

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

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte : Informe 4/2016

INFORME 4/2016 DE 26 D'ABRIL DE 2016 . CONTRACTE D'ARRENDAMENT DE SERVICIS O GESTIÓ DEL SERVICI MUNICIPAL D'AIGÜES POTABLES . MANTENIMENT DE LA VIGÈNCIA

ANTECEDENTS

En data 16 de març de 2016 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Càlig, per mitjà de la qual formula consulta del següent tenor literal:

“Davant de l'informe evacuat pel secretari - Interventor de l'Ajuntament de Càlig en data 2 de març de 2016 -que s'adjunta a la present sol·licitud juntament amb la documentació que integra l'expedient-, en què per part de l'òrgan de control intern, es manifesten dubtes sobre la legalitat del contracte administratiu d'arrendament o gestió del servici municipal d'aigües potables, adjudicat en data 4 de desembre de 1979 i renovat per mitjà de pròrrogues de 6 d'octubre de 1988, de 14 de gener de 1998 i de 13 de setembre de 2004.

Vista la proposta de la Secretaria - Intervenció consistent a demanar informe la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, per mitjà de la present,

SOL·LICITE

PRIMER.- Informe sobre si el contracte administratiu d'arrendament o gestió del servici municipal d'aigües potables pot mantindre's en vigor fins al 2 de gener de 2020 tal com disposa l'última pròrroga efectuada sobre el contracte en data 13 de setembre de 2004, o si pel contrari ha de procedir-se a la resolució o revisió d'ofici per a la ulterior licitació del servici d'acord amb el que disposa el Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic.

SEGON.- Informe sobre l'adequació a la legalitat de la utilització de les inversions del contracte de 2004, com a mecanisme per a efectuar la pròrroga contractual fins a l'any 2020, i si esta modificació constituïx un canvi substancial de les condicions contractuals que hauria d'haver sigut objecte de licitació independent.

TERCER.- En el cas que ho estimen procedent, pronunciament sobre el mecanisme per a la finalització d'este contracte, tenint en compte que es tracta d'un servici essencial que no pot ser interromput, ja que això generaria greus perjuís a la població del municipi.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

El contracte objecte de la consulta de l'Ajuntament de Càlig va ser adjudicat per acord de la corporació municipal adoptat el 4 de desembre de 1979, previ concurs anunciat en el BOE del 23 d'octubre d'eixe any i seguit d'acord amb un plec de condicions economicoadministratives aprovat el 2 d'octubre anterior. Les normes en matèria de contractació en vigor en aquelles dates estaven constituïdes pel Reglament de Contractació de les Corporacions Locals, aprovat pel Decret de 9 de gener de 1953, i, de conformitat amb allò que s'ha establert en la disposició addicional segona, per al que no s'hi preveu, 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 (LCE), aprovat pel Decret 923/1965, de 8 d'abril, modificada per la Llei 5/1973, de 17 de març, així com el Reglament General de Contractació de l'Estat, aprovat pel Decret 3410/1975, de 25 de novembre. No obstant això, com que es tracta d'un contracte per a la gestió indirecta d'un servici públic de competència de l'ajuntament, les normes que el regulen expressament es trobaven arreglades en el capítol V del Reglament de Servis de les Corporacions Locals (RSCL), aprovat pel Decret de 17 de juny de 1955, en desplegament de la llavors vigent Llei de Règim Local, aprovada pel Decret de 16 de desembre de 1950, i s'hi apliquen les normes del mateix decret que resulten aplicables en funció de la forma de triada entre les establides en l'article 113 del RSCL.

