

Junta Superior de Contractació Administrativa
Plaça de Nàpols i Sicília 10-1r
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 207145
Correu: secretària JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: Informe 2/2016

INFORME 2/2016 DE 26 D'ABRIL DE 2016. OBRES QUE PODEN CONSIDERAR-SE COMPRESSES EN UN CONTRACTE DE GESTIÓ DE SERVEIS PÚBLICS QUE EL CONCESSIONARI HAVIA DE REALITZAR, AMB CÀRREC A LA SEUA PRÒPIA RETRIBUCIÓ. FONTS DE RENOVACIÓ DE LA XARXA D'ABASTIMENT. LA SEUA VINCULACIÓ AL CONTRACTE SUBSCRIT. ENTRADA EN VIGOR DE LA LLEI 53/1999, DE 28 DE DESEMBRE, PER LA QUE ES MODIFICA LA LLEI 13/1995, DE 18 DE MAIG, DE CONTRACTES DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES. IMPOSSIBILITAT DE CONTINUAR PRORROGANT EL CONTRACTE.

ANTECEDENTS

En data 19 de febrer de 2016 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Elda, per mitjà del qual formula una consulta del següent tenor literal:

"D. Rubén Alfaro Bernabé, Alcalde de l'Excm. Ajuntament d'Elda, a l'empara del que disposa l'article 3 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana i es regulen els registres oficials de Contractes i de Contractistes i Empreses Classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, eleva la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana la CONSULTA següent:

Assumpte: Contracte per a la gestió de servei públic d'abastiment d'aigua potable. Obligació imputable al concessionari relativa a l'execució directa d'obres de reparació i manteniment dels béns afectes al funcionament del servei i el seu finançament amb càrrec al Fons de Renovació.

En relació a l'assumpte de referència, i amb caràcter previ a la formalització de la consulta, citem els següents Antecedents:

1.- Amb data 1 d'octubre de 1984 l'Ajuntament d'Elda va formalitzar amb AQUAGEST (avui HIDRAQUA) el contracte per a la concessió del servei municipal d'aigua potable.

La duració inicial del contracte era de 10 anys, prorrogables tàcitament per períodes de deu anys. Aquesta duració ha experimentat dues pròrrogues: la primera d'aquestes acordada el 15 de desembre de 1997, que prorrogava el contracte fins a 2014, i la segona acordada el 31 de març de 2005, que prorrogava el contracte fins a 2024, tot això motivat en la necessitat que AQUAGEST finançara a favor de l'Ajuntament l'execució de les "Obres de renovació i millora de xarxes en el sistema d'abastiment d'aigua potable».

2.- L'article 1 (objecte del contracte) del Plec de Condicions economicoadministratives que va servir de base per a l'adjudicació del contracte assenyalava que l'adjudicació que s'atorgue per mitjà de concurs, tindrà per objecte la gestió del servei municipal d'aigua potable de l'Ajuntament d'Elda, en la modalitat de concessió, tal com es determina en el punt 2 de l'article 14 del Reglament de Serveis de les Corporacions Locals (...)"

3.- Per la seua banda, els articles 6é i 7é, inclosos en el capítol II sobre les obligacions del concessionari estableixen respectivament el següent:

"(...) el concessionari haurà de realitzar amb la seua pròpia retribució la conservació de les instal·lacions de l'abastiment des de les captacions fins a l'origen de les connexions dels abonats(...). "

"(...) el concessionari assumirà a càrrec seu la renovació de les instal·lacions per envelliment (...).

4.- Quant a la retribució del concessionari, l'article 24 del Plec disposa que estarà composta per les tarifes del servei, contribucions especials, subvencions, les quantitats procedents de l'ampliació de la xarxa, i també qualsevol altra quantitat que tinga la seua procedència directa i indirecta en el servei o a conseqüència d'aquest.

Sobre l'estructura tarifària, mitjançant una Resolució del Conseller d'Indústria, Comerç i Turisme, de data 6 d'abril de 1984, es va crear un Fons de Renovació, per a evitar la descapitalització progressiva del servei i que es nodreix "via tarifes".

5.- Junt amb els anteriors resulta oportú aportar com a antecedent la Decisió de la Comissió Europea d'1 de juny de 2012, relativa a la reducció de l'ajuda del Fons de Cohesió al projecte "Renovació i millora de xarxes. Sistema d'abastiment d'aigua potable a Elda"; en la mesura que conté una interpretació sobre l'abast de l'objecte del contracte que deriva dels plecs.

En concret, assenyala el considerant número 55 de l'esmentada Decisió, que la Comissió considera que l'adjudicació dels contractes de serveis d'assistència tècnica i redacció de projectes que van ser adjudicats directament al concessionari del servei en el marc dels esmentats projectes de renovació de xarxes no tenien empara en cap de les clàusules dels plecs reguladors de la concessió del servei, i per tal raó l'adjudicació dels dits contractes va vulnerar les regles de publicitat i concurrència que resultaven aplicable.

Relació de documents que s'adjunta:

-Contracte formalitzat per l'Ajuntament d'Elda l'1 d'octubre de 1984 amb AQUAGEST (avui HIDRAQUA) per a la concessió del servei municipal d'aigua potable i plecs de condicions.

-Acord de pròrroga adoptat pel Ple de l'Ajuntament en sessió celebrada el 15 de desembre de 1997, prorrogant el contracte fins a 2014.

-Acord de pròrroga adoptat pel Ple de l'Ajuntament en sessió celebrada el dia 31 de març de 2005, prorrogant el contracte fins a 2024.

