1995, reiterado en todas las normas posteriores sobre contratación pública, establece que *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, ...”*. Este mismo concepto de riesgo y ventura fue recogido también por el ya derogado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales en su artículo 57.1. Tal conceptualización permitió a la jurisprudencia aplicar este principio a la concesión de servicios.

No obstante lo anterior, en el contrato de gestión de servicio público rige también el principio de **remuneración suficiente** establecido en el artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955:

“3. En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.”



En cumplimiento de esta obligación recogida en el citado precepto deben incorporarse al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares las necesarias previsiones para que desde el inicio de la concesión el concesionario perciba las cantidades precisas para que éste consiga los objetivos que establece el artículo 129 del RSCL; esto es, amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y **lograr un margen normal de beneficio**.

Hay autores que consideran que en los contratos de concesión de la gestión de un servicio público rige el principio del "*equilibrio financiero de la concesión*" y no el tradicionalmente considerado de "*riesgo y ventura*". Incluso nuestro Tribunal Supremo, en determinadas Sentencias, ha señalado que mientras los contratos de obras responden al principio de riesgo y ventura, tal principio no es aplicable a la esfera de la concesión ya que para éstas el principio aplicable es el del "*equilibrio financiero*".

Sin embargo el problema que se plantea es establecer nítidamente esa línea divisoria entre los dos principios y, sobre todo, determinar en qué momento se ha producido la ruptura del equilibrio económico del contrato. En todo caso, y según tiene sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el fin último del principio de mantenimiento del equilibrio económico no es otro que asegurar el mantenimiento del servicio público en circunstancias anormales (STS de 14 de marzo de 1985) y, además, conseguir el mantenimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio (STS de 13 de marzo de 1981).

El mantenimiento de ese equilibrio económico se puede conseguir mediante diversas técnicas, que de una u otra manera vienen a dar respuesta a las tres posibles causas que motivan la ruptura del equilibrio económico del contrato:

1ª El derecho de la Administración a modificar el contrato o "*ius variandi*", cuya respuesta es la justa contraprestación económica para restablecer el equilibrio roto como consecuencia de una decisión de la propia Administración.

2ª Una disposición del carácter general o "*factum principis*" que viene a incidir sobre la economía del propio contrato.



3ª La llamada "*circunstancias imprevisibles*" a las que se refiere precisamente el artículo 127.2.2 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuando dice "*Revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión*".

Por otro lado, no debemos olvidar que así como el interés público en juego, que no es otro en estos casos que la continuidad de la prestación del servicio, exige que la Administración participe en la suerte del concesionario frente a circunstancias imprevistas, tal como precisamente recogen tanto el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales como la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo (ejemplo, la antigua Sentencia del 20 de diciembre de 1986), tampoco debemos olvidar que nos encontramos en presencia de una técnica que sobre la base de mantener la prestación del servicio no ofrece al concesionario una compensación total, sino que lo que hace es, como afirma algún autor, "*repartir los perjuicios imprevisibles*".

Es notorio que el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos en el ámbito de la Administración Local es una de las cuestiones más conflictivas entre las dos partes del contrato. Es usual que los concesionarios reclamen de forma periódica compensaciones económicas so pretexto de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Un ejemplo lo tenemos en el supuesto de hecho planteado en la consulta en el que basado en aumentos de precio de la energía eléctrica se reclama de la mancomunidad un aumento tarifario para restablecer presuntos desequilibrios económicos. Sin embargo no es usual el camino contrario, es decir, que la Administración reclame del concesionario o una bajada de tarifas o una variación del canon concesional si se produjera alguna de las previsiones del artículo 127 del RSCL.

Es cierto que frecuentemente se considerara al equilibrio económico como un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo no es exactamente así, por cuanto tanto en el estudio económico que preceptivamente debe haber elaborado la Administración como en el que han de aportar los licitadores con su oferta, y que será base de la adjudicación, ha de quedar perfectamente definido ese punto de equilibrio entre ingresos y gastos, de manera que el adjudicatario, *mediante esa buena y*



ordenada administración, pueda amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, tal como, recordemos, establece el artículo 129.3 del RSCL. Equilibrio económico que, por otro lado, debe estar referido al momento de la adjudicación, a ese que el ahora adjudicatario consideró en el estudio económico presentado con su oferta. Por tanto, **resulta fundamental que en el momento de adjudicarse el contrato** de gestión de servicios públicos **quede perfectamente establecido ese nivel de ingresos y gastos y ese margen de beneficio** del adjudicatario. Por tanto, en ese margen de beneficios es donde se produce el consabido equilibrio económico del contrato. Si bien debería establecerse en el propio Pliego de Cláusulas un cierto margen variable en el mencionado beneficio, hacia arriba o hacia abajo, y sobre el cual participarán Administración y concesionario ante posibles variaciones “controladas” del beneficio sin que pueda ser considerado una ruptura del equilibrio económico del contrato y sobre el que también recaería la aplicación del otro principio de la contratación pública, el de riesgo y ventura; pues no olvidemos que ambos principios, riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico, juegan en este tipo de contratos. Así lo consideró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de abril de 1985: “... **el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la «res pública», en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales**”.

Por su parte, la STS de 1 julio de 1992, nos dice que “Sobre la base de estos preceptos la doctrina ha montado la teoría del riesgo imprevisible, que consiste en apreciar el derecho del concesionario a que se restablezca el equilibrio económico de la concesión siempre que incida sobre este, una circunstancia que no pudo ser prevista y sea independiente de la buena gestión.”

