

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA  
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a Planta  
46010-VALENCIA  
Telf. 96 1613072

Ref. : SUB/SJSCA/mvt  
Asunto : Informe 12/2021

**INFORME 12/2021, DE 29 DE ABRIL DE 2022 . CONCESIÓN DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE EN PRECARIO O MERA TOLERANCIA. IMPOSIBILIDAD DE SUSCRIBIR UN CONVENIO CON LA EMPRESA SUMINISTRADORA. ASUNCIÓN POR EL AYUNTAMIENTO DE LA GESTIÓN DEL SERVICIO.**

**ANTECEDENTES**

En fecha 29 de noviembre de 2021, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Oropesa del Mar, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“El término municipal de Oropesa del Mar tiene dos contratos distintos de servicio público de abastecimiento de agua potable en régimen de gestión indirecta:

(i) El primero de ellos suscrito con Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. (FACSA), elevado a escritura pública con fecha 24 de mayo de 1991, correspondiente a la zona que abarca el ámbito delimitado por el margen izquierdo, aguas abajo, del Rio Chinchilla, el mar Mediterráneo y el término municipal de Cabanes, dentro del término municipal de Oropesa del Mar, y por el oeste, la carretera Nacional 340 (Les Amplaries). El cual se formaliza por un periodo de 50 años, finalizando en 2041.

(ii) El segundo de ellos, suscrito con la Unión Temporal de Empresas Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. – Fomento Benicàssim S.A. UTE, y que constituye la Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable para consumo público de Oropesa del Mar (Castellón), de parte del término municipal en la zona delimitada al norte por el rio Chinchilla y al sur por el monte Bovalar, formalizado en fecha 7 de julio de 1997, adoptándose acuerdo de no prorrogar el contrato, que fue objeto de una contingencia judicial, resuelta en primera instancia con Sentencia favorable a la referida prórroga, pero recurrida en apelación por parte de este Ayuntamiento (recurso de apelación numero 1284/2018).

Posteriormente en fecha 17 de junio de 2020 fue dictada Sentencia por la sala de lo contencioso administrativo sección quinta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que resuelve el citado recurso de apelación numero 1284/2018 contra la sentencia 957/2018 de 17 de septiembre del juzgado de lo contencioso administrativo (se adjunta sentencia)

La Sentencia de fecha 17 de junio de 2020 dictada por la sala de lo contencioso administrativo sección quinta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estima el recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento de Oropesa del mar por lo que la decisión del pleno municipal de fecha 20/02/2017 se declara valido y da lugar a “no prorrogar el contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable para consumo público de Oropesa del Mar, de parte del término municipal de la zona delimitada al norte por el río Chinchilla y al sur por el monte Bovalar, suscrito con Fobesa-Facsa en UTE en fecha 7 de julio de 1997, y prorrogado hasta el 7 de julio de 2017” debido a la necesidad de suministro de agua potable a las urbanizaciones del sur de Oropesa que no disponen de concesionario, dada la imposibilidad jurídica de ampliar la actual concesión a la zona sur del municipio”.

Por otro lado este Ayuntamiento ha alcanzado un acuerdo con Acuamed para abastecimiento del servicio desde la planta desaladora, fijándose las condiciones en que se articulará la adquisición de caudales en alta procedentes de la referida planta desaladora.

Sin embargo, en las urbanizaciones del ámbito sur municipal, Playetes, Torre Bellver I, Torre Bellver II y la Colomera, el suministro de agua potable se realiza por la mercantil FOBESA en régimen de mera tolerancia.

Debemos traer a colación al respecto de las urbanizaciones mencionadas, los siguientes hitos urbanísticos:

El Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Oropesa del Mar fue aprobado definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo de Castellón mediante acuerdo de 29 de Junio de 1982.

Con ocasión de la tramitación de la Modificación Puntual del Sector Noroeste del PGOU, la Comisión Territorial de Urbanismo de Castellón acordó la necesidad de presentar un Texto Refundido del PGOU, que incorpora las modificaciones efectuadas hasta esa fecha. Esto se llevó a efecto por el Ayuntamiento y el citado Texto Refundido del PGOU fue definitivamente aprobado por la citada Comisión Territorial de Urbanismo de Castellón mediante acuerdo de 9 de Junio de 1999.

