Informe 5/11, de 28 de octubre de 2011. "Consulta sobre prórroga de la concesión y modificación de la misma en uso del ius variandi y por motivo de interés público".

Clasificación de los informes. 17. 2 Cumplimiento, modificación, extinción y resolución. Modificación.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Niebla (Huelva), remite a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el siguiente escrito:

PRIMERO.- Por acuerdo plenario de fecha 23 de junio de 2009 se aprobó el pliego de condiciones que regirían la adjudicación de la concesión administrativa del aprovechamiento cinegético de gestión pública del coto municipal de caza "Baldíos de Niebla".

SEGUNDO.- Previos los trámites oportunos, al concurso resultaron presentadas y admitidas dos proposiciones y por acuerdo plenario de fecha 20 de agosto de 2009, el Ayuntamiento acordó adjudicar el referido contrato a la entidad CLUB DEPORTIVO "MURALLAS DE NIEBLA".

TERCERO.- El contrato fue suscrito el 29 de septiembre de 2009, por un plazo de ocho temporadas cinegéticas, comenzando en la temporada 2009/2010 y finalizando con la temporada 2017/2018, conforme a la cláusula tercera del pliego.

CUARTO.- Tras la adjudicación definitiva del contrato, realizada como se ha dicho por acuerdo plenario de fecha 20 de agosto de 2009, se interpone recurso contencioso-administrativo contra el mismo por parte de otro licitador que no resultó adjudicatario, encontrándose el mismo en tramitación (Procedimiento Ordinario 1115/2009, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Huelva).

QUINTO.- Conforme a la cláusula decimocuarta del pliego y en su consecuencia, la séptima y octava del contrato, entre las obligaciones del adjudicarlo figura la de "Responder de cuantos desperfectos puedan producirse en la finca objeto de esta concesión y de los accidentes que pudieran producirse en el mismo como consecuencia del ejercicio del derecho al aprovechamiento cinegético de la misma.

A tal efecto, cada año, y antes del 15 de septiembre, deberá presentarse en el Registro General del Ayuntamiento de Niebla original o copia compulsada de la póliza del seguro de responsabilidad civil, con las coberturas mínimas establecidas en este Pliego o las establecidas legalmente en caso de que estas fuesen mayores, en vigor."

SEXTO.- Con fecha 15 de febrero de 2010 y posteriormente el 14 de enero de 2011, el concesionario presenta sendos escritos en los que manifiesta la dificultad con que se encuentra para suscribir el seguro de responsabilidad civil a que está obligado, pues las compañías de seguros se muestran cada vez más reacias a asegurar los cotos que se encuentran sin alambrar, como es el caso del que es objeto de la concesión, debido al alto índice de siniestralidad que soportan.

SEPTIMO.- La entidad concesionaria propone asumir el coste íntegro del cercado de las zonas colindantes a las carreteras que delimitan el coto que solventaría las susodichas dificultades, pero a cambio de una prórroga de la concesión -alrededor de veinte años- que les permita amortizar la inversión, todo ello argumentando su buena fe, la imposibilidad real de cumplir el contrato por causas ajenas a su voluntad y las razones de interés público que presidirían la realización de estas obras.

A la vista de los antecedentes descritos se plantea la siguiente: CONSULTA

PRIMERO.- ¿Podría jurídicamente acordar el Ayuntamiento una prórroga de la concesión, en uso del ius variandi y por motivos de interés público, como medida compensatoria de los gastos que afrontaría el concesionario al hacerse cargo del vallado del coto, por el tiempo necesario que se solicita para amortizar estas inversiones y frente al desequilibro económico en que podría quedar el contrato?

SEGUNDO.- En el caso de que no fuera posible la prórroga ¿en qué sentido podría modificarse el contrato, siempre teniendo en cuenta razones de interés público y las causas imprevistas surgidas, a saber, la negativa de las compañías aseguradoras a asegurar a suscribir seguros de responsabilidad civil si el coto no se encuentra debidamente vallado?

TERCERO.- Teniendo presente que la situación económica municipal impide afrontar gasto alguno para el cercado del coto ¿habría que rescindir el contrato si no es posible otorgar la prórroga y el concesionario no afronta consecuentemente esos gastos, o tendría obligación de asumir el concesionario las obras en virtud de lo dispuesto en el contrato?

Al escrito se acompaña la siguiente documentación:

- Pliego de condiciones aprobado por Ayuntamiento en Pleno en sesión de 23 de junio de 2009

- Acuerdo plenario de fecha 20 de agosto de 2009, adjudicando el contrato al Club Deportivo "Murallas de Niebla"
- Contrato administrativo de fecha 28 de septiembre de 2009
- Escrito del Club Deportivo "Murallas de Niebla" con registro de entrada 222, de fecha 15 de febrero de 2010
- Escrito del Club Deportivo "Murallas de Niebla" con registro de entrada 67, de fecha 14 de enero de 2011.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. EL Alcalde de Niebla plantea la cuestión relativa a la posibilidad de modificar un contrato, bajo la modalidad de concesión administrativa, para el aprovechamiento cinegético de gestión pública del coto municipal de caza "Baldíos de Niebla", ampliando su plazo de vigencia, para compensar al concesionario por el cercado del coto, requisito que exigen las compañías aseguradoras para suscribir el seguro de responsabilidad civil previsto en el pliego.