Es interesante también destacar la Sentencia del TSJ Castilla y León, de 5 de diciembre de 2007:“... De todas formas, como ha señalado la Jurisprudencia, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (arts. 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 , comprensivo tanto del hecho del príncipe (apartado a), como de la teoría de la imprevisión (en el apartado b), destacando el art.



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, 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987, entre otras), limitando el art. 127.2.2, a dos los supuestos en que la Corporación está obligada a mantener el equilibrio financiero de la concesión, el primero cuando la Corporación introduzca modificaciones en el servicio que incrementen el costo del servicio o disminuyan la retribución, y el otro, cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen en cualquier sentido la ruptura de la economía de la concesión (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999) (...)”.

Dicho esto, en base a los datos aportados por la Mancomunidad, y partiendo de que esta Oficialía no dispone de técnicos expertos en sistemas de abastecimientos de agua ni en estudios económico financieros de los mismos, y que por tanto nuestra visión debe ser puramente jurídica, consideramos no obstante necesario realizar las siguientes observaciones:

A) En el año 2002 se modifica el contrato respecto a la revisión de precios, pasando de una fórmula polinómica a referenciarlo sobre la variación del Índice de Precios al Consumo (IPC). No nos consta ninguna justificación de tal medida ni ningún estudio comparativo entre lo que debió ser (Fórmula polinómica) y lo que en realidad fue (Revisión en base a IPC). En todo caso sorprende que el concesionario propiciara el cambio de referencia de revisión y ahora, diez años después, trate de justificar una subida de tarifas/mantenimiento del equilibrio en un desfase entre los cálculos en base al IPC y la “realidad”.

B) En la petición de mantenimiento del equilibrio económico del contrato realizada por el concesionario se pone de manifiesto un desfase entre los importes de los consumos de electricidad y su repercusión en el precio del agua de 31.532 €, justificando así una propuesta de subida del agua de 0,0520 €/m³, lo que supone un **incremento porcentual de la tarifa del 15,8779 %**, pasando de 0,3275 €/M³ a 0,3795 €/M³.

C) En la propuesta de revisión de precios del metro cúbico de agua/mantenimiento del equilibrio económico del contrato, los datos comparativos o de estudio se referencian sólo a un desfase entre el coste del consumo de energía y el “coste de energía según estudio de IPC”. Sin embargo, y como se ha argumentado más arriba, la forma en la



que el concesionario debe **acreditar** esa ruptura es mediante la presentación de los datos diferenciales entre los contenidos en su estudio económico de viabilidad del servicio y la realidad de la **totalidad** de los datos para acreditar a la Mancomunidad la existencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato debido a “circunstancias imprevisibles” y no a su mala gestión.

CONCLUSIONES.

Primera. Sobre prórrogas .-La cláusula del PCAP, del contrato y de la prórroga del mismo en el que se estable que las prórrogas serán tácitas, es contraria a los preceptos relacionados y por tanto nula de pleno derecho en los términos establecidos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo la duración de la prórroga acordada no podrá ser superior a quince años, por cuanto con arreglo a lo establecido en el artículo 157 b) del TRLCAP, la duración de los contratos de concesión de la gestión de este tipo de servicios no podrá ser superior a veinticinco años.

Segunda. Sobre modificación del contrato.-La modificación del sistema de revisión de precios pudiera dar origen a su nulidad, ya que uno de los principios de la contratación pública es el de publicidad e igualdad de trato. principios que se han visto rotos con esta modificación no prevista en el PCAP. Por otro lado, tanto en el PCAP como en el contrato se establecen dos tramos de consumo con precios distintos, diferencia ésta que, al parecer y por los documentos aportados desaparecen en la prórroga del contrato.

Tercera. Sobre reparaciones y sustituciones de elementos afectos al servicio.- Conforme a los establecido en el PCAP son de cuenta y a costa de la Mancomunidad el importe de sustitución del centro de transformación. No obstante esto, es a ésta a quien como propietaria o titular del servicio le corresponde decidir si el problema pudo solventarse con la sustitución del elemento averiado o con su reparación. Asimismo, en el supuesto de que la Mancomunidad autorizara esta inversión, el modo de reintegrar al concesionario el importe de la misma debe adoptarse o elegirse de común acuerdo de las partes entre las tres posibles soluciones que el PCAP establece.

Cuarta.-Sobre el equilibrio económico del Contrato.



a) La obligación del mantenimiento del equilibrio económico debe compatibilizarse con el riesgo y ventura.

b) No parece congruente propiciar una modificación de la fórmula o referencia de revisión de precios contenida en el PCAP y para tiempo después argumentar como justificativo de la ruptura del equilibrio económico la aplicación de la fórmula o referencia modificada.

c) Para acreditar la pretendida ruptura del equilibrio es preciso realizar un estudio con datos globales y no referidos a un único elemento, es decir, deben estar basados en los mismos elementos que se tuvieron en cuenta en el estudio económico a la hora de presentar la oferta.

d) La ruptura del equilibrio económico del contrato debe estar basado en alguna de las tres causas que en el presente informe se han mencionado: *factum principis*, *ius variandi* o *circunstancias imprevisibles*. Como quiera que deben descartarse las dos primeras, la cuestión estará en dilucidar si la subida del precio de la electricidad es imprevisible y en qué grado o por el contrario debe considerarse “habitual” o previsible.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las EE.LL- en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para **la Mancomunidad XXX**, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, abril de 2012