Inicio al desarrollo de las distintas urbanizaciones:

#### A.- PLAYETES DE BELLVER.

Que el texto normativo del planeamiento general vigente asume las CONDICIONES PARTICULARES y de desarrollo del Suelo Urbano diseminado-Residencial "Las Playetas", correspondientes al Plan de PLAYETAS de BELLVER, aprobado el **2 diciembre de 1964**, de la siguiente manera: "Se conservan íntegramente las Ordenanzas propias anteriores a la adaptación y revisión del Plan General."

#### B.- TORRE BELLVER FASE I.

Que La Comisión Territorial de Urbanismo de Castellón, en sesión ordinaria de fecha **13 de diciembre de 1993**, acordó aprobar definitivamente el Plan Parcial Residencial "Torre Bellver I" de Oropesa del Mar objeto de la actual modificación.

#### C.- TORRE BELLVER FASE II.

En fecha **12 de diciembre de 2000** se aprobó con carácter provisional el "Plan Parcial, Homologación y Programa de la Actuación Integrada de la Urbanización Torre Bellver Fase II", que tiene por objeto el desarrollo urbanístico del denominado sector "Torre-Bellver 2ª fase" del suelo urbanizable no programado R-6 del Plan General de Oropesa. Resultando que en fecha 26 de julio de 2001 se aprobó por la Conselleria de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes la homologación sectorial y el Plan Parcial Torre Bellver 2ª Fase.

#### D.- LA COLOMERA.

Mediante acuerdo Municipal del Ayuntamiento de Oropesa del Mar se procede a la aprobación Provisional PAI y Proyecto de Urbanización por el Ayuntamiento Pleno el día **21 de diciembre de 2001**. Resultando la publicación en el BOP de las normas urbanísticas el día 14 de febrero de 2002 nº 20, y la aprobación del Texto Refundido del Plan Parcial por el Ayuntamiento Pleno el 28 de febrero de 2002.

A requerimiento de este Ayuntamiento, la mercantil FOBESA, que en régimen de mera tolerancia suministra agua potable a las urbanizaciones del ámbito sur municipal, Playetes, Torre Bellver I, Torre Bellver II y la Colomera, comunica lo siguiente:

*1. Que las urbanizaciones de la zona sur de Oropesa del Mar se vienen alimentado desde la Red de Benicàssim. En concreto, en la urbanización Playetas se comenzó a suministrar agua en virtud de acuerdos celebrados en el año 1995 entre FOBESA y la Comunidad de Propietarios. En el año 1997 se comenzó a suministrar agua a usuarios de la urbanización Torre Bellver y en año 2005 a usuarios de la urbanización La Colomera.*



2. Que en los últimos años ha crecido la demanda de los usuarios de las urbanizaciones de Torre Bellver y Colomera. Así mismo, cabe destacar que las redes de estas dos urbanizaciones están muy deterioradas. En los últimos tres años se viene observando la aparición de múltiples microfisuras en las tuberías de polietileno, por degradación del material que componen la conducción. Hechos de los que se ha informado en repetidas ocasiones al Ayuntamiento de Oropesa del Mar y se han celebrado diversas reuniones técnicas para analizar la situación y definir las obras necesarias para renovar las tuberías que presentan una mayor degradación. En concreto, se ha estudiado la posibilidad de renovar urgentemente el tramo más bajo de la red de la C/ Tombatossals, calle en la que tubería se encuentra muy degradada y está sometida a una presión muy elevada.

3. Que, tal y como se ha indicado anteriormente el suministro de agua a la urbanización Playetas viene regulada según lo estipulado en el contrato entre FOBESA y la Comunidad de Propietarios y consideramos que no aplica las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Oropesa del Mar en su notificación. Respecto de las cuestiones planteadas sobre las urbanizaciones Torre Bellver I, Torre Bellver II y La Colomera, se detalla cada consulta y su respuesta:

(i) ¿Se encuentra garantizado el suministro para la temporada estival 2021?

El consumo de agua de la zona tiene una elevada estacionalidad y tradicionalmente, durante los meses de verano, las infraestructuras que permiten el trasiego del agua desde la red de Benicàssim a las urbanizaciones de la zona sur de Oropesa del Mar funcionan casi al 100% de su capacidad técnica y las bombas llegan a trabajar las 24 horas del día.