2. Antes de nada, cabe advertir que el régimen aplicable al contrato no es directamente el previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sino que, en virtud del artículo 4.1.o) de la misma, es el que se determina en la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero, y por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales en aquellos aspectos no regulados en las normas citadas. Solo por la remisión contenida en el artículo 58 del citado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, resultan de aplicación los procedimientos de adjudicación de la LCSP con las especialidades previstas en dicha legislación.

A este respecto, las consideraciones que se refieran han de atenerse a la norma vigente reguladora del tal contrato y del pliego del contrato remitido.

2. En relación con la propuesta de modificación cabe advertir que, si bien en el escrito de consulta se hace referencia a la posibilidad de ampliar el plazo como consecuencia del ejercicio de *ius variandi* de la Administración, previsto en la cláusula décima de contrato (decimocuarta C) del pliego) que señala entre las potestades del Ayuntamiento "*la dirección, interpretación, modificación, suspensión de la concesión, conforme a los trámites establecidos en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*", del examen de la documentación remitida en la que aparece una solicitud del concesionario en tal sentido, parece que nos encontramos ante la posibilidad de una modificación pactada de la concesión otorgada.

En cualquier caso, tanto si fuera una modificación impuesta como acordada, los límites respecto de los cuales resulta admisible la misma han sido puestos de manifiesto por esta Junta Consultiva en reiterados informes. A este respecto, cabe recordar, por ejemplo, el informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995, que señala lo siguiente:

2. (…) Puede afirmarse, como conclusión, que la modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato resulta admisible, por aplicación del principio de libertad de pactos, tanto en los contratos administrativos, como en los privados, siendo contrario a la esencia de este último la modificación unilateral por uno de los contratantes.

3. La conclusión sentada en el apartado anterior no constituye obstáculo para que deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública.

Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, 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 posteriormente se produce.

En definitiva, siendo el contrato el resultado de un procedimiento de adjudicación en el que han concurrido distintos licitadores, en atención a los principios de igualdad y concurrencia, las condiciones del mismo no pueden resultar alteradas sustancialmente por vía de la modificación del mismo. En particular, cabe entender alteradas sustancialmente las condiciones del contrato la modificación del plazo concesional de 8 a 30 años, como proponen los contratistas, por lo que sin entrar en otras consideraciones, no procede la modificación del plazo en los términos señalados en la consulta.

En el mismo sentido cabe razonar ante otras posibles formas de compensación económica, ya que el desequilibrio patrimonial que arguye el concesionario como consecuencia de la asunción del mismo del coste del vallado exigirá una compensación (en forma de aumento de canon, disminución de las obligaciones…) de un valor similar y respecto de la cual cabe razonar en idéntico sentido que respecto al aumento de plazo.

Dicho de otra forma el contratista, sin mediar la obligatoria licitación, obtiene un nuevo contrato del mismo objeto con una duración de 22 años, así como obtiene también de la misma forma una retribución económica por un aludido desequilibrio patrimonial que en realidad es resultado de la oferta presentada sin ponderar las acciones a realizar previstas en el pliego y ligadas al principio de riesgo y ventura.

3. Sentado lo anterior, se plantea la situación en que queda el contrato si el contratista no puede cumplir con la obligación de suscribir el seguro de responsabilidad patrimonial, como consecuencia del elevado coste impuesto por las compañías aseguradoras y ante la imposibilidad de asumir la entidad municipal las obras de vallado.

Antes de nada cabe señalar que de lo dispuesto en el pliego no cabe deducir que sea la Administración Local a la que corresponde efectuar el vallado exigido. Antes al contrario, son obligaciones del concesionario que, de acuerdo con lo previsto en el pliego, ha asumido a su riesgo y ventura la explotación la explotación cinegética. En este sentido, de acuerdo con cláusula decimocuarta, le corresponde *"d) ejecutar los trabajos necesarios para la conservación y mejora de la finca…"*, "*h) cumplir todas las obligaciones establecidas con carácter general para las personas o entidades titulares de cotos privados o deportivos de caza, así cuantas otras normas específicas que dicte para estos terrenos la Consejería competente en la materia*", o "*k) mantener y conservar la finca en perfecto estado de limpieza y conservación realizando a su cargo los trabajos propios de conservación, mantenimiento y control cinegético*". Todo además de la obligación de suscripción del seguro de responsabilidad civil de una finca de la cual sabía que en el momento de la licitación no estaba vallada. Por tanto de la descripción que se reseña tan solo puede afirmare que el contratista, que se adhirió a los pliegos, tenía el debido conocimiento de las obligaciones que asumió.

Ante el incumplimiento del contratista de sus obligaciones la consecuencia prevista tanto en el pliego como en el contrato es la resolución del mismo (cláusula decimoquinta del pliego y undécima del contrato). Ello no es óbice para la apertura de un nuevo procedimiento de licitación, en el que se determine expresamente la asunción por el concesionario de la obligación del cercado de la finca, y en el que los licitadores en condiciones de igualdad tengan en cuenta la situación exigida por las compañías aseguradores a la hora de formular sus proposiciones económicas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que no procede la modificación del contrato, en la modalidad de concesión, de aprovechamiento cinegético mediante la ampliación del plazo de vigencia del contrato para compensar al contratista por los gastos ocasionados por el vallado de la finca, exigida por las empresas aseguradoras para poder suscribir la correspondiente póliza de responsabilidad patrimonial.

2. Si el contratista no suscribe la póliza de responsabilidad patrimonial, procede la resolución del contrato. Ello no es óbice para la apertura de un nuevo procedimiento de licitación, en el que los licitadores en condiciones de igualdad tengan en cuenta la situación exigida por las compañías aseguradores a la hora de formular sus proposiciones económicas.