



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 0 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de abril de 2014.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la interpretación del contrato de concesión administrativa del servicio municipal de agua potable y servicio de saneamiento de aguas residuales, suscrito con A.G.I.A., S.A. (EXP. 115/2014 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, mediante escrito de 25 de marzo de 2014 (Registro de entrada en este Consejo Consultivo de 26 de marzo de 2014), es la interpretación del contrato suscrito con la mercantil A.G.I.A., S.A., para la prestación del servicio municipal de agua potable y saneamiento de aguas residuales, en la que difieren la Administración y la empresa contratista.

El presente contrato se adjudicó inicialmente el día 25 de abril de 1991 a las empresas C.G.A.E., S.A. y C.G.D.E., S.A. Mediante el acuerdo plenario de 20 de noviembre de 2003, se autorizó la novación subjetiva de la concesión como consecuencia de la absorción de los concesionarios anteriores por parte de A.G.I.A., S.A.

2. La disposición transitoria primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que “*Los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se registrarán por lo dispuesto en la presente Ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente Ley de las actualizaciones ya realizadas*”.

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

Por tanto, la legislación aplicable al contrato y a su interpretación viene constituida por el Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado (LBCE), aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril y por el Reglamento General de Contratación del Estado (RCE), aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, entre otras normas, teniendo en cuenta que la novación contractual fue de carácter subjetivo, acaecida por la absorción referida, sin que conste en el expediente remitido a este Organismo, que en su formalización expresamente se declarara aplicable otra legislación, implicando la subrogación de A.G.I.A., S.A. en los derechos y obligaciones establecidos en relación con la empresas absorbidas en el momento de la adjudicación.

Dicha normativa resulta aplicable a las cuestiones de orden sustantivo o material, siendo por el contrario aplicable la vigente ordenación procedimental de carácter contractual a las incidencias que aparezcan en la vida de los contratos, como modificaciones o resoluciones.

3. La preceptividad del Dictamen y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan del art. 11.1.D,c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) y la legitimación del Alcalde para solicitar el dictamen, del art. 12.3 de la misma.

II

1. En relación con la intervención de este Consejo en el ámbito de la interpretación contractual, dada la fecha de adjudicación, cabe señalar lo expuesto, por ejemplo, en el Dictamen 3/1987, de 26 de febrero, de este Organismo, en el que se afirma que *“Respecto de la competencia del Consejo Consultivo para dictaminar el asunto que se somete a su consideración, viene atribuida por el art. 10.6 de la Ley 4/84, de 6 de julio, de nueva redacción, incorporada por el art. 5 de la Ley 13/86, de 30 de diciembre, de modificación parcial de aquélla, al prever que será preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo en aquellas actuaciones de la Comunidad Autónoma de Canarias en las que la legislación aplicable requiera, con el carácter que en cada caso allí se indique, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado. La legislación concernida es la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), cuyo art. 22.11, que amplía lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 13, LCE, prescribe la necesidad de dictamen preceptivo de la comisión Permanente del Consejo de Estado en aquellos casos de «interpretación y resolución de contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del*

contratista», circunstancia que resulta acreditada en los expedientes remitidos a este Consejo.

En cuanto a la naturaleza del dictamen, como quiera que el art. 2.3, LOCE, prescribe que los “dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la Ley disponga lo contrario”, y como el art. 22.11, LOCE, no hace pronunciamiento alguno sobre el carácter vinculante del dictamen que en tales casos emita dicha Consejo, resulta que el presente tampoco disfruta de tal condición”.

2. Consta en el expediente remitido a este Consejo el Decreto de la Alcaldía de 30 de octubre de 2013 por el que se le requirió a la concesionaria para que procediese, en el plazo señalado, a la elaboración de un plan de actuaciones y a la implementación de la instalación de los sistemas adecuados, todo ello a cargo de la referida empresa concesionaria, previos a la entrada de agua a los depósitos municipales de “Mar Dulce” y “La Montaña”, conforme al requerimiento del Director de Área de Salud del Servicio Canario de la Salud (SCS).

El 8 de noviembre de 2013, se presentó un recurso de reposición contra dicho Decreto alegándose por la empresa que, en aplicación de los dispuesto en la Base segunda, puntos 2.1 y 2.2, y en la Base decimotercera punto 3 del Pliego de Condiciones, tales actuaciones constituyen una ampliación, renovación y/o mejora de las obras e instalaciones del Servicio que se debía de realizar, exclusivamente, a cargo del Ayuntamiento, con lo que muestras su oposición a la interpretación que del mismo hace la Corporación Local.

