

Junta Superior de Contratación Administrativa
Plaza de Nápoles y Sicilia 10-1ª planta
46001 VALENCIA
Tel.: 961 207145
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

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

INFORME 4/2016 DE 26 DE ABRIL DE 2016. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS O GESTIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE AGUAS POTABLES. MANTENIMIENTO DE SU VIGENCIA

ANTECEDENTES

En fecha 16 de marzo de 2016 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Càlig, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Ante el informe evacuado por el Secretario - Interventor del Ayuntamiento de Càlig en fecha 2 de marzo de 2016. -que se adjunta a la presente solicitud junto con la documentación que integra el expediente-, en el que por parte del órgano de control interno, se manifiestan dudas sobre la legalidad del contrato administrativo de arrendamiento o gestión del servicio municipal de aguas potables, adjudicado en fecha 4 de diciembre de 1979 y renovado mediante prórrogas de 6 de octubre de 1988, de 14 de enero de 1998 y de 13 de septiembre de 2004.

Vista la propuesta de la Secretaría - Intervención consistente en demandar informe a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, mediante la presente procedo a,

SOLICITAR

PRIMERO.- Informe sobre si el contrato administrativo de arrendamiento o gestión del servicio municipal de aguas potables puede mantenerse en vigor hasta el 2 de enero de 2020 tal y como dispone la última prórroga efectuada sobre el mismo en fecha 13 de septiembre de 2004, o si por el contrario debe procederse a su resolución o revisión de oficio para la ulterior licitación del servicio de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

SEGUNDO.- Informe sobre la adecuación a la legalidad de la utilización de las inversiones del contrato de 2004, como mecanismo para efectuar la prórroga contractual hasta el año 2020, y si esta modificación constituye un cambio sustancial de las condiciones contractuales que debiera haber sido objeto de licitación independiente.

TERCERO.- En caso de que lo estimen procedente, pronunciamiento sobre el mecanismo para la finalización de este contrato, teniendo en cuenta que se trata de un servicio esencial que no puede ser interrumpido, ya que ello generaría graves perjuicios a la población del municipio.
La Alcaldesa - Ernestina Borràs Bayarri “

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El contrato objeto de la consulta del Ayuntamiento de Càlig fue adjudicado por acuerdo de la corporación municipal adoptado el 4 de diciembre de 1979, previo concurso anunciado en el BOE del 23 de octubre de ese año y seguido conforme a un Pliego de Condiciones Económico-Administrativas aprobado el 2 de octubre anterior. Las normas en materia de contratación en vigor en aquellas fechas venían constituidas por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, y, de conformidad con lo establecido en su disposición adicional segunda, para lo no previsto en él, por las disposiciones aplicables a la Administración General del Estado, básicamente, el texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado (LCE), aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, modificada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, así como el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. Sin embargo, al tratarse de un contrato para la gestión indirecta de un servicio público de competencia del Ayuntamiento, las normas que lo regulan expresamente se encontraban recogidas en el capítulo V del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en desarrollo de la entonces vigente Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 16 de diciembre de 1950, siéndole de aplicación las normas del mismo que resulten aplicables en función de la forma de escogida entre las establecidas en el artículo 113 del RSCL.

El contrato se rige por el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas antes citado y, en cuanto a la aplicación de las normas citadas anteriormente y su interpretación en casos como el sometido a consulta, conviene reiterar las advertencias expresadas sobre esta cuestión en el Informe de esta Junta 12/2014, de 17 de febrero de 2015, ante una consulta formulada en relación con un contrato de gestión de servicios públicos adjudicado en 1980:

“No obstante, en lo relativo a la aplicabilidad actual de las disposiciones citadas, ha de tenerse en cuenta que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por la que se derogaba expresamente la Ley de Contratos del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril); el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3140/2175, de 25 de noviembre, y el citado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, no declaró aplicables estas normas para los contratos en ejecución adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, como sí que lo hicieron las leyes de contratos posteriores. Más bien al contrario, la disposición transitoria primera de la Ley 13/1995 se limitó a referirse a los expedientes de contratación en curso en los que no se hubiera producido la adjudicación para indicar que pasarían a regirse por dicha Ley aunque no sería obligatorio el adaptar a ella las actuaciones ya realizadas. Fue el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el que tras la reforma de la Ley 13/1995 por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, estableció en su disposición transitoria primera que los contratos adjudicados con anterioridad a esta últi



ma Ley (la 53/1999) se regirían por la normativa "anterior", sin especificar si esta normativa anterior era la Ley 13/1995 o simplemente la vigente en el momento de su licitación o adjudicación.

En cualquier caso, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y lo manifestado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia, el criterio de esta Junta es que el contrato debe ejecutarse y llevarse a término de conformidad con las condiciones pactadas que, en este caso, a tenor de la documentación facilitada por el Ayuntamiento, son las establecidas en el pliego de condiciones económico-administrativas que consta en la escritura pública de su formalización, sin que deban aplicarse o sean exigibles otras condiciones o reglas que no estén contempladas o referidas expresamente en dicho pliego, el cual podrá y deberá interpretarse de acuerdo con las normas vigentes al momento de su licitación y adjudicación, si ello fuera necesario y resultara pertinente (...)"