Durante el último año, el volumen en alta es muy superior al habitual, circunstancia que se da como consecuencia del aumento de la demanda de los usuarios y del incremento del volumen incontrolado. Resaltar que, durante el mes de junio de 2021, ha habido días en los que las bombas que permiten el trasiego del agua desde la red de Benicàssim a las urbanizaciones de la zona sur de Oropesa del Mar han llegado a trabajar 24 horas.

Informar que, ante el previsible aumento de la demanda de agua por los usuarios estacionales, el volumen total requerido podría ser superior a la capacidad de las infraestructuras.

(ii) ¿Existen condiciones técnicas y jurídicas para el otorgamiento de nuevas altas?

Ta y como se ha detallado en el apartado anterior, el suministro para los usuarios actuales en la zona objeto del presente documento, podría estar en riesgo.

Técnicamente, en la medida en la que se ejecuten las obras de renovación de las tuberías que se encuentran más degradadas, se reducirá el volumen incontrolado y se incrementará el volumen disponible con el que se podría atender la demanda de nuevas altas.

No comprendemos a qué se refieren respecto a las condiciones jurídicas para el otorgamiento de nuevas altas, ya que es el Ayuntamiento de Oropesa el que debe otorgar las licencias para nuevas altas en función de la normativa vigente.

(iii) ¿Existe la posibilidad y/o capacidad de otorgar un suministro de obra a la espera de la garantía definitiva del suministro que otorgue el caudal proporcionado por la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas del Mediterráneo, S.A. (ACUAMED)?

En el apartado (i) se detalla que, durante la época de mayor demanda, la capacidad técnica de las infraestructuras es inferior al volumen total requerido por los usuarios.

*Consideramos que el hecho de añadir al sistema algún suministro provisional para obras, limitando tanto el número de suministros, como el caudal disponible para cada uno de ellos, no supondría una modificación relevante de las condiciones globales del abastecimiento de toda la zona, por lo que podría considerarse como aceptable por esta parte.*

*Se debería definir con mayor detalle la provisionalidad de dichos suministros, contemplando la posibilidad de que se pudiese llegar a suspender los suministros provisionales de obras, si la capacidad técnica de las infraestructuras no fuese suficiente para atender la demanda del resto de los usuarios.*

*Por otra parte, tal y como se ha comentado en los apartados (i) y (ii), con el fin de disminuir la posibilidad de incapacidad de suministro del sistema, por parte del Ayuntamiento de Oropesa del Mar, se deberían acometer urgentemente las obras de renovación de red necesarias para aumentar la capacidad de agua disponible en la zona. No tendría sentido a nuestro juicio, incrementar el número de suministros y con ello el consumo de agua sin, paralelamente, tratar de reducir las pérdidas de agua en red, renovando aquellas tuberías que actualmente presentan un estado de deterioro muy elevado.*

*(iv) ¿Pueden definirse la gestión y el detalle de las actuaciones pendientes en la red de abastecimiento de la Urbanización La Colomera para poder acometer el servicio de suministro en condiciones técnicas? La urbanización La Colomera se viene abasteciendo desde una toma que se hizo en el año 2004 como suministro auxiliar para las obras de urbanización. En concreto, desde la red de distribución de la urbanización Torre Bellver parte una derivación con la que se llenan dos depósitos auxiliares. Mediante un grupo de presión se trasiega el agua desde los depósitos auxiliares al depósito general de la urbanización La Colomera de 1.500 m<sup>3</sup> de capacidad.*

*En relación a las actuaciones pendientes en las infraestructuras de abastecimiento de la Urbanización La Colomera, destacar que los Servicios Técnicos Municipales nos pusieron en contacto con la empresa PLANIFICA INGENIEROS Y ARQUITECTOS, COOP. V., ingeniería contratada por el Ayuntamiento de Oropesa del Mar para la revisión del PAI La Colomera previa a la recepción final de las obras. Se les facilitó información de las deficiencias detectadas a fin de que pudiesen definir y valorar las actuaciones necesarias.*