Asimismo, se dictó un nuevo Acuerdo de la Junta de Gobierno Local relativo a la interpretación del contrato, de 10 de marzo de 2014. Esto dio lugar a la presentación por parte de la concesionaria de un escrito de alegaciones el 17 de marzo de 2014, en el que vuelve a mostrar su oposición a la interpretación del contrato efectuada por la Administración. Con posterioridad el Alcalde a través de una Propuesta contestó a dichas alegaciones.

3. La Propuesta de fecha 20 de marzo de 2014, por la que se procede a la contestación de las alegaciones efectuadas por la empresa concesionaria, es el último documento de los obrantes en el expediente.

Debe recordarse que según lo establecido en el art. 175 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, los informes para

resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán una enumeración clara y sucinta de los hechos, las disposiciones legales aplicables y alegaciones razonadas de la doctrina y los pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva.

La contestación de alegaciones de fecha 20 de marzo de 2014 no contiene ni la forma ni los requisitos establecidos por el citado art. 175 del ROF por lo que deberá dictarse para la resolución del expediente propuesta de resolución que cumpla con estos requisitos.

III

Los antecedentes de hecho correspondientes a este procedimiento, son los siguientes:

1. El día 25 de abril de 1991, el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz suscribió contrato administrativo con las empresas C.G.A.E., S.A. y la C.G.D.E., S.A. Mediante acuerdo plenario de 20 de noviembre de 2003, se autorizó la novación subjetiva de la concesión como consecuencia de la absorción de los concesionarios anteriores por parte de A.G.I.A., S.A.

2. El 24 de diciembre de 2012 se produce un aumento de la turbidez de las aguas para consumo humano, señalándose por la concesionaria que tal hecho puntual se debió a las abundantes lluvias acaecidas en tal fecha y que se le puso remedio adecuadamente.

Sin embargo, tales problemas vuelven a reproducirse durante el año 2013, constando en el informe de la empresa concesionaria que los vecinos de los barrios de “La Vera”, “San Antonio” y “El Taoro” presentaron quejas por el exceso de turbidez que nuevamente y sin duda alguna se observaba en el agua con que se les abastecía.

La empresa señala que tales episodios se producen los lunes y viernes y que ello se debe, pese a las actuaciones dirigidas a paliarlos, a que cuando el consumo aumenta también lo hace la velocidad de transporte del agua, arrastrando con ello los sedimentos de las propias tuberías.

3. Estos problemas dieron lugar a la actuación del SCS, el cual tras detectar que los elevados valores del parámetro de turbidez que presentaban el agua de consumo humano proveniente de los depósitos de agua de “Mar Dulce” y “La Montaña”, los cuales carecían de los sistemas de filtración de agua previos a la entrada de la misma

en ellos, incumpliendo lo establecido en el art. 10.1 del Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero por el que se Establece los Criterios Sanitarios de la Calidad del Agua de Consumo Humano, requiere su instalación, previa presentación de un plan de actuación.

Por tal motivo, y de acuerdo también con lo dispuesto en Programa Autonómico de Vigilancia Sanitaria de Aguas de Consumo Humano, aprobado por la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del SCS de 27 de junio de 2008, se requirió por parte del SCS la aportación de un plan de actuaciones necesario para la instalación de los correspondientes sistemas de filtración.

4. Posteriormente, el 30 de octubre de 2013 se dictó el Decreto de la Alcaldía por el que se le realizó a la concesionaria el referido requerimiento, presentando el mencionado recurso de reposición el 8 de noviembre de 2013, al que se adjuntó una “Memoria de las obras de instalación del sistema de filtración en el sistema de abastecimiento de agua potable en el Puerto de la Cruz”, valorándose su efectiva instalación inicialmente en 203.543,34 euros y en un momento posterior en 488.375 euros.

5. El 27 de noviembre de 2013 y el 19 de febrero de 2014 se le realizaron dos requerimientos a la empresa concesionaria por parte del Ayuntamiento, solicitándole el inicio de los trámites necesarios para realizar la actuaciones necesarias para llevar a cabo la filtración del agua procedente del depósito “Mar Dulce” para su almacenamiento en el depósito “La Montaña” y la posterior distribución a las diversas poblaciones del Puerto de la Cruz.

Además, la empresa debe llevar a cabo la renovación parcial del depósito “Charca La Vera”, consistente en la adaptación del depósito a la normativa vigente, ejecutando el bicompartimentado y una nueva cubierta con su correspondiente sistema de filtración en la actual ubicación del depósito, el cual está fuera de servicio desde 2012, cuando se produjo el desprendimiento parcial de la cubierta debido a su mal estado, lo que también influye de forma directa en la turbidez del agua.