Tal como consta en el artículo primero del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas por el que se rige el contrato al que se refiere la consulta formulada por el Ayuntamiento de Calig (en lo sucesivo, PCEA), éste tiene por objeto, *"a tenor de lo dispuesto en los artículos 138.1 y 141.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, asegurar la gestión del Servicio Domiciliario de Agua Potable del municipio de Calig, cuyas instalaciones en una primera etapa se detallan a continuación"* en el mismo artículo.

Sin embargo, para calificar el contrato con precisión conforme a la normativa en vigor en la fecha de su adjudicación (1979), más claro resulta el título o encabezamiento del citado PCEA, donde consta que se trata de las condiciones que regirán *"la contratación del arriendo de servicios personales, aportando el contratista los servicios de personal indispensable y el material necesario para la explotación del servicio de agua potable del municipio de Calig"*.

No se trata, pues, de un contrato de concesión de los regulados en el artículo 114 y siguientes del mismo Reglamento (en lo sucesivo RSCL), sino de un contrato de arrendamiento de servicios personales de los regulados en el artículo 141.1 del RSCL, que lleva también aparejado el arrendamiento o cesión del uso de instalaciones municipales de acuerdo con lo previsto en el artículo 138.1 del RSCL, tanto las existentes en el momento de la licitación y detalladas en el artículo 1º del Pliego, como las que posteriormente se hayan agregado según lo dispuesto en el artículo 3º del mismo Pliego.

En consonancia con dicha calificación, el artículo 19 del Pliego establece la retribución del contratista en función del precio por él ofertado en la licitación, expresado en pesetas por metro cúbico facturado, determinando que *"la suma que el Ayuntamiento abonará al contratista por la gestión del servicio de que se trata, se determinará multiplicando este precio unitario por los m³ facturados a los abonados"*. La forma de retribución no es, pues, la propia de la modalidad de concesión en la que el contratista se retribuye mediante las tarifas pagadas por los usuarios y abona un canon a la Administración por la utilización de las instalaciones y el dominio públicos.

A su vez, en relación con las tarifas a abonar por los usuarios, el artículo 21 del Pliego establece que *"el arriendo de los servicios de que se trata, comprende entre otros la confección de padrones y recibos y el cobro de estos, ello motiva que el contratista actúe como gestor de la liquidación de su recaudación (...)"* y *"de modo regular en los meses de Enero y Julio de cada año deberá rendir la*

cuenta de recaudación (...)" e "ingresará en la Depositaria del Ayuntamiento el saldo de la cuenta de su gestión o explotación del Servicio".

Por lo que se refiere a esta última, el artículo 22 del PCEA establece que la cuenta de explotación que deberá rendir el contratista comprenderá:

"En el Debe del municipio figurará, el total precio que por el arriendo de servicios personales, dimanante de la prestación del Servicio, proceda, con arreglo a su retribución, satisfacer al contratista en el respectivo semestre considerado.

En el Haber lucirán todas las sumas liquidadas y percibidas por el contratista de los abonados por cuenta del Ayuntamiento y con arreglo a los diferentes conceptos de las tarifas del Servicio.

La diferencia entre el Debe y el Haber significará el saldo de la cuenta de explotación que corresponderá al Ayuntamiento."

Pues bien, pese a esa clara y reiterada calificación del contrato como contrato de arrendamiento de servicios, en lo relativo a su duración, el artículo 23 del PCEA establecía que ésta sería de diez años *"prórrogable por iguales períodos a petición de cualquiera de las dos partes formulada con una antelación de un año a la fecha de terminación del contrato o de sus prórrogas"*. Y de acuerdo con la información facilitada por el Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en este artículo del pliego, se habrían tenido por efectuadas prórrogas en 1988, 1998 y 2004, esta última hasta 2020.

Evidentemente, dicha estipulación del Pliego contravenía y contraviene lo establecido en el artículo 141.2 del RSCL donde se dispone, sin matiz alguno, que la duración máxima del contrato de arrendamiento de servicios será de diez años. Este plazo máximo no cambiaría por la circunstancia de que el contrato comprendiera también el arrendamiento de instalaciones, puesto que el artículo 139.1 del RSCL establece también taxativamente que la duración del contrato de arrendamiento de instalaciones para la prestación de servicios no podrá exceder de diez años.

Por otra parte, el artículo 142.1 del RSCL prohibía que se contratara el arrendamiento de servicios personales para atender necesidades permanentes, lo que, tratándose del servicio de abastecimiento de agua potable, obliga a preguntarse cómo es posible que en 1979 el Ayuntamiento lo considerara una necesidad transitoria y optara por esta modalidad de gestión indirecta del servicio, en lugar de recurrir a la concesión, si al mismo tiempo pretendía que el contrato pudiera tener una duración superior a los diez años. Pero, así y todo, igual de sorprendente resulta el hecho de que se haya acordado prorrogar el contrato en tres ocasiones sin que se haya cuestionado su validez y detectado el defecto de nulidad de la citada y tan cuestionable cláusula del Pliego relativa a la duración del contrato, que se arrastra desde su aprobación.

La cuestión de la prórroga y duración de los contratos de arrendamiento de servicios ya fue analizada por esta Junta en su Informe 2/2001, con ocasión de una consulta formulada por el Ayuntamiento de Alcalá de Xivert relativa a un contrato para el abastecimiento de agua potable, en lo relativo a su duración con idénticas condiciones al que es objeto del presente informe. Las consideraciones efectuadas en dicho informe conservan toda su validez y deben reiterarse:



“Además de ser de todo punto determinante que el abastecimiento domiciliario de agua potable ex definitione constituye un servicio público de carácter permanente, lejos del rigor que determinan las normas aplicables, el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas objeto de estudio, respetando en un principio los diez años, no sólo deja abierta la posibilidad de prórroga sino que, a mayor abundamiento, en ningún momento establece su número máximo y, por tanto, la duración exacta del contrato, quedando ésta supeditada a que “alguna” de las partes muestre su disconformidad. Así se desprende del tenor literal del último inciso de la cláusula octava, contrario sensu.

Si se concluye que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales hace esta afirmación taxativa de maximidad del plazo del arrendamiento de servicios personales como de plazo inicial más prórrogas, cualquier cláusula en sentido contrario debería tenerse por no puesta. Si por el contrario, aunque con vacilación, entendemos que el plazo de 10 años podría ser prorrogado como máximo por períodos idénticos hasta agotar el plazo máximo fijado por la ley, estaríamos asimismo ante una cláusula contra legem dada la indefinición con que lo hace el Pliego y por tanto estableciendo un contrato a perpetuidad.”

Hay que destacar, por tanto, que la citada cláusula relativa a la duración del contrato habría incurrido en un vicio de nulidad tanto si, como declara el pliego y el contrato, se trata de un contrato de arrendamiento de servicios personales —tipo contractual que debió considerarse suprimido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y reconducido, bien al contrato de servicios o bien a alguna de las modalidades del de gestión de servicios públicos— como si por el contrario se tratara de un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, que en 1979 era otra opción para el Ayuntamiento si bien su elección exigía igualmente respetar que la Ley de Contratos del Estado ya establecía entonces que su duración no podía ser ni perpetua ni indefinida.

En consecuencia, del examen de la documentación aportada se deduce que el contrato, tanto si se acepta su validez como contrato de arrendamiento de servicios como si se interpreta que se trataba en realidad de un arrendamiento de instalaciones o de una concesión, debe considerarse extinguido desde que finalizó el plazo de diez años de su duración y, efectivamente, tal como apunta la consulta efectuada por el Ayuntamiento, procede la revisión de oficio de los actos efectuados con posterioridad careciendo de ese título válido cual es el contractual, conclusión que responde igualmente a la segunda cuestión planteada por el Ayuntamiento en el sentido de considerar inadecuada a la legalidad una prórroga efectuada el 13 de septiembre de 2004, cuando ya el contrato se había extinguido, justificándola en base a la realización de inversiones por la empresa, cuyas obras o servicios objeto de las mismas debían, además, haber sido objeto de licitación y adjudicación conforme a la normativa en vigor en ese momento.

De acuerdo con el criterio general establecido por la doctrina jurisprudencial que prohíbe el enriquecimiento injusto, la anterior conclusión debe entenderse sin perjuicio del derecho de la empresa contratista a ser compensada o retribuida por las prestaciones efectuadas en beneficio del Ayuntamiento, con su consentimiento y actuando ambas partes de buena fe y bajo el principio

de confianza legítima entre ellas.

Por lo demás, no es competente esta Junta para pronunciarse sobre cuestiones relativas al procedimiento que debe seguirse para revisar de oficio actos nulos o, en particular, sobre el momento adecuado para hacerlo, lo que no impide, sin embargo, considerar que la circunstancia de que el abastecimiento de agua potable no puede ser interrumpido, advertida por el Ayuntamiento en su consulta, constituye una poderosa razón de interés público para que se coordinen las medidas que, en su caso, se adopten en tal sentido, de forma que el Ayuntamiento pueda asegurar la continuidad del servicio, bien sea hasta la licitación y adjudicación de un nuevo contrato, o bien mediante la gestión directa del servicio.

CONCLUSIÓN

El contrato objeto de la consulta del Ayuntamiento, calificado como contrato de arrendamiento de servicios en el pliego de condiciones económico-administrativas por el que se rige, debe considerarse extinguido desde que finalizó el plazo máximo de diez años de su duración y, en consecuencia, tal como apunta la propia consulta efectuada por el Ayuntamiento, procede la revisión de oficio de su prórroga y demás actos relativos al contrato efectuados con posterioridad a su vencimiento y careciendo de ese título válido cual es el contractual. Ello, sin perjuicio del derecho de la empresa contratista a la compensación por las prestaciones efectuadas en los términos establecidos por la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter 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.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)



Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA



LA SECRETARIA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 26 de
abril de 2016.