El contracte es regix pel plec de condicions economicoadministratives abans citat i, quant a l'aplicació de les normes esmentades anteriorment i la seua interpretació en casos com el sotmés a consulta, convé reiterar les advertències expressades sobre esta qüestió en l'Informe d'esta Junta 12/2014, de 17 de febrer de 2015, davant d'una consulta formulada en relació amb un contracte de gestió de servicis públics adjudicat en 1980:

“No obstant això, quant a l'aplicabilitat actual de les disposicions esmentades, ha de tindre's 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 pel Decret 923/1965, de 8 d'abril); el Reglament General de Contractació de l'Estat, aprovat pel Decret 3140/2175, de 25 de novembre, i l'esmentat Reglament de Contractació de les Corporacions Locals, aprovat pel Decret de 9 de gener de 1953, no va declarar aplicables estes normes per als contractes en execució adjudicats amb anterioritat a la seua entrada en vigor, com sí que ho van fer les lleis de contractes posteriors. Més aïna 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 la dita 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 pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, el que després de la reforma de la Llei 13/1995 per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, va establir en la disposició transitòria primera que els contractes adjudicats amb anterioritat a esta última llei (la 53/1999) es regirien per la normativa “anterior”, sense especificar si esta 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'esta Junta és que el contracte ha d'executar-se i portar-se a terme de conformitat amb les condicions pactades que, en este cas, d'acord amb la documentació facilitada per l'ajuntament, són les establides 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 dit 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 (...)

Tal com consta en l'article primer del plec de condicions economicoadministratives pel qual es regix el contracte a què es referix la consulta formulada per l'Ajuntament de Càlig (d'ara en avant, PCEA), este té per objecte, *“d'acord amb el que disposen els articles 138.1 i 141.1 del Reglament de Servicis de les Corporacions Locals, assegurar la gestió del Servici Domiciliari d'Aigua Potable del municipi de Càlig, les instal·lacions de la qual en una primera etapa es detallen a continuació”* en el mateix article.

No obstant això, per a qualificar el contracte amb precisió d'acord amb la normativa en vigor en la data de l'adjudicació (1979), més clar resulta el títol o encapçalament del citat PCEA, on consta que es tracta de les condicions que regiran *“la contractació de l'arrendament de servicis personals, i el contractista aportarà els servicis de personal indispensable i el material necessari per a l'explotació del servici d'aigua potable del municipi de Càlig”*.

No es tracta, per tant, d'un contracte de concessió dels regulats en l'article 114 i següents del mateix Reglament (d'ara en avant RSCL), sinó d'un contracte d'arrendament de servicis personals dels regulats en l'article 141.1 del RSCL, que porta també aparellat l'arrendament o cessió de l'ús d'instal·lacions municipals d'acord amb el que preveu l'article 138.1 del RSCL, tant les existents en el moment de la licitació i detallades en l'article 1 del plec, com les que posteriorment s'hagen agregat segons el que disposa l'article 3 del mateix plec.

En consonància amb la dita qualificació, l'article 19 del plec estableix la retribució del contractista en funció del preu oferit per ell en la licitació, expressat en pessetes per metre cúbic facturat, i determina que *“la suma que l'ajuntament abonarà al contractista per la gestió del servici que es tracta, es determinarà multiplicant este preu unitari pels m³ facturats als abonats”*. La forma de retribució no és, per tant, la pròpia de la modalitat de concessió en què el contractista es retribueix per mitjà de les tarifes pagades pels usuaris i abona un cànon a l'Administració per la utilització de les instal·lacions i el domini públics.

Al seu torn, en relació amb les tarifes a abonar pels usuaris, l'article 21 del plec estableix que *“l'arrendament dels servicis que es tracta, comprén entre altres la confecció de padrons i rebuts i el cobrament d'estos, això motiva que el contractista actue com a gestor de la liquidació de la seua recaptació (...)”* i *“de manera regular en els mesos de gener i juliol de cada any haurà de rendir el compte de recaptació (...)”* i *“ingressarà en la Depositaria de l'ajuntament el saldo del compte de la seua gestió o explotació del servici”*.