6. El 28 de febrero de 2014, la Dirección de Área de Salud del SCS, a través del Servicio de inspección sanitaria y laboratorio comunicó a la empresa concesionaria la restricción del uso de agua del depósito de “Mar Dulce”, pues desde enero de 2014, las muestras indican un nivel de turbidez superior a 1 UNF, viéndose incrementado el 25 de febrero de 2014 en 2UNF y detectándose la bacteria denominada “Clostridium

Prefingens”, pues si bien la misma no constaba en inspecciones anteriores, sí que se expresó por dicho Servicio que la turbidez excesiva facilitaba su aparición en el agua haciéndola inviable para el consumo humano.

7. Finalmente, constan en el expediente oficios del Ayuntamiento por el que se le comunica a la empresa concesionaria el posible inicio de un procedimiento sancionador ante los reiterados incumplimientos de la misma en lo que se refiere a la adecuada prestación del Servicio.

IV

1. En este caso, es necesario determinar si aplicando lo dispuesto en el Pliego de condiciones y en la normativa reguladora de la materia, la preceptiva instalación del sistema de filtración en los depósitos referidos y la ejecución de la obras de la cubierta del depósito de la “Charca de la Vera”, junto con su correspondiente sistema de filtración, corresponden realizarse por cuenta de la Administración o de la empresa concesionaria.

2. No se pone en duda la existencia de la obligación correspondiente a que los depósitos cuenten con un sistema de filtrado y que los mismos estén cubiertos y no al aire libre.

3. Asimismo, está suficientemente probado que el nivel de turbidez del agua destinada al consumo humano en determinados barrios del municipio es superior a 1 UNF y, por tanto, que dicha agua no es apta para tal consumo humano, pues no sólo consta en los distintos informes, confirmándose por ambas partes, sino que constituye un hecho público y notorio tal problema, el cual se ha venido produciendo de forma reiterada en múltiples ocasiones.

Además, el deterioro paulatino de la cubierta del depósito de la “Charca de la Vera”, hasta su caída parcial, también constituye un hecho indubitado, que influye en la turbidez del agua y en la aparición de bacterias.

4. Para analizar el fondo del asunto es preciso hacer una referencia a la interpretación y consiguiente aplicación que de las bases del Pliego de condiciones hace la Administración, pues ello permite determinar si la oposición de la empresa concesionaria es conforme a Derecho o no.

El Ayuntamiento considera que en virtud de la Base segunda y la vigésimo tercera le corresponde a la empresa concesionaria la explotación, conservación y mantenimiento de las obras e instalaciones adscritas a los servicios en cada

momento, lo que se hará a su cargo. Además, la empresa debe velar por su correcto funcionamiento y para ello deberá adoptar las medidas oportunas para que se encuentren en las adecuadas condiciones de uso, es decir, las condiciones precisas para distribuir agua potable a los vecinos.

También entiende que le corresponde a dicha empresa como actividad obligatoria la vigilancia y control de la calidad del agua que se distribuya a los abonados y, finalmente, debe mantener en perfecto estado de conservación las edificaciones e instalaciones, destinadas exclusivamente al uso señalado en el Pliego, así como realizar todas las obras de conservación y reparaciones precisas para lograr tal fin.

5. Sin embargo, se desprende del expediente que el Ayuntamiento estima que la instalación del sistema de filtrado no constituye una ampliación, renovación y/o mejora de las obras e instalaciones de los Servicios, sino que la misma es un requisito indispensable para que el Servicio se preste de forma correcta, a lo que esta obligada la empresa, quien debe de hacer, en todo momento, lo necesario para que ello sea así, pues se comprometió a cumplir con tal obligación desde la adjudicación del contrato, posición en la que se subroga el actual contratista desde que se produjo la novación subjetiva.

Así, del mismo modo considera que la ejecución de las obras en la cubierta mencionada constituye una mera actuación de reparación y mantenimiento de las instalaciones del Servicio a las que está obligada la empresa por cuenta propia.

La Administración, formalmente, no ha acordado una modificación unilateral del contrato, sino que únicamente exige la prestación adecuada del Servicio conforme a la normativa técnica aplicable en cada momento tal como exige expresamente la base 23.2, a) que establece:

“a) Mantener y prestar, en todo momento, de manera ininterrumpida, los servicios de acuerdo con sus Reglamentos reguladores y demás normativa aplicable”.

A estas consideraciones del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz se opone la empresa concesionaria señalando que las obras que se pretenden realizar son obras de mejora o ampliación del servicio y no de conservación por lo que deberían ser a cargo del Ayuntamiento o como indican debiendo asegurar la financiación de las mismas.

V

1. Una vez determinados cuales son los motivos de la oposición de la mercantil A.G.I.A., S.A. y tal como realiza el informe jurídico efectuado por el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, conviene analizar por separado las dos medidas que se han requerido de la concesionaria para una mejor comprensión del asunto sometido a dictamen.