*En reunión celebrada el pasado 30 de junio a la que asistieron los Servicios Técnicos Municipales y la Concejalía de servicios públicos, se comentó la necesidad de que PLANIFICA INGENIEROS Y ARQUITECTOS, COOP. V., estudiase y valorase un nuevo diseño de la red que responda a las necesidades actuales y futuras.*

A la vista de las respuestas comunicadas por la mercantil FOBESA a la consulta municipal, el arquitecto municipal D. Juan Moscardó Egea elabora informe técnico de fecha 1 de septiembre de 2021, en el seno de un expediente de información urbanística, en el que resume la postura manifestada por FOBESA, y añade las siguientes consideraciones:

**“SEGUNDO.- Conclusiones.**

*(i) El terreno NO tiene la condición de solar con arreglo a la legislación vigente y al Plan General, ya que no queda garantizado el suministro de agua potable con caudal suficiente para la edificación conforme al artículo 186 (condición jurídica de solar) del DECRETO LEGISLATIVO 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (en adelante TRLOTUP).*

*(ii) Las circunstancias urbanísticas posibilitan el otorgamiento de la licencia urbanística sobre la parcela de referencia, conforme al artículo 187 del TRLOTUP, siempre que se garantice suficientemente su previa conversión en solar y el compromiso de no utilizar la edificación hasta esta conversión.*

*Además el promotor debiera comprometerse a la adhesión al régimen jurídico que imponga el ayuntamiento respecto al suministro de agua potable y a la amortización de las instalaciones de ACUAMED, que se regulará con la correspondiente ordenanza.*



(iii) El ámbito y suelo de referencia **tendrá garantizado el suministro de agua potable técnicamente con la completa y correcta puesta en marcha de las instalaciones de ACUAMED para la desaladora de Oropesa del Mar y Cabanes.**

Además de la puesta en marcha de las instalaciones de ACUAMED, también sería necesaria la puesta en marcha de las "OBRAS DE CONEXIÓN DE LA RED DE AGUA POTABLE DE LA ZONA CENTRO CON LA ZONA DE URBANIZACIONES SUR DE OROPESA DEL MAR (CASTELLÓN)", o facilitar el mantenimiento del caudal necesario desde la red de Benicàssim, para que en caso de avería de la planta desaladora, poder garantizar técnicamente el suministro de agua potable a la zona sur.(iv) Y todo lo expuesto sin perjuicio del régimen jurídico y contractual del suministro (municipalización, concesión, convenio etc...), y/o una posible suspensión del otorgamiento de licencias (art 68 del TRLOTUP).

### **TERCERO.- Cuestiones.**

Ante la posibilidad de otorgar una licencia condicionada (suministro de obra), en las urbanizaciones del sur del municipio de Oropesa del Mar enumeradas, y a la espera de la garantía definitiva del suministro que otorgue el caudal proporcionado por la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas del Mediterráneo, S.A. (ACUAMED), es necesario plantear la siguiente cuestión:

**(i) ¿Cuál es el estado de tramitación/ejecución de los trabajos necesarios para la correcta y completa puesta en marcha de las instalaciones de ACUAMED para la desaladora de Oropesa del Mar y Cabanes en el **Rebombero Sur** del municipio?**

**(iii) ¿Existen plazos para la completa y correcta puesta en marcha del **Rebombero Sur** del municipio?**

En fecha 3 de septiembre de 2021 se remiten las cuestiones a Aguas de las Cuencas Mediterráneas S.A. (ACUAMED), al objeto de que se pronuncien sobre las mismas.

Posteriormente en fecha 29/10/2021 se ha obtenido respuesta a dicha consulta de fecha 3 de septiembre de 2021 mediante escrito de fecha 29/10/2021 (se adjunta escrito n.º registro de salida de AQUAMED val s 21-000120) en el que textualmente se señala lo siguiente;

...Respecto al suministro de la zona sur del municipio sobre el que nos traslada la consulta, trasladarle que los aproximadamente cuatro años transcurridos desde la recepción de las obras hasta la solicitud de suministro por parte del municipio ha dificultado especialmente la puesta en servicio del denominado rebombero sur, cuyo funcionamiento es imprescindible para abastecer con agua procedente de la desaladora a esta zona de Oropesa del Mar. Debido al tiempo transcurrido, se ha precisado la tramitación de un nuevo Proyecto del centro de seccionamiento independiente (C.S.I.) incluso con la infraestructura ya ejecutada; además, debido al cambio de normativa, existen elementos en la estación de rebombero que, aun no habiéndose utilizado, se deben sustituir debido a que no cumplen la actual normativa eléctrica. Actualmente esta estación de bombeo no dispone de suministro eléctrico.

Tal y como se ha indicado, se ha precisado la tramitación de un nuevo proyecto cuya aprobación no depende de Acuamed. Este Proyecto fue resuelto favorablemente por la alcaldía del Ayuntamiento el 07/07/21:

"Considerando que el objeto la instalación de un centro de seccionamiento para proporcionar a través de las redes de alta tensión, un suministro de energía eléctrica regular a un CTC. La instalación que se proyecta es necesaria para dotar de suministro eléctrico al CTC Acuamed Rebombero Sur que alimenta la red de bombeo del agua procedente de la desaladora de Oropesa del Mar a los distintos municipios de la zona." *Tras la resolución favorable del Ayuntamiento, se continuó con el trámite Administrativo del Proyecto y está pendiente de aprobación. Este plazo no depende de Acuamed, si bien se estima que en el último trimestre del año se dispondrá de la aprobación por parte del Organismo Competente en la materia. ACUAMED C.I.F.: A-83174524*

29/10/2021 REGISTRO – SALIDA VAL-S-21-000120 Firmado digitalmente por: Antonio Alvar Alcaraz Alonso. Gerente Territorial Cuenca del Júcar Página 2 de 2 Unido a la necesidad de la aprobación del Proyecto indicado, para poder dar de alta el suministro, se precisa actualizar los elementos de la instalación que no cumplen con la actual normativa eléctrica, generar la correspondiente documentación administrativa, ejecutar por parte de Iberdrola la conexión a la red existente y realizar las pruebas que correspondan para legalizar la instalación. La conexión a la red existente y el alta del suministro, a petición de Acuamed, la realiza la compañía eléctrica, por lo que estos plazos dependen principalmente de Iberdrola.

No obstante, se estima que, previa aprobación del Proyecto, se dispondrá de energía eléctrica a finales del presente año o principios del próximo, salvo que surja algún imprevisto en los trámites con la compañía y/o durante la ejecución de los trabajos y pruebas que se precisan.

Una vez se disponga de suministro eléctrico, será posible la puesta en marcha de la estación de bombeo. Si bien es posible realizar algunas actividades antes de disponer de energía eléctrica, la mayor parte de ellas se podrán realizar cuando esté dado de alta el suministro. Se estima que, una vez se disponga de energía, se podrá iniciar el suministro de agua desde la desaladora a la zona sur de Oropesa del Mar en un plazo de tres meses. No obstante, el tiempo que ha transcurrido desde la finalización de la obra puede haber deteriorado las instalaciones y/o las conducciones; estos daños, si los hubiese, y su resolución, no se podrán valorar hasta la puesta en marcha de estas infraestructuras, momento en el que se le podrá trasladar al Ayuntamiento un plazo más ajustado del inicio del abastecimiento de agua a la zona sur del municipio.”

Que en estos momentos no se puede licitar un contrato en libre concurrencia en la zona sur del municipio para el suministro de agua, ya que no existen fuentes de agua de titularidad del Ayuntamiento de Oropesa del Mar, y que la zona sur se esta suministrando con recursos hídricos del Ayuntamiento de Benicásim que tiene otorgados los derechos de explotación la empresa FOBESA.

Que el Ayuntamiento de Oropesa del Mar dispondrá de recursos hídricos propios para la zona sur cuando ACUAMED este en disposición de suministrar, que según se ha indicado anteriormente podría ser en el primer trimestre de 2022, pero esto no supone que haya caudal suficiente en caso de avería de alguna instalación de la desaladora, por lo que es necesaria una fuente de agua alternativa para poder suministrar esta zona sur del municipio, y que actualmente solo dispone la empresa FOBESA, hasta que la infraestructura prevista en el proyecto “OBRAS DE CONEXIÓN DE LA RED DE AGUA POTABLE DE LA ZONA CENTRO CON LA ZONA DE URBANIZACIONES SUR DE OROPESA DEL MAR (CASTELLÓN)”, *no este ejecutada y previsiblemente no estará terminada hasta finales de 2022 o principios de 2023.*

Que el Ayuntamiento de Oropesa del Mar quiere firmar un convenio con duración limitada hasta la firma del contrato de la nueva concesión de las zonas centro y sur, con la empresa FOBESA para conseguir los siguientes objetivos:

- ⌚ Regularizar la situación de suministro en la zona sur
- ⌚ Suministrar agua desalada a la zona sur para que sea de la misma calidad que la del resto del municipio.
- ⌚ Aplicar las tarifas del agua aprobadas por el Ayuntamiento a los usuarios de la zona sur, ya que actualmente las tarifas que se están aplicando en la zona sur no están aprobadas por el Ayuntamiento.
- ⌚ Poder facturar el agua en alta procedente de la desaladora que el Ayuntamiento entregara a la empresa FOBESA.
- ⌚ Que en caso de avería de la desaladora los usuarios de la zona sur no se queden sin suministro de agua ya que FOBESA podrá suministrar con agua procedente del municipio de Benicásim.

En base a lo expuesto anteriormente se formula la siguiente CONSULTA; En base a la libertad del pactos del artículo 25 del TRLCSP, es posible que este Ayuntamiento pueda celebrar un convenio con la empresa FOBESA suministradora de agua potable de la zona sur en régimen de mera tolerancia, mientras se esta ultimando la tramitación del nuevo contrato de concesión de servicio público de suministro de agua potable de la zona centro



y sur , máxime una vez se ha extinguido la concesión de la zona centro por el transcurso del plazo de la misma sin posibilidad de prórroga ( al respecto se adjunta sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 17 de junio de 2020) y teniendo en cuenta además que la empresa FOBESA ha venido prestando con recursos procedentes del municipio colindante pero sin título concesional el servicio de suministro de agua potable en la zona sur.”

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El art. 6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público ( en adelante LCSP) dispone:

*Convenios y encomiendas de gestión.*

*1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídica privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.*

*Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:*

*a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.*

*b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*

*c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.*

*2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.*

Por su parte el art. 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, determina:

*«Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común (...). Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación contractual del sector público.»*

La lectura de los citados preceptos viene a determinar la imposibilidad de suscribir un convenio para la gestión del suministro de agua potable con la empresa FOBESA dado que tratándose de un contrato de concesión de

servicios regulado en los art. 284 a 297 de la LCSP y la Directiva 23/2014/UE, de 26 de febrero de relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Esta define las concesiones como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios( Considerando 11). Y la concesión de servicios como un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago. ( art. 5.1 b)

Por tanto deben regir los principios básicos de la contratación pública reseñados en el art. 1 es decir, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Tampoco cabe aducir ningún derecho exclusivo de la empresa en la gestión del suministro de agua potable a la zonas determinadas en la consulta, dado que los derechos exclusivos de acuerdo con la directiva citada suponen un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad. (Art. 5.10 de la Directiva 23/2014/UE)

Lo que denota el escrito de consulta es más bien una falta de asunción por el Ayuntamiento de sus obligaciones legalmente establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, como servicio público básico y esencial de prestación obligatorio y reservado a las Entidades Locales en el art. 86.2, que podrán gestionarlo directa o indirectamente. Esa pasividad ha llevado a una situación fáctica permitiendo que un servicio esencial se gestione sin título jurídico alguno por una empresa privada , estableciendo ella misma las tarifas a percibir de los usuarios, bajo una apariencia de legalidad.

A este respecto debe citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2001 , Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que niega vínculo contractual sobre la base de la formalidad del derecho de la contratación pública:

*“hay que subrayar como una de las características específicas del contrato administrativo radica en ser esencialmente formalista por contraste con los principios espirituales que dominan la contratación civil y mercantil, dado que la formación del consentimiento contractual en el derecho administrativo viene normalmente sometida a un procedimiento de formalidades predeterminadas que culminan con el acto final que señala el momento en que se perfecciona el contrato y esta doctrina general es de aplicación en la cuestión planteada en donde los tramites anteriores de naturaleza preparatoria, y por tanto precontractual, preceden a la efectiva formación del consentimiento contractual en el que radica la fuerza obligatoria del contrato, careciéndose antes de derecho adquirido alguno a exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales, pues la contratación administrativa es eminentemente formal (7) , exigiéndose como regla general la formación documental, administrativa o notarial del contrato y, en tal sentido, es necesario recordar que, conforme a las sentencias de este Tribunal de 25 de mayo de 1976, 13 de mayo de 1982 y 17 de octubre de 1983, aquél se perfecciona mediante la adjudicación definitiva, siendo en virtud de ésta cuando el contratista y la administración quedan obligados a su cumplimiento, resultando inalterables con tal perfeccionamiento por disposición legal, no pudiendo modificarse las condiciones del pliego a no ser que se celebre nueva licitación.”*





La solución más recomendable a la situación creada al margen de la legalidad contractual por la vía de los hechos con total aquiescencia de la Administración, simil al precario, sería la asunción de la gestión directa del suministro de las zonas reseñadas y la correspondiente realización de las obras necesarias por el propio Ayuntamiento, amparada en exigencias de interés público, sin perjuicio de su posterior incorporación, previos los trámites precisos, a la licitación de la totalidad del suministro.

En esta línea se debería aplicar a las concesiones no formales las mismas reglas a efectos de extinción de las mismas que las que han nacido de la concesión formal, sin perjuicio de que a efectos indemnizatorios se deba estudiar el caso concreto con las inversiones realizadas por el concesionario fáctico, siendo el riesgo operacional el punto clave a efectos cuantitativos e influyentes para alcanzar acuerdo indemnizatorio, si procede. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (Art. 5.1 de la Directiva 23/2014/UE).

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso administrativo, de 8 de abril de 2003 delibera en torno a un surtidor de carburante instalado sobre la vía pública. Esta instalación sucede a otra primitiva que fue autorizada en virtud de contrato entre el Estado y el concesionario aprobado por Real Decreto Ley de 10 de enero de 1928 con arreglo al art. 17 del Real Decreto de 28 de junio de 1927. Sin embargo, por cuestiones urbanísticas este surtidor fue desmantelado y se instaló en otra ubicación al margen de cualquier título expreso. El Ayuntamiento, al amparo del art. 120 del Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales, acuerda poner fin a la situación de precario, de manera que la Sentencia cude a la figura del precario tolerado para confirmar la legalidad de la extinción:

*“Como se desprende de los hechos admitidos por la sentencia impugnada, la estación de servicio afectada pasó a la propiedad de Campsa desde la constitución del monopolio de petróleos y durante los largos años que trascurren hasta el inicio del expediente administrativo de recuperación, transformado luego en expediente de desahucio administrativo, fue, cuando menos, tolerada por el ayuntamiento. Esta Sala ha declarado con reiteración (sentencias de 7 de mayo de 1999, 11 de diciembre de 2000, 11 de mayo de 2001 y 25 de julio de 2001, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2179/1993, 7061/1993, 3485/1994 y 6324/1994) a propósito de supuestos referentes a concesiones en precario de terrenos de dominio público y, con más evidencia, cuando la ocupación del demanio se ha producido en virtud de una autorización en precario (tanto más en el presente caso, en que la autorización no expresa, sino que se infiere del transcurso del tiempo y de la falta de oposición de la administración municipal), que la administración puede declarar resuelta la concesión o autorización, aunque no se hubiesen incumplido las condiciones, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencias del interés público”.*

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La concesión de suministro de agua potable, ahora prestado en régimen de mera tolerancia, no puede ser objeto de un convenio con la suministradora, dado que es un contrato y debe atenerse a los principios básicos e la contratación pública reseñados en el art. 1 es decir, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

SEGUNDA.- La solución la situación creada al margen de la legalidad contractual por la vía de los hechos con total aquiescencia de la Administración, simil al precario, sería la asunción de la gestión directa del suministro de las zonas reseñadas y la correspondiente realización der las obras necesarias por el propio Ayuntamiento, amparada en exigencias de interés público, sin perjuicio de su posterior incorporación, previos los trámites precisos, a la licitación de la totalidad del suministro. Para ello sería necesaria a finalización de la situación fáctica creada.

**El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.**

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE  
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA  
en fecha 29 de abril de 2022