-Decisió de la Comissió Europea, d'1 de juny de 2012.

En atenció als antecedents exposats, es formula la CONSULTA següent:

PRIMER.- Si atenent als plecs reguladors del contracte de concessió del servei hem d'entendre que ens trobem davant d'un contracte de gestió de serveis que inclou o permet l'execució de

determinades obres de conservació i manteniment dels béns afectes el servei.

En cas afirmatiu, si aquestes obres han de ser necessàriament encomanades de forma directa al concessionari (amb independència del seu import), o al contrari l'Administració podria decidir licitar-les a través del procediment i amb la publicitat que els corresponguen.



SEGON- Si la percepció de l'anomenat Fons de Renovació de la tarifa correspon al concessionari, o bé aquesta Administració ha d'ordenar la liquidació d'aquesta i l'ingrés en la Tresoreria Municipal; i quedant afectat evitar la descapitalització del servei, servir de recurs per a finançar les obres que calga amb independència que l'execució material d'aquesta recaiga o no en l'actual concessionari del servei."

A l'escrit anterior s'adjunten els documents indicats, entre els quals es troben sengles certificacions dels acords plenaris de 15 de desembre de 1997 i de 31 de març de 2005, respectivament, que per la seua rellevància en el present Informe es transcriuen a continuació:

Acord de 15 de desembre de 1997

<<MATEO SANCHEZ SOLERA, com a secretari general de l'Excm. Ajuntament d'Elda, CERTIFIQUE: Que el Ple d'aquest Ajuntament, en la sessió celebrada el dia quinze de desembre de mil nou-cents noranta-set va adoptar el següent

ACORD:

4. ESCRIT D'AQUAGEST, SA, SOL-LICITANT MODIFICACIÓ DEL CONTRACTE DEL SERVEI MUNICIPAL D'AIGUA POTABLE.

Examinat l'escrit presentat pel Sr. Enrique Castellví Arasa, amb domicili a Alacant. C/ Els Dos-cents número. 6, en la seua qualitat de Director Regional de la mercantil AQUAGEST, Promoció Tècnica i Financera d'Abastiment d'Aigües, SA, concessionària del servei municipal d'aigua potable, manifestant :

"1. Que per acord d'aqueix Ajuntament en la sessió plenària celebrada el dia 25 maig de 1984, AQUAGEST és concessionària del servei Municipal d'Aigua Potable, i ha realitzat des de llavors la gestió del servei a plena satisfacció de les diverses corporacions que s'han succeït al llarg del temps.

2. Que el termini inicial de la concessió era de deu anys, prorrogables tàcitament pel mateix període, si cap de les parts manifestava el contrari almenys amb un any d'antelació a la data de la seua terminació. Finalitzant la concessió inicial l'any 1994, el contracte no va ser denunciat per cap de les parts, per la qual cosa es va prorrogar automàticament per un període de deu anys, i és per això que la concessió actual té vigència fins a l'any 2004.

3. Que AQUAGEST té el propòsit de realitzar una planificació profunda del servei, a fi de millorar-ne l'eficàcia. L'aplicació de la millora necessària que la concessió tinguera una duració major de la establerta actualment, i seria prou una nova pròrroga d'un altre període de deu anys, amb vigència fins a l'any 2014.

4. Que el cànon inicial que se satisfeia per AQUAGEST a l'Ajuntament era de 5'20 ptes, per m3 facturat, que l'any 1985 va ascendir a 12.581.000.- ptes., obtingut com a superàvit de gestió, diferència entre ingressos del servei i despeses de gestió per contracta.

5. Que a partir de 1986, com que la Comissió de Preus de la Generalitat Valenciana va deixar d'admetre l'existència de superàvit de gestió, es va introduir en les tarifes, per indicació d'aquest organisme, un concepte nou, denominat Fons de Renovació, que des de llavors s'ha ingressat a l'Ajuntament en substitució del cànon inicial.

6. Que la quantia d'aquest Fons ha sigut variable al llarg del temps, ja que s'han inclòs en les tarifes les quantitats que cada any ha indicat l'òrgan competent de l'Ajuntament, segons les necessitats financeres del servei, la suma total de les quals ha sigut lliurada puntualment a l'Ajuntament.

7. Que a fi d'adequar el contingut del contracte de concessió inicial a la realitat actual, se sol·licita que es modifiqui en el sentit que la quantitat a percebre per l'Ajuntament siga l'import del Fons de Renovació, que l'any 1997 ascendeix a 16.572.000 ptes., en compte de les 5'20 ptes. per m3 facturat, que en el mateix any suposaria una suma de 13.244.000 ptes., i que a partir de l'any 1.998 (inclusivament) ascendiria a 20.000.000.- ptes, cada any.

8. Que en el supòsit de prorrogar-se la concessió fins a l'any 2.014, AQUAGEST ingressaria en les Arques Municipals, a la firma del contracte, aquesta quantitat: TRENTA-VUIT MILIONS (38.000.000,- PTES.), en concepte de participació de l'Ajuntament en els beneficis del concessionari, durant aquest nou període de concessió."

Vistos els informes emesos i de conformitat amb el dictamen de la Comissió de Gestió Financera i Administrativa, l'Alcaldia proposa l'adopció dels següents acords :

1r. Accedir a allò que s'ha sol·licitat en l'escrit de referència i en els seus termes, però tot condicionat al fet que la mercantil AQUAGEST anticipi i ingresse en les Arques Municipals, abans del 31 de desembre 1997, la quantitat de 200.000.000 de pessetes, equivalents al fons de renovació del període comprés entre els anys 1998 i 2007 (ambdós inclosos).

2n. Autoritzar l' alcalde, Sr. Juan Pascual Azorín Soriano, per a procedir a la firma del corresponent contracte de modificació d'un altre anterior.

A continuació es produeixen diverses intervencions, que, en resum, són les següents :

.....
.....

A continuació se sotmet a votació la proposta de resolució, amb el resultat següent:

* Vots a favor : tretze (grups Socialista, EU-EV i Mixt).

* Vots en contra : dotze (Grup Popular).

En conseqüència, l'alcalde declara aprovada la proposta de resolució tal com ha sigut presentada.

I perquè conste i produísca efectes on procedisca, expedisc la present ordre de l'alcalde, amb les prevencions de l'article 206 del Reglament d'Organització, Funcionament i Règim Jurídic de les Entitats Locals, a Elda, el setze de desembre de mil nou-cents noranta-set.>>

Acord de 31 de març de 2005

<<SR. MATEO SÁNCHEZ SOLERA, secretari general de l'Excm. Ajuntament d'Elda,

CERTIFIQUE; Que el Ple d'aquest Ajuntament, en la sessió celebrada el dia trenta-u de març de dos mil cinc, va adoptar el següent acord :

2. ESCRIT D'AQUAGEST LLEVANT, SA, SOBRE FINANÇAMENT OBRES EN LA XARXA D'AIGUA POTABLE I PRÒRROGA DEL CONTRACTE.



Una volta examinat l'escrit presentat per Coral Yolanda Robles Lucas amb domicili als efectes de notificació a Alacant, C/ General Bonança, núm. 1, actuant en nom i representació de la mercantil AQUAGEST LLEVANT, SA (d'ara en avant AQUAGEST), que manifesta:

PRIMER: L'abastiment d'aigua potable d'Elda presenta deficiències motivades per l'escàs diàmetre de les canonades, fet agreujat pels depòsits calcaris que es van acumulant amb el transcurs del temps i que redueixen la secció de pas de les canonades i originen problemes de cabal i pressió en distints punts de la xarxa.

Al seu torn els pous que abasteixen la població, com a conseqüència del descens dels nivells de l'aqüífer, exigeixen inversions periòdiques que garantisquen l'extracció dels cabals necessaris per al municipi.

Davant d'aquesta problemàtica, l'any 2001 es va sol·licitar ajuda dels Fons de Cohesió Europeus per a escometre distintes obres en renovació de xarxa de distribució i pous.

A l'abril de 2001 es van concedir les ajudes sol·licitades per import de 1.177.305 euros dels quals l'Ajuntament d'Elda només va haver d'aportar-ne el 20%. Les obres per a la realització de les quals es van sol·licitar les ajudes es van executar en els anys 2002 i 2003.

L'any 2004 es torna a sol·licitar ajuda dels Fons de Cohesió Europeus per a escometre les "Obres de renovació i millora de xarxes en el sistema d'abastiment d'aigua potable del municipi d'Elda", que és una de les obres incloses en el Pla Director de l'Abastiment d'Elda.

Al desembre de 2004, recau Resolució de la Comissió Europea per mitjà de la que s'aproven ajudes amb càrrec als Fons de Cohesió Europeus per a l'execució de l'obra del Pla Director referida en paràgraf anterior, per import de 2.167.621 euros, dels quals 1.734.097 euros seran d'aportació dels Fons de Cohesió Europeus (80%) i 433.524 euros d'aportació municipal (20%).

A més, la Resolució, en el subapartat 10.3 de l'apartat de "Clàusules especials". estableix que "El pagament del saldo estarà supeditat a la presentació, junt amb l'informe final, d'un informe, acompanyat de la corresponent certificació, sobre el grau de desplegament i compliment de Pla Director de l'Abastiment d'Aigua esmentat, que supose unes inversions addicionals equivalents almenys al cost total subvencionable d'aquest projecte", amb el qual l'Ajuntament està obligat a executar obres del Pla Director, addicionals a l'establerta, per import de 2.167.621 euros. D'acord amb allò que s'ha sol·licitat en el subapartat 10.3 de «Clàusules especials», l'import total de les obres a realitzar haurà de ser de 4.335.242 euros, dels quals 1.734.096 seran per compte de Fons Europeus i 2.601.146 euros per compte de l'Ajuntament. Ajuntament.

SEGON: Amb motiu de l'anterior, l'Ajuntament d'Elda en reunió celebrada amb aquesta finalitat amb AQUAGEST, va sol·licitar que aquesta estudiara i presentara una proposta de finançament de les obres referides en l'apartat anterior, en la part no subvencionada per Fons de Cohesió Europeus, que no implique un increment considerable de les tarifes del servei.

TERCER: Basant-se en tot això, i atenent a la sol·licitud de l'Ajuntament d'Elda, AQUAGEST presenta la proposta següent:

Finançar l'import corresponent al percentatge del 20% no subvencionat pels Fons de Cohesió en relació amb les "Obres de renovació i millora de xarxes en el sistema d'abastiment d'aigua potable del municipi d'Elda". El percentatge ascendeix a la quantitat de 433.524 euros. La redacció del Projecte i la Direcció Facultativa de les "Obres de renovació i millora de xarxes en el sistema d'abastiment d'aigua potable del municipi d'Elda" serà realitzat per AQUAGEST amb càrrec als Fons de Cohesió Europeus.

Així mateix, AQUAGEST està disposada a finançar el 100% de les obres incloses en el Pla Director que determine l'Ajuntament, per import de 2.167.621 euros, d'acord amb l'exigència derivada del subapartat 10.3 de l'apartat de "Clàusules especials" de la Resolució de la Comissió Europea. Aquestes obres s'executaran directament per AQUAGEST.

El finançament proposat es realitzarà a interès 0 en ambdós supòsits, la qual cosa reporta evidents avantatges per a la hisenda municipal i en definitiva per a l'interés general del municipi.

El rescabament de la inversió realitzada, de manera que es garantisca el manteniment d'equilibri econòmic de la concessió, sense que això supose un increment extraordinari de les tarifes per aquest concepte, s'obtidria per mitjà de les tarifes del servei amb càrrec al Fons de Renovació inclòs en aquestes i de la manera següent:

a) Per mitjà de l'ampliació de la duració del termini de contracte per un període de 10 anys a comptar del 1 d'octubre de 2014, data de finalització del contracte de concessió conformement amb l'acord plenari adoptat el 15 de desembre de 1997. Amb això el període de vigència del referit contracte finalitzarà el 1 d'octubre de 2024. D'aquesta manera es possibilita el rescabament de la inversió, sense que això supose un increment extraordinari de les tarifes actuals per aquest concepte.

b) La inversió realitzada s'amortitzarà:

-Una part amb càrrec al Fons de Renovació total anual inclòs en les tarifes, corresponent als exercicis 2007, 2008, 2009 i 2010, tots inclusivament, que percebria íntegrament AQUAGEST.

-L'import restant amb càrrec a quotes anuals del Fons de Renovació per import de 116.665 euros, que percebria AQUAGEST des de l'exercici 2011 fins a l'exercici 2024, ambdós inclosos.

Per a un major aclariment, s'adjunta l'annex I, que conté la taula d'amortització proposta d'acord amb els apartats anteriors.

c) L'increment anual mínim de les tarifes. des de l'exercici 2006 fins a l'últim exercici de la concessió, serà l'IPC anual.

QUART: L'ampliació del període de duració del contracte produirà efectes de manera automàtica des del 1 d'octubre de 2014, sense que arribada aqueixa data calga l'adopció de cap acord per part de l'Ajuntament.

En el cas que per qualsevol causa aliena a la voluntat d'AQUAGEST el contracte finalitzara abans de l'1 d'octubre de 2024, l'Ajuntament haurà de reintegrar a aquella les quantitats pendents de rescabament.

La Comissió Informativa de Serveis Públics emet informe favorable sobre la Proposta formulada per la mercantil AQUAGEST, tant pel que fa a la realització d'obres i el seu finançament com a la pròrroga per 10 anys del contracte de concessió del servei municipal d'abastiment d'aigua potable.

A continuació es produeixen diverses intervencions que, en resum, són les següents:



A continuació, el Ple de l'Ajuntament, amb el vot en contra del Sr. Juan Francisco Alzallu Cebrián i el vot a favor de la resta dels regidors, acorda aprovar la Proposta formulada per la mercantil AQUAGEST, autoritzant l'alcalde per a procedir a la firma de la pròrroga del contracte de concessió fins al dia 1 d'octubre de 2024.

I perquè conste i produïska efectes on procedisca, expedisc la present d'ordre de l'alcalde amb les prevencions de l'article 206 del Reglament d'Organització, Funcionament i Règim Jurídic de les Entitats Locals, a Elda, l'u d'abril de dos mil cinc.>>

Sol·licitada per la Secretaria de la Junta còpia dels documents on s'haguera formalitzat la modificació del contracte basant-se en els acords anteriors, s'ha rebut la resposta de l'Ajuntament remetent una còpia del document de formalització de la modificació del contracte de conformitat amb l'acord de 31 de març de 2005 i la proposta presentada per la concessionària, i comunicant alhora que **no consta cap document administratiu de la formalització de la modificació del contracte basant-se en l'acord de 15 de desembre de 1997.**

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

El contracte de concessió del servei municipal d'aigua potable d'Elda va ser adjudicat per acord de la corporació municipal adoptat el 27 de juliol de 1984, després del concurs anunciat en el BOE del 19 de juny d'eixe any i seguit d'acord amb un Plec de Condicions aprovat el 25 de maig anterior. Les normes en matèria de contractació en vigor en aquelles dates venien constituïdes pel Reglament de Contractació de les Corporacions Locals, aprovat per Decret de 9 de gener de 1953, i, de conformitat amb allò que s'ha establert en la seua disposició addicional segona, per al que no s'estableix en aquest, per les disposicions aplicables a l'Administració General de l'Estat, bàsicament, el text articulat de la Llei de Bases de Contractes de l'Estat (LBCE), aprovat pel Decret 923/1965, de 8 d'abril, modificada per la Llei 5/1973, de 17 de març, i també el Reglament General de Contractació de l'Estat (d'ara en avant RGCE), aprovat per Decret 3410/1975, de 25 de novembre.

Igualment, en tractar-se d'un contracte de concessió per a la gestió indirecta d'un servei públic de competència de l'Ajuntament, li és aplicable el que disposen els articles 114 i següents del Reglament de Serveis de les Corporacions Locals (RSCL), aprovat per Decret de 17 de juny de 1955, en desplegament de la llavors vigent Llei de Règim Local, aprovada per Decret de 16 de desembre de 1950.

Tal com estableix el contracte objecte de la consulta, aquest es regeix en "per l'acord municipal d'adjudicació referenciat i pel Plec de Condicions, proposició i memòries presentades per l'adjudicatari". Quant a l'aplicació de les normes esmentades anteriorment i la seua interpretació en casos com el sotmés a consulta, esta Junta va tenir ocasió d'analitzar esta qüestió en l'Informe 12/2014, de 17 de febrer de 2015, davant d'una consulta formulada per l'Ajuntament d'Ibi en relació amb un contracte de gestió de serveis públics adjudicat en 1980:

"No obstant això, quant a l'aplicabilitat actual de les disposicions esmentades, ha de tenir-se en compte que la Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques, per la qual es derogava expressament la Llei de Contractes de l'Estat (text articulat aprovat per Decret 923/1965, de 8 d'abril); el Reglament General de Contractació de l'Estat, aprovat per Decret 3140/2175, de 25 de novembre, i l'esmentat Reglament de Contractació de les Corporacions Locals, aprovat per Decret de 9 de gener de 1953, no va declarar aplicables aquestes normes per als contractes en execució adjudicats amb anterioritat a la seua entrada en vigor, tal com sí que ho van fer les lleis de contractes posteriors. Més aviat al contrari, la disposició transitòria primera de la Llei 13/1995 es va limitar a referir-se als expedients de contractació en curs en què no s'haguera produït l'adjudicació per a indicar que passarien a regir-se per l'esmentada Llei encara que no seria obligatori adaptar-hi les actuacions ja realitzades. Va ser el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, el que després de la re-

forma de la Llei 13/1995 per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, va establir en la seua disposició transitòria primera que els contractes adjudicats amb anterioritat a aquesta última Llei (la 53/1999) es regirien per la normativa "anterior", sense especificar si aquesta normativa anterior era la Llei 13/1995 o simplement la vigent en el moment de la seua licitació o adjudicació.

En tot cas, d'acord amb el que disposa el Codi Civil i allò que s'ha manifestat moltes vegades per la jurisprudència, el criteri d'aquesta Junta és que el contracte ha d'executar-se i dur-se a terme de conformitat amb les condicions pactades que, en este cas, d'acord amb la documentació facilitada per l'Ajuntament, són les establertes en el plec de condicions economicoadministratives que consta en l'escriptura pública de la seua formalització, sense que hagen d'aplicar-se o siguen exigibles altres condicions o regles que no estiguen contemplades o referides expressament en el plec, el qual podrà i haurà d'interpretar-se d'acord amb les normes vigents al moment de la seua licitació i adjudicació, si això fóra necessari i resultara pertinent (...)" D'acord amb el mateix criteri anterior i respecte a la qüestió plantejada per l'Ajuntament d'Elda relativa a les obres que poden considerar-se compreses en el contracte, el Plec de Condicions Econòmiques Administratives pel qual es regeix (d'ara en avant el PCEA) estableix que el concessionari ha de realitzar, en primer lloc i amb càrrec a la seua pròpia retribució, els treballs descrits en la seua clàusula 6, de conservació de les instal·lacions de l'abastiment existents en el moment de l'adjudicació arrellegades en l'annex 1 del mateix Plec. Aquesta obligació és concordant amb el deure del concessionari de mantenir en bon estat les obres i instal·lacions adscrites a l'explotació, tal com estableixen l'article 115 del RSCL i l'article 211.8 del RGCE, vigents en la data de l'adjudicació del contracte. En conseqüència, respecte a aquesta primera qüestió plantejada per la consulta de l'Ajuntament, pot afirmar-se que el contracte inclou l'execució d'obres de conservació i manteniment dels béns i instal·lacions afectes el servei i no sols això, sinó també que aquesta execució és una obligació del concessionari, la contraprestació de la qual es troba compresa en la seua retribució i sense que el plec prohibisca que pugua subcontractar-la, sempre que siga a càrrec seu.

Ara bé, quant a obres que excedisquen les de conservació i manteniment descrites en la clàusula 6 és cert que el Plec va anar més enllà de qualsevol límit i, en segon lloc, la clàusula 7 va regular les condicions en què al concessionari li *correspondria*, segons el terme utilitzat en el plec, executar obres d'ampliació i renovació de l'abastiment, distingint tres supòsits:

- Nous subministraments en zones allunyades de la xarxa de distribució, i en aquest cas, previ estudi de les obres necessàries, podrà executar-les el concessionari i seran per compte del *sol·licitant*, reservant-se l'Ajuntament un paper arbitral i supervisor.
- *Col·locació de xarxa en nova urbanització. Segons el plec, el concessionari "estudiarà, conjuntament amb els tècnics municipals, la redacció del projecte (...)" ; "el pagament dels treballs de realització del projecte, inclosos honoraris tècnics (...) anirà a càrrec dels interessats (...)" —excepte quan siga l'Ajuntament el promotor, i en aquest cas els realitzarà el concessionari "a títol gratuït"—, i "l'execució dels treballs correspondrà al concessionari."*
- Ampliació de les instal·lacions [existents] d'abastiment per augment del consum. Amb la justificació prèvia de la seua necessitat, *"el concessionari, conjuntament amb els tècnics municipals, redactarà el corresponent projecte i, després de l'aprovació d'aquest per l'Ajuntament i de les tarifes necessàries per al seu finançament, (...) procedirà a la seua realització. (...) L'aportació econòmica del concessionari, per a l'execució de les obres d'ampliació del servei, serà total o parcial, a criteri, en cada cas, de l'Ajuntament."* "El concessionari assumirà a càrrec seu la renovació de les instal·lacions per enveïlliment. En tot cas, la renovació dels depòsits i l'obertura de nous sondejors (...) serà per compte de l'Ajuntament."

D'aquesta manera, la clàusula 7 del PCEA va pretendre deixar la porta oberta a encomanar al gestor de la concessió unes prestacions il·limitades, implicant inclús terceres persones que no intervenen en el contracte —el *sol·licitant*, els *interessats*— i comprenent tant la realització de treballs i serveis tècnics com l'execució d'obres i instal·lacions totalment indeterminades, la qual cosa no permetia estimar tan sols la dimensió de



les inversions que havia d'efectuar el concessionari, dades necessàries per a la seua licitació segons el que disposa l'article 115, 2a i 4a, del RSCL, i els articles 209 i següents del RGCE. En aquest aspecte, hem d'assenyalar que no existeix en el Plec o en la documentació remesa cap referència que acredite o informe de l'existència de projecte previ a la licitació de la concessió, tal com exigia l'article 122 del mateix reglament i l'esmentat article 209 del RGCE, i la seua clàusula 7 no estava tampoc en consonància amb el que disposa l'article 28 del RGCE que exigia que l'objecte del contracte fora determinat, raons totes aquestes que ens porten a la conclusió de la seua inaplicabilitat actual i a l'exigència que qualssevol obres o instal·lacions que excedisquen les de conservació i manteniment de la xarxa han de ser objecte de licitació i contractació d'acord amb la normativa en vigor.

Quant a la segona qüestió plantejada en la consulta de l'Ajuntament, relativa al denominat Fons de Renovació de la xarxa d'abastiment, la creació de la qual es va iniciar com a conseqüència de ser advertida la seua necessitat en la Resolució de 6 d'abril de 1984 de la Comissió de Preus de la Generalitat, per la qual s'aprovava la tarifa del servei, hem d'assenyalar sobretot que aquesta advertència anava dirigida a l'Ajuntament i no té res a veure amb el contracte subscrit amb la concessionària, sense perjudici que l'Ajuntament, amb el seu millor criteri, dedicara el cànon percebut a nodrir aquest fons. Per tant, no ha de confondre's l'esmentat fons amb el cànon que, en virtut del contracte, la concessionària està obligada a abonar a l'Ajuntament per l'import establert en l'acord d'adjudicació del contracte i en l'oferta presentada per ella, sense excepció de cap tipus i en la forma i periodicitat determinada en la clàusula 28 del PCEA. I és de l'exclusiva incumbència de l'Ajuntament decidir si destina el dit cànon i qualssevol altres recursos al fons de renovació de la xarxa que, per descomptat, serà de titularitat municipal. Tot això, sense perjudici que ambdues parts puguen compensar-se obligacions recíproques en els supòsits establerts en el propi plec o com a conseqüència de bestretes efectuats d'una banda de mutu acord amb l'altra.

En conseqüència, està fora de lloc la modificació implícita de les condicions econòmiques del contracte i oferides per la concessionària en el procediment de licitació, emparant-se en eixa confusió deliberada entre cànon i fons de renovació i la substitució d'aquell per aquest, com pareix deduir-se de l'escrit presentat per la concessionària com a proposta a què "accedeix" l'Ajuntament per mitjà de l'acord de 15/12/1997 remés entre la documentació que s'adjunta en l'escrit de la consulta, on tal acord es qualifica com de pròrroga. La pròrroga del contracte, si és el cas, només podia estar justificada per modificacions del contracte imposades per l'Ajuntament per raons d'interés públic, emparant-se en el que disposa llavors tant en els articles 48, 50 i 74 de la Llei de Contractes de l'Estat com en els articles 102 i 164 de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques, ampliant el termini de la concessió en el temps que siga necessari per a restablir el seu equilibri econòmic financer en el supòsit que la modificació l'afectara per requerir inversions que hagueren d'amortitzar-se o compensar-se en una termini major que el vigent, però mantenint les condicions essencials relatives a l'objecte i a la determinació del preu o de la retribució del contractista.

No obstant això, encara que no és una qüestió directament plantejada en la consulta, hem d'advertir, a més, que no sols ens trobem davant d'una possible disconformitat de la clàusula 7 del PCPE amb les normes vigents llavors, d'una banda, i d'una si més no irregular modificació de les condicions econòmiques del contracte derivada de l'acord de 1997, d'una altra, sinó que també ha d'objectar-se la vigència actual del contracte en els termes en què entén per l'Ajuntament en la seua consulta, pels motius que s'exposen a continuació.

Tal com recorda l'escrit de la consulta de l'Ajuntament i consta en l'article 29 del PCEA, la duració del contracte es va establir per un període de 10 anys, prorrogable *tàcitament* per períodes de la mateixa duració si cap part ho denunciava amb almenys un any d'antelació al venciment. Així succeïx en 1994, quan el contracte va quedar tàcitament prorrogat fins a 2004, i així es pretén considerar-lo prorrogat una segona vegada en 2004 fins a 2014, si bé en este cas va mitjançar el referit acord de la corporació adoptat el 15/12/1997 en el que, condicionat que abans del 31/12/1997 la concessionària ingressara en les "Arques Municipals" 200.000.000'-de pessetes —segons el dit acord "equivalents al fons de renovació del període comprés entre

els anys 1998 i 2007” —, l’Ajuntament “accedia” a una proposta imprecisa del concessionari en què, entre altres coses, manifestava que necessitava aquesta segona pròrroga per a aplicar “una planificació profunda del servei, a fi de millorar-ne l’eficàcia”. Atés que l’import no era una altra cosa que una estimació del cànon a què estava obligada la concessionària, estimació efectuada per ella mateixa a raó de 20 milions per any, el que l’Ajuntament va pretendre és obtenir anticipadament el cànon corresponent a 10 anys, per compte del que haguera hagut de pagar la concessionària en compliment del contracte en els anys següents.