A) Renovación parcial del depósito “Charca de La Vera”.

Según lo estipulado en las base 2.2 del Pliego de Condiciones, la empresa concesionaria se encargará de la explotación, conservación y mantenimiento de las obras e instalaciones adscritas al servicio a su cargo debiendo velar por su correcto funcionamiento y tomando las medidas oportunas para que siempre se encuentren en las debidas condiciones de uso. Asimismo en la base vigesimotercera se establece que tendrá la obligación de conservar en perfecto estado las edificaciones e instalaciones destinadas a la prestación del servicio y realizar por su cuenta todas las obras de conservación así como las reparaciones precisas como consecuencias de los daños y deterioros que se produzcan.

Por lo tanto, las obras a realizar deberán serlo a cargo de la empresa concesionaria dado que la situación actual ha tenido su origen en el incumplimiento del deber del concesionario de mantener las instalaciones en su perfecto estado.

B) Instalación de filtros en el depósito “Mar Dulce”.

La instalación de los filtros necesarios para eliminar la turbidez del agua para consumo humano procedente del depósito “Mar Dulce” tiene como finalidad la prestación del servicio de agua en la forma establecida en el Pliego de Condiciones y en la legalidad vigente. Por lo tanto, es una instalación que resulta imprescindible para la prestación del servicio sin que pueda ser considerada una obra de ampliación, renovación o mejora. Por lo tanto, debe ser realizada su costa por la empresa concesionaria.

Otro aspecto diferente es la consideración de que esta obra pueda afectar al equilibrio económico de la concesión. Además, se trata de una obligación nueva necesaria para adaptarse a la normativa vigente en este momento, por lo que una circunstancia sobrevenida e imprescindible puede establecer la ruptura del equilibrio económico de la concesión y por lo tanto podría aplicarse el art. 127.2.2.b) RSCL para su restablecimiento.

Pero este desequilibrio económico que eventualmente se pueda producir deberá acreditarse con posterioridad a la inversión realizada siendo ese momento el adecuado para una posible cuantificación de ese posible desequilibrio económico.

2. En relación con el *ius variandi* de la Administración, la Doctrina, incluidas la de este Consejo Consultivo y la del Consejo de Estado, al igual que la Jurisprudencia ha reconocido dicha facultad en base a dos criterios materiales diferenciados: la existencia de causas imprevistas y la existencia de necesidades nuevas.

Sin embargo, en este caso la intervención de la Administración exclusivamente se ciñe a exigir el cumplimiento de obligaciones del contrato, no interviene en base a nuevas circunstancias que impliquen una mejora, renovación o ampliación del Servicio o que supongan un mayor coste al inicialmente previsto, pues desde un principio conocía la empresa que debía realizar las obras e instalaciones y el mantenimiento preciso para en todo momento prestar el Servicio adecuadamente, sino que lo hace ante un incumplimiento de la empresa, siendo indicativo de ello los procedimientos sancionatorios iniciados.

3. Así, en base a todo ello, cabe afirmar que en modo alguno se dan los requisitos precisos para entender que la Administración con su requerimiento lo que realmente solicita es una modificación, pues ni hay necesidades nuevas, ya que desde en el Pliego de condiciones consta como obligación de la empresa concesionaria en la base vigésimo tercera, punto 2.a), “*mantener y prestar, en todo momento, de manera ininterrumpida, los servicios de acuerdo con sus reglamentos reguladores y demás normativa aplicable*”, lo que implica que la única necesidad ha tener en cuenta es la del abastecimiento de agua potable a los vecinos, la cual se estableció claramente en dicho Pliego y no ha variado hasta la actualidad.

La Administración no ha variado el objeto, ni la cantidad y calidad del Servicio, sólo ha exigido que se preste adecuadamente.

4. En resumen, ni se produce una modificación del contrato, ni tampoco el establecimiento del preceptivo sistema de filtración y las obras de la cubierta mencionada constituyen una ampliación, mejora o renovación del Servicio, sino que constituyen actuaciones necesarias que debe cumplir a su costa a la hora de prestar el servicio en las condiciones exigidas en el Pliego ya mencionado.

Por todo ello, se entiende conforme a Derecho la interpretación que del contrato hace el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, sin perjuicio de lo manifestado en relación con el equilibrio económico del mismo.

C O N C L U S I Ó N

La interpretación que hace el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz del contrato de concesión administrativa del servicio municipal de agua potable es conforme a Derecho, sin perjuicio de lo manifestado en relación con el equilibrio económico del contrato y la necesidad de dictar una Propuesta de Resolución con los requisitos del art. 175 del ROF.