Pel que fa a esta última, l'article 22 del PCEA estableix que el compte d'explotació que haurà de rendir el contractista comprendrà:

“En el Deu del municipi figurarà, el total preu que per l'arrendament de servicis personals, dimanant de la prestació del Servicj, procedisca, d'acord amb la seua retribució, satisfer el contractista en el respectiu semestre considerat.

En l'Haver figuraran totes les sumes liquidades i percebudes pel contractista dels abonats per compte de l'ajuntament i d'acord amb els diferents conceptes de les tarifes del servicj.

La diferència entre el Deu i l'Haver significarà el saldo del compte d'explotació que correspondrà a l'ajuntament.”

Doncs bé, a pesar d'eixa clara i reiterada qualificació del contracte com a contracte d'arrendament de servicis, quant a la seua duració, l'article 23 del PCEA estableix que esta seria de deu anys *“prorrogable pels mateixos períodes a petició de qualsevol de les dos parts formulada amb una antelació d'un any a la data de terminació del contracte o de les seues pròrrogues”*. I d'acord amb la informació facilitada per l'ajuntament, a l'empara del que disposa este article del plec, s'haurien tingut per efectuades pròrrogues en 1988, 1998 i 2004, esta última fins a 2020.

Evidentment, la estipulació dita del plec contravenia i contravé el que estableix l'article 141.2 del RSCL on es disposa, sense cap matís, que la duració màxima del contracte d'arrendament de servicis serà de deu anys. Este termini màxim no canviaria per la circumstància que el contracte compreguera també l'arrendament d'instal·lacions, ja que l'article 139.1 del RSCL estableix també taxativament que la duració del contracte d'arrendament d'instal·lacions per a la prestació de servicis no podrà excedir deu anys.

D'altra banda, l'article 142.1 del RSCL prohibia que es contractara l'arrendament de servicis personals per a atendre necessitats permanents, la qual cosa, com que es tracta del servicj d'abastiment d'aigua potable, obliga a preguntar-se com és possible que en 1979 l'ajuntament ho considerara una necessitat transitòria i optara per esta modalitat de gestió indirecta del servicj, en compte de recórrer a la concessió, si al mateix temps pretenia que el contracte poguera tindre una duració superior als deu anys. Però, així i tot, igual de sorprenent resulta el fet que s'haja acordat prorrogar el contracte en tres ocasions sense que se n'haja qüestionat la validesa i detectat el defecte de nul·litat de la citada i tan qüestionable clàusula del plec relativa a la duració del contracte, que s'arrossega des de la seua aprovació.

La qüestió de la pròrroga i duració dels contractes d'arrendament de servicis ja va ser analitzada per esta Junta en el seu Informe 2/2001, amb ocasió d'una consulta formulada per l'Ajuntament d'Alcalá de Xivert relativa a un contracte per a l'abastiment d'aigua potable, quant a la seua duració amb idèntiques condicions a les que són objecte del present informe. Les consideracions efectuades en el dit informe conserven tota la seua validesa i han de reiterar-se:

“A més de ser totalment determinant que l'abastiment domiciliari d'aigua potable ex definitione constituïx un servicj públic de caràcter permanent, lluny del rigor que determinen les normes



aplicables, el plec de condicions economicoadministratives objecte d'estudi, respectant en un principi els deu anys, no sols deixa oberta la possibilitat de pròrroga sinó que, amb més motiu, en cap moment estableix el seu nombre màxim i, per tant, la duració exacta del contracte, i queda esta supeditada que "alguna" de les parts mostre la seua disconformitat. Així es desprèn del tenor literal de l'últim incís de la clàusula octava, contrario sensu.

Si es conclou que el Reglament de Servicis de les Corporacions Locals fa esta afirmació taxativa de maximitat del termini de l'arrendament de servicis personals com de termini inicial més pròrrogues, qualsevol clàusula en sentit contrari hauria de tindre's per no posada. Si pel contrari, encara que amb vacil·lació, entenem que el termini de 10 anys podria ser prorrogat com a màxim per períodes idèntics fins a esgotar el termini màxim fixat per la llei, estariem així mateix davant una clàusula contra legem donada la indefinició amb què ho fa el plec i, per tant, establint un contracte a perpetuïtat."