Així mateix, en la seua consulta, l’Ajuntament també dóna compte d’una tercera pròrroga, de 2014 a 2024, mitjançant en aquest cas un altre acord de la corporació municipal, adoptat el 31 de març de 2005, on l’apartat quart de la proposta sotmesa a aprovació afirma el següent: “L’ampliació del període de duració produirà efectes de manera automàtica, sense que arribada aqueixa data es necessite [sic] l’adopció de cap acord per l’Ajuntament”.

No obstant això, cal preguntar-se si el primer acord de 1997 va constituir per si sol una modificació d’allò que s’ha estipulat en el contracte quant a *la seua duració i a les seues pròrrogues*. I la veritat és que, com pot comprovar-se en el text reproduït al començament d’este informe, no consta cap modificació en eixe sentit en l’acord adoptat per la Corporació i, per tant, llevat que hagen altres documents o acords que desconeguem, els seus efectes han d’emmarcar-se en el que estableix el Plec i en el contracte i ajustar-se al que disposen les normes aplicables llavors per a la modificació del contracte. Segons la informació facilitada per l’Ajuntament, en 1997 no va haver-hi més tràmit ni expedient de modificació del contracte fonamentada en raons d’interés públic i a iniciativa de l’Ajuntament, ni consta que es formalitzara una modificació del contracte i de les seues clàusules basant-se en l’acord adoptat i, en conseqüència, quant a la seua duració aquest *no pot interpretar-se més que com una decisió de l’Ajuntament de no denunciar el contracte abans del seu venciment en 2004*, adoptada amb més antelació de la necessària (quasi 7 anys, quan l’antelació mínima era d’1 any) i amb l’efecte pretés de que després del venciment, tal com establia el plec, aquell quedara prorrogat *tàcitament* per 10 anys més, fins a 2014. Tot això a canvi que el concessionari anticipara l’ingrés de la quantitat indicada en substitució del cànon establert en el contracte corresponent als anys següents i al que ja estava obligat el concessionari en virtut del contracte, independentment de que aquest cànon es destinara per part de l’Ajuntament a mantenir un fons per a la renovació de la xarxa creat per indicació expressa de l’esmentada resolució de 1984 de la Comissió de Preus de la Generalitat, per la qual s’aprovaven les tarifes inicials.

Doncs bé, la qüestió principal que segons el nostre parer sorgeix ara és la de si la pròrroga del contracte de 2004 a 2014 es va efectuar vàlidament en virtut del que estableix el Plec del contracte i de conformitat amb aquest, perquè, com ha manifestat esta Junta en l’Informe 1/2015, de 4 de maig, a partir de l’entrada en vigor de la Llei 53/1999, de 28 de desembre, per la qual es va modificar la Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques, va quedar suprimida la pròrroga tàcita dels contractes administratius i, en conseqüència, el contracte objecte del present informe va haver de considerar-se extingit al seu venciment en 2004, sense perjudici del dret de l’empresa a percebre les quantitats meritedes pels serveis prestats posteriorment en benefici de l’Ajuntament en virtut del principi que obliga a compensar-la per l’enriquiment injust de l’Administració quan es donen els requisits establerts per la jurisprudència del Tribunal Suprem per a això.

Sobre aquesta qüestió, i respecte a un contracte amb condicions de duració semblants a aquest, es va pronunciar la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l’Estat en el seu Informe 55/04, de 12 de novembre de 2004, relatiu a un contracte subscrit en 1986 i en el qual s’havia establert la pròrroga tàcita automàticament excepte denúncia expressa de qualsevol de les parts formulada amb una antelació mínima de sis mesos al seu venciment. En aquest informe, les consideracions del qual compartim, la Junta Consultiva respon que la qüestió ha de ser resolta d’acord amb la normativa actualment en vigor i considera que respecte “a la possibilitat de pròrroga del contracte a la data de venciment de l’actual cal remetre’s a la doctrina d’aquesta Junta... exposada en el sentit que a partir de l’entrada en vigor de la Llei 53/1999, de 28 de de-



sempre, que dóna una nova redacció a l'article 67.1¹ de la Llei 13/1995, de 18 de maig, les pròrrogues tàcites, admissibles d'acord amb la legislació anterior, han de ser rebutjades una vegada entre en vigor la nova redacció de l'esmentat article 67.1, ja que resulta un contrasentit... que un contracte celebrat amb anterioritat a la seua entrada en vigor poguera continuar produint els seus efectes indefinidament en virtut de pròrrogues tàcites... A més, la pròrroga del contracte és una renovació d'aquest per un nou període, per la qual cosa ha de considerar-se nou contracte, la qual cosa imposa que en produir-se durant la vigència de l'actual article 67.1 [del Text refós] de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, el consentiment contractual que la pròrroga implica haja de ser necessàriament exprés.”

En el mateix sentit i respecte al mateix cas es pronuncia la Sentència de l'Audiència Nacional de 25 de febrer de 2009 (Recurs 97/2007), ratificada pel Tribunal Suprem en la Sentència de 23 de novembre 2012 recaiguda en el recurs de cassació 4143/2009 presentat contra l'anterior de l'Audiència Nacional. En aquella l'Audiència, “acceptant també que la pròrroga tàcita dels contractes administratius va resultar suprimida... per les lleis 53/1999 (art. 68.1) i 2/2000 (art. 67)”, afirma que el nucli de la qüestió queda cenyit al tractament que ha de merèixer la realització de l'activitat, “a vista ciència i paciència de l'Administració, a pesar que el contracte s'haguera vist extingit” i reconeix el dret del recurrent al cobrament dels serveis prestats en virtut del principi que obliga a compensar l'enriquiment injust, però afirmant també i no obstant això, davant de la pretensió de l'empresa de percebre les quantitats que es meriten mentres continue prestant els serveis objecte del contracte, que “aqueix títol, aqueix enriquiment injust -necessàriament referit a fets passats- no permet afirmar, per al futur, l'existència d'un altre títol (qual el contractual) que no es dóna en este cas mercé a la desaparició de les pròrrogues tàcites dels contractes administratius.” Aquest criteri és corroborat per la Sentència del Tribunal Suprem en el recurs de cassació abans citat en la que manifesta que “comparteix esta Sala el judici de l'Audiència Nacional sobre la prohibició de les pròrrogues tàcites a partir de la legislació que hem citat, sense que siga obstacle per a això la Disposició transitòria primera de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions públiques.”

En conseqüència, hem de concloure que, d'acord amb tot allò que s'ha exposat, el contracte subscrit per l'Ajuntament d'Elda i objecte del present informe ha de considerar-se extingit des de 2004, concretament, des del venciment de la seua última pròrroga tàcita anterior a l'entrada en vigor de la Llei 53/1999, de 28 de desembre, sense perjudici del dret de la fins llavors empresa concessionària al cobrament dels serveis prestats des de la seua extinció, de bona fe i en benefici de l'Ajuntament, en virtut de la doctrina que prohibeix l'enriquiment injust de l'Administració.

Arribats a la conclusió anterior, resulta irrellevant el segon acord remés junt amb la consulta, adoptat per la corporació l'1 de març de 2005, pel qual s'acorda ampliar novament el termini de la concessió per 10 anys més, des de l'1 d'octubre de 2014 fins a l'1 d'octubre de 2024, si bé en esta segona ocasió, a diferència de la pretesa en 1997, sí que consta la concurrència de raons d'interés públic en l'ampliació del termini, justificada pel finançament per la concessionària d'obres de renovació de la xarxa establertes en el Pla Director de l'abastiment de l'aigua elaborat per l'Ajuntament i parcialment subvencionat per la Comissió Europea amb càrrec als Fons de Cohesió Europeus.

CONCLUSIONS

PRIMERA. Respecte a la qüestió relativa a les obres que poden considerar-se compreses en el contracte objecte de la consulta de l'Ajuntament d'Elda, el concessionari havia de realitzar, amb càrrec a la seua pròpia retribució i en els termes establerts en el Plec de condicions del contracte, els treballs de conservació de les obres i instal·lacions d'abastiment d'aigua potable existents en el moment de l'adjudicació i arreglades en un annex del mateix Plec. Aquesta obligació és concordant amb el deure del concessionari de mantenir en bon estat les obres i instal·lacions adscrites a l'explotació, tal com preveien l'article 115 del

1 En realitat, es refereix a l'article 68.1 de la Llei 13/1995 que després passaria a ser article 67.1 del text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

RSCL i l'article 211.8 del RGCE, vigents en la data de l'adjudicació del contracte. Al contrari, qualssevol altres obres que excedisquen les de conservació i manteniment de la xarxa havién de ser objecte de licitació i contractació d'acord amb la normativa que en cada moment es trobara en vigor.

SEGONA. Quant al denominat Fons de Renovació de la xarxa d'abastiment la necessitat del qual s'advertia en la Resolució de 6 d'abril de 1984 de la Comissió de Preus de la Generalitat, per la qual s'aprovava la tarifa del servei, la seua creació i manteniment només afecten l'Ajuntament i res tenien a veure amb el contracte subscrit amb la concessionària, sense perjudici que l'Ajuntament dedicara el cànon percebut d'aquesta al fons. Per tant, les aportacions al fons no eren una obligació de la concessionària i el seu import, detret dels ingressos obtinguts de les tarifes, tampoc podia substituir el cànon que, en virtut del contracte, la concessionària estava obligada a abonar a l'Ajuntament per l'import establert en l'acord d'adjudicació del contracte i en l'oferta presentada per ella, sense excepció de cap tipus i en la forma i periodicitat determinada en el Plec de condicions del contracte.

TERCERA. El contracte subscrit per l'Ajuntament d'Elda i objecte del present informe ha de considerar-se extingit des de 2004, concretament, des del venciment de l'última pròrroga d'aquest contracte, anterior a l'entrada en vigor de la Llei 53/1999, de 28 de desembre, per la qual es modifica la Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques, sense perjudici del dret de l'empresa al cobrament dels serveis prestats posteriorment, de bona fe i en benefici de l'Ajuntament, en virtut de la doctrina que prohibeix l'enriquiment injust de l'Administració.

El present Informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se al criteri de la Junta, o apartant-se'n, tot amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1 .a)
Orde d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETÀRIA

Margarita Vento Torres

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA en data 26 d'abril de 2016.