Cal destacar, per tant, que l'esmentada clàusula relativa a la duració del contracte hauria incorregut en un vici de nul·litat tant si, com declara el plec i el contracte, es tracta d'un contracte d'arrendament de servicis personals —tipus contractual que va haver de considerar-se suprimit per la Llei de Contractes de les Administracions Públiques i reconduït, bé al contracte de servicis o bé a alguna de les modalitats del de gestió de servicis públics— com si al contrari es tractara d'un contracte de gestió de servicis públics en la modalitat de concessió, que en 1979 era una altra opció per a l'ajuntament si bé la seua elecció exigia igualment respectar que la Llei de Contractes de l'Estat ja establia llavors que la seua duració no podia ser ni perpètua ni indefinida.

En conseqüència, de l'examen de la documentació aportada es dedueix que el contracte, tant si s'accepta la seua validesa com a contracte d'arrendament de servicis com si s'interpreta que es tractava en realitat d'un arrendament d'instal·lacions o d'una concessió, ha de considerar-se extingit des que va finalitzar el termini de deu anys de la seua duració i, efectivament, tal com apunta la consulta efectuada per l'ajuntament, procedix la revisió d'ofici dels actes efectuats amb posterioritat i no té eixe títol vàlid com és el contractual, conclusió que respon igualment a la segona qüestió plantejada per l'ajuntament en el sentit de considerar inadequada a la legalitat una pròrroga efectuada el 13 de setembre de 2004, quan ja el contracte s'havia extingit, i justificar-la basant-se en la realització d'inversions per l'empresa, les obres o servicis objecte de les inversions, a més a més, haurien d'haver sigut objecte de licitació i adjudicació d'acord amb la normativa en vigor en eixe moment.

D'acord amb el criteri general establert per la doctrina jurisprudencial que prohibeix l'enriquiment injust, l'anterior conclusió ha d'entendre's sense perjudici del dret de l'empresa contractista a ser compensada o retribuïda per les prestacions efectuades en benefici de l'ajuntament, amb el seu consentiment i actuant ambdós parts de bona fe i sota el principi de confiança legítima entre elles.

D'altra banda, no és competent esta Junta per a pronunciar-se sobre qüestions relatives al procediment que ha de seguir-se per a revisar d'ofici actes nuls o, en particular, sobre el moment adequat per a fer-ho, la qual cosa no impedit, no obstant això, considerar que la circumstància que l'abastiment d'aigua potable no pot ser interromput, advertida per l'ajuntament en la seua

consulta, constituïx una poderosa raó d'interés públic perquè es coordinen les mesures que, si és el cas, s'adopten en este sentit, de manera que l'ajuntament puga assegurar la continuïtat del servici, bé siga fins a la licitació i adjudicació d'un nou contracte, o bé per mitjà de la gestió directa del servici.

CONCLUSIÓ

El contracte objecte de la consulta de l'ajuntament, qualificat com a contracte d'arrendament de servicis en el plec de condicions economicoadministratives pel qual es regix, ha de considerar-se extingit des que va finalitzar el termini màxim de deu anys de la seua duració i, en conseqüència, tal com apunta la mateixa consulta efectuada per l'ajuntament, procedix la revisió d'ofici de la seua pròrroga i la resta d'actes relatius al contracte efectuats després del seu venciment i no té eixe títol vàlid com és el contractual. Això, sense perjuí del dret de l'empresa contractista a la compensació per les prestacions efectuades en els termes establits per la doctrina jurisprudencial sobre l'enriquiment injust.

El present Informe s'emet 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 o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA

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

Margarita Vento Torres

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

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA