



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 6 9 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 de julio de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tegueste en relación con la *interpretación del contrato de explotación del servicio municipal de agua potable, suscrito el día 5 de abril de 1991 entre el Ayuntamiento de Tegueste y (...), S.A., en lo que al control de la calidad del agua del grifo del consumidor y a la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos, en los términos previstos actualmente en el R.D. 140/2003, de 7 de febrero (EXP. 249/2014 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El Alcalde de la Villa de Tegueste, mediante escrito de 19 de junio de 2014, de salida el 23 y entrada en este Consejo el 27 del mismo mes, interesa al amparo del art. 11.1.D).d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, de este Consejo Consultivo de Canarias, preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario en relación con “la conformidad al Derecho de la interpretación que realiza el Ayuntamiento de Tegueste del contrato de explotación del servicio municipal de agua potable (...) suscrito el día 5 de abril de 1991 entre el Ayuntamiento de Tegueste y (...), S.A., en lo que se refiere al control de la calidad de agua en el grifo del consumidor y a la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos, en los términos previstos actualmente en el R.D. 140/2003, de 7 de febrero”.

2. Consta la discrepancia interpretativa entre Ayuntamiento y concesionario en relación con el alcance de la antedicha obligación a resultas de lo previsto en el pliego, lo convenido en el contrato y lo dispuesto en las normas reglamentarias de aplicación, por lo que estamos en efecto ante un supuesto de preceptivo dictamen de este Consejo.

---

\* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

La resolución de tal discrepancia se lleva a cabo, previa la oportuna instrucción, por el órgano competente, que no fue el de contratación. Aunque fue el Pleno quien adjudicó el contrato, el órgano competente para su interpretación es la Junta de Gobierno Local, al amparo de la delegación efectuada por el Pleno de la gestión de los servicios públicos de carácter plurianual acordada en sesión celebrada el 11 de julio de 2011, y a tal efecto se somete a este Consejo Propuesta de Acuerdo a adoptar con carácter definitivo por la indicada Junta.

## II

1. El 11 de enero de 1991, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la celebración del concurso para la contratación de la concesión de la explotación del servicio municipal de agua potable del Municipio de Tegueste. En la propuesta presentada, la licitadora (...), S.L. formula propuesta manifestando que, "como especialista en abastecimiento de aguas a poblaciones, dispone de los medios materiales y humanos para la realización del control de calidad de las aguas distribuidas en el Municipio de Tegueste (...), control (...) que se realizará siempre conforme a la reglamentación técnico sanitaria para el abastecimiento y control de las aguas potables de consumo público aprobado por R.D. 1138/1990 (que derogó el anterior R.D. 1423/1982). Esta reglamentación se ajusta a la Directiva 80/778/CEE de las Comunidades Europeas".

El Pleno del Ayuntamiento, en sesión urgente extraordinaria de 15 de marzo de 1991, acordó adjudicar la concesión de la explotación del servicio municipal de agua potable a (...), S.L., actualmente (...), S.A., facultando al Alcalde para la firma del contrato y para cuantos documentos y gestiones tuvieran que ver con este asunto.

El art. 5 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas (PCEA) de la concesión señala que "el concesionario no será responsable de la calidad química del agua que distribuya, pero cuidará de la calidad bacteriológica de la misma, que deberá responder en este particular a las condiciones de salubridad fijadas por la Administración Sanitaria". Periódicamente, se realizarán análisis de la calidad del agua, de acuerdo con lo preceptuado en el entonces vigente Reglamento técnico sanitario aprobado por R.D. 1423/1982, de 18 de junio (por el que se aprueba la reglamentación técnico sanitaria para el abastecimiento y control de calidad de las aguas potables de consumo público), cuyos resultados se comunicarán al Ayuntamiento.

El 5 de abril de 1991, se firmó el contrato constando como cláusula decimotercera que el contratista se obligaba al “cumplimiento estricto del pliego de condiciones económico administrativas (...) así como a todas las disposiciones legales vigentes al respecto y a las que se dicten en el futuro”.

2. Por Resolución de 27 de junio de 2008 (BOC de 7 de noviembre), se aprueba el programa de vigilancia sanitaria del agua de consumo humano de la Comunidad Autónoma de Canarias, al amparo del art. 19 del R.D. 140/2003.

El 5 de junio de 2012, tiene entrada en el Ayuntamiento escrito del Director General de Salud Pública de 1 de junio de 2012, en el que, de conformidad con el art. 4 del R.D. 140/2003, así como en las Leyes 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local [*art. 25.2.c) y j)*], 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad [arts. 18.6 y 19.2.b], y 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria [*arts. 47 a 49*], señala que “corresponde al Municipio que toda el agua de consumo humano (...) sea apta para el consumo, velar por el cumplimiento de las disposiciones de aplicación por parte de los gestores que intervengan en el abastecimiento a la población y efectuar el autocontrol en la gestión directa y el control en grifo del consumidor en cualquier caso”.

3. Mediante comunicación presentada el día 8 de enero de 2014, la empresa (...), S.A., informó al Ayuntamiento del contenido del acta de inspección sanitaria nº 78742 levantada el día 19 de diciembre de 2013 por la Inspectora del Área de Salud de Tenerife del Servicio Canario de la Salud, en la que se da cuenta de que no se está realizando el control del agua en grifo del consumidor, conforme establece el citado Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero. En dicha comunicación la empresa concesionaria considera que, de conformidad con el R.D. 140/2003, de 7 de febrero, y del programa de vigilancia sanitaria del agua de consumo humano de la Comunidad Autónoma de Canarias (Resolución de 27 de junio 2008), el control de la calidad de las aguas es “responsabilidad” de los Municipios.

4. Con fecha 14 de enero de 2014, se emitió informe por la Secretaría de la Corporación en el que se concluía que corresponde a la concesionaria realizar a su cargo las tareas previstas en el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, que ha exigido el Servicio Canario de la Salud. El Alcalde, mediante escrito de 14 de enero de 2014, asume el antedicho informe que se comunica a la concesionaria el 22 de enero de 2014. El 24 de enero de 2014, la concesionaria formula alegaciones según las cuales, de conformidad con el art. 20 del R.D. 140/2003, el control debe ser

realizado por los Municipios, ya que son estas entidades las que “tomarán las medidas necesarias para garantizar la realización del control de la calidad de agua en el grifo del consumidor, y la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos”.

5. Mediante informe de 3 de marzo de 2014, la Secretaría municipal considera que, de conformidad con los arts. 4.4 y 5, 17.2 y 20.1 del antedicho R.D. 140/2003, el contrato suscrito y el PCEA la mencionada obligación corresponde a las “empresas proveedoras y/o distribuidoras de estas aguas”, “sin excepción de ningún tipo de análisis en concreto”, proponiendo en consecuencia que sea la empresa concesionaria del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable la que deba “realizar los controles y análisis correspondientes conforme a la normativa que establece los criterios de la calidad del agua de consumo humano con cargo a la retribución que percibe por la prestación del servicio”.

Mediante Decreto de la Alcaldía nº 387, de 7 de marzo, se resolvió que correspondía a la empresa concesionaria del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable realizar los controles y análisis correspondientes conforme a la normativa que establece los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano con cargo a la retribución que percibe por la gestión del servicio; lo que fue notificado a la concesionaria el 12 de marzo de 2014, con advertencia de los recursos procedentes.

6. El 11 de abril de 2014, la empresa concesionaria presenta recurso de reposición contra el antedicho Decreto al que califica de ser “interpretación sesgada y partidista” que incurre además en “arbitrariedad”, proscrita por el art. 9.3 de la Constitución. De conformidad con el art. 5 PCEA, la empresa concesionaria sólo responde por “las instalaciones que conforman la infraestructura actual del servicio”, realizando los controles exigidos por la normativa vigente y “correspondiendo a la Corporación municipal el análisis del grifo del consumidor en tanto red interior, no equiparable a las redes de servicio”, a las que se limita la responsabilidad de la concesionaria. En consecuencia, se interesa la nulidad del antedicho Decreto y que se deje “sin efecto” el pronunciamiento sobre la responsabilidad de (...), S.A., de realizar el control en grifo del consumidor con cargo a la retribución que percibe por la gestión del servicio.

7. Mediante informe de 11 de junio de 2014, la Secretaría corporativa propone a la Alcaldía que eleve a la consideración de la Junta de Gobierno Local la interpretación del contrato de referencia en el sentido de que “corresponde al

concesionario del servicio realizar el control de la calidad del agua en el grifo del consumidor y la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos en los términos previstos actualmente en el R.D. 140/2003, de 7 de febrero; así como solicitar en su momento al Consejo Consultivo de Canarias el preceptivo dictamen al que se refiere el art. 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo.

El 11 de junio de 2014, el Alcalde formula propuesta de interpretación del contrato, de conformidad con lo informado por la Secretaría General.

El 17 de junio de 2014, la Junta de Gobierno Local adoptó los acuerdos de interpretar el contrato de referencia de conformidad con lo propuesto, acordando asimismo interesar el preceptivo dictamen de este Consejo a cuyo efecto facultó al Alcalde; y “notificar la presente Resolución al concesionario advirtiéndole que el plazo para resolver el recurso de reposición presentado y notificar la Resolución del mismo “permanecerá suspendido durante el tiempo que medie entre la petición del dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de Canarias y la recepción del mismo, procediéndose entonces a resolver el procedimiento”.

### III

1. Según la Propuesta de Acuerdo que formaliza la interpretación que se hace del contrato suscrito, aunque el concesionario considere que “no le corresponde el control en grifo del consumidor, en tanto red interior que no entra en su esfera competencial” y sea cierto que el concesionario no tiene encomendada la gestión de las redes interiores de abastecimiento de agua, por corresponder a los abonados del servicio, según el art. 5 PCEA el concesionario “debe realizar los análisis de la calidad del agua previstos en la normativa vigente, incluida la actual, porque la empresa concesionaria está obligada a adoptar cuantas medidas sean necesarias como garantía sanitaria de las aguas conforme a la reglamentación técnico-sanitaria establecida para el abastecimiento y control de calidad de las aguas potables de consumo público (sin excepción de ningún tipo concreto de análisis), incluyéndose en tal obligación la ejecución material de los análisis y controles de las aguas. A tal efecto, el PCEA deja claramente establecido que el concesionario debe “realizar todas las maniobras y funciones necesarias para la buena marcha del servicio” y con cargo a la retribución que tiene asignada (art. 25 PCEA).

Según el contrato suscrito el día 5 de abril de 1991, la concesión se adjudicó con arreglo a las condiciones recogidas en PCEA y, habría que añadir, con la propuesta licitadora relativa al control de la calidad del agua con arreglo a estas disposiciones y a la normativa técnico-sanitaria aplicable, por lo que le corresponde al concesionario del servicio realizar el control de la calidad del agua en el grifo del consumidor y la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos en los términos previstos actualmente en el R. D. 140/2003, de 7 de febrero.

Esta conclusión deriva a su vez de la consideración de que “el servicio de abastecimiento de agua potable se presta de forma indirecta a través de un concesionario, “por lo que le corresponde a este la tarea de realizar los controles y análisis correspondientes conforme a la normativa que establece los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano (...) sin excepción de ningún tipo de análisis en concreto, por lo que debe soportar con cargo a su retribución (art. 25 PCEA) el coste de los análisis que en esta materia la normativa posterior haya establecido o establezca en el futuro, toda vez que el contrato está sujeto a cualquier normativa en vigor que resulte de aplicación” (art. 44 PCEA).

2. Antes de entrar a analizar la cuestión sobre las que se solicita preceptivo parecer de este Consejo, debemos pararnos en sendas cuestiones formales, de interés menor pero que se han de poner de manifiesto a los efectos de la correcta y debida construcción del procedimiento.

La primera, es que estamos en presencia de una Propuesta de Acuerdo a adoptar de forma definitiva por la Junta de Gobierno Local, cuyo *Resuelve* es cuestionable en la medida que lo primero que debiera *resolverse* es justamente la duda interpretativa, de cuyo sentido se da cuenta ciertamente en los antecedentes y en los fundamentos pero no ha tenido acomodo en la parte dispositiva del Acuerdo. En efecto, el apartado primero del mencionado Acuerdo dispone la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, lo que debiera ser objeto del segundo de los apartados; el segundo, facultar al Presidente corporativo a solicitar el mencionado dictamen, lo que debiera ser el contenido del tercero de los apartados.

En segundo lugar, por el tercero de los acuerdos se dispuso “notificar la presente resolución a (...), S.A., advirtiéndole que el plazo para resolver el recurso de reposición presentado y notificar la resolución del mismo permanecerá suspendido durante el tiempo que medie entre la petición del dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de Canarias y la recepción del mismo, procediéndose entonces a resolver el procedimiento”.

En efecto, el concesionario presentó recurso de reposición contra el Decreto del Alcalde de 7 de marzo de 2014, inscrito con el número 307, que resolvía la duda interpretativa en el sentido de que "corresponde a (...), S.A., empresa concesionaria del servicio público (...), realizar los controles y análisis correspondientes (...) con cargo a la retribución que percibe por la gestión del servicio". El Alcalde interpretó el contrato y a tal efecto dictó el mencionado Decreto como si fuera la Resolución definitiva que hubiera debido resolver (por cierto, sin el previo dictamen de este Consejo) la mencionada duda interpretativa.

Se ha de recordar sin embargo que el inicial órgano de contratación, el Pleno, delegó en la Junta de Gobierno Local la competencia de gestión de contratos de servicios públicos de carácter plurianual, lo que significa que el Alcalde no era el competente para interpretar el contrato.

No obstante así lo hizo, y frente a tal acto el concesionario presentó recurso de reposición -que aún pende- que resulta suspendido por la Propuesta de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local que formaliza la propuesta interpretativa al amparo de lo dispuesto en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al margen de la improcedencia de la mencionada suspensión pende un procedimiento de recurso de reposición interpuesto en defensa de una determinada interpretación del contrato -a la que se opone la Administración- y también un incidente de interpretación contractual entre los mismos sujetos y con el mismo objeto, que deberá ser resuelto en todo caso por el órgano competente que es la Junta de Gobierno Local y no el Alcalde. Procedería revocar el antedicho Decreto, lo que no causaría perjuicio alguno al interés público ni al de terceros, en la medida en que el mismo asunto se halla ahora de forma correcta sometido a interpretación del órgano de contratación competente y al conocimiento de este Consejo Consultivo. Aunque la resolución de tal incidente privaría de objeto al antedicho recurso.

## IV

1. No podemos sino compartir la interpretación que el órgano de contratación ha hecho del PCEA y del contrato suscrito, tanto a la vista de su contenido como de la legislación en cada momento resulta de aplicación.

Debemos comenzar recordando que la propia empresa licitadora dispuso en su propuesta licitadora que disponía de los medios materiales y humanos para la

realización del control de calidad de las aguas distribuidas en el Municipio de Tegueste (...), control (...) que se realizará siempre conforme a la reglamentación técnico sanitaria para el abastecimiento y control de las aguas potables de consumo público”, lo que ha sido objeto, como se ha visto, de sucesivas normas reglamentarias recordándose a tal efecto que la cláusula décimo tercera del contrato suscrito disponía que el concesionario “se obligaba” al “cumplimiento estricto del pliego de condiciones económico administrativas (...) así como a todas las disposiciones legales vigentes al respecto y a las que se dicten en el futuro”

El art. 5 PCEA (no siendo ocioso dejar de señalar que tal precepto encabeza el capítulo II del mismo que lleva como título “Obligaciones del concesionario”) dispone que periódicamente se realizarán análisis de la calidad del agua, de acuerdo con lo preceptuado en el Reglamento técnico sanitario aprobado por R.D. 1423/1982, de 18 de junio (...) cuyos resultados se comunicarán al Ayuntamiento. Parece claro que la expresión “se realizarán” se refiere al concesionario -lo que significa en efecto que se trata de una de sus obligaciones- como se acredita por el hecho de que sus “resultados se comunicarán al Ayuntamiento”, lo que significa que se realizarán por el concesionario.

Ciertamente, el escrito de 1 de junio de 2012, del Director General de Salud Pública, dispone que “corresponde al Municipio que toda el agua de consumo humano (...) sea apta para el consumo, velar por el cumplimiento de las disposiciones de aplicación por parte de los gestores que intervengan en el abastecimiento a la población y efectuar el autocontrol en la gestión directa y el control en grifo del consumidor en cualquier caso”, de conformidad, se dice, con el art. 4 del R.D. 140/2003. Ahora bien, según el art. 4.3 del citado R.D. los Municipios, en efecto, “velarán por el cumplimiento de las obligaciones de los titulares de los establecimientos que desarrollen actividades comerciales o públicas en relación con lo que se señala en esta disposición” y a tal efecto les corresponde “el autocontrol de la calidad y el control en grifo del agua (...) cuando la gestión del abastecimiento sea de forma directa” (apartado 4) pero cuando la gestión del abastecimiento sea “indirecta”, el autocontrol de la calidad del agua de consumo humano es responsabilidad de los gestores”. Por ello, la afirmación de que corresponde a los Municipios el control en grifo del consumidor “en cualquier caso” no es del todo cierto, pues no es así cuando, como en este caso, estemos ante una gestión indirecta.



Abundaba en ello el ahora derogado R.D. 1423/1982, que atribuía a los Ayuntamientos la obligación de “asegurar el suministro de agua con garantía sanitaria”, sea que la prestación se haga “a través de sistemas de abastecimientos propios o concesiones o autorizaciones administrativas” (art. 15). Al respecto, se señalaba asimismo que debían disponer de un “servicio analítico de comprobación periódica de las características de potabilidad del agua, propio o contratado” (art. 25). Es decir, se distinguía entre la responsabilidad pública de la garantía sanitaria del agua y la ejecución material de los controles.

2. Por su parte, el actual y vigente R.D. 140/2003 atribuye a los Municipios la responsabilidad de asegurar que el agua sea apta para el consumo humano (art. 4.1), pero si la distribución es realizada por “un gestor o gestores distintos del Municipio, éste velará por el cumplimiento de este Real Decreto por parte de los mismos” (art. 4.2), lo que no significa que sea obligación del Ayuntamiento realizar los controles, sino que deberá velar para que tales controles se realicen. Es decir, que una cosa es la responsabilidad sanitaria y otra la obligación de realizar los controles sanitarios.

En efecto, el art. 4.4 del citado R.D. 140/2003 dispone que el autocontrol de la calidad y el control en grifo del agua será de los Municipios “cuando la gestión del abastecimiento sea de forma directa”, de modo que si la gestión fuera indirecta será “responsabilidad de los gestores” (art. 4.5).

En tal distribución de responsabilidades vuelve a insistir el art. 18 cuyo apartado primero dispone que el autocontrol de la calidad del agua “es responsabilidad del gestor (...) y velará para que uno o varios laboratorios realicen los análisis”, realizándose los controles “de conformidad con la supervisión de la autoridad sanitaria” (apartado tercero), “quien velará para que se realicen inspecciones sanitarias periódicas del abastecimiento” (art. 19).

En relación con ello, el art. 20.1 dispone que “el Municipio, o en su defecto otra entidad de ámbito local, tomará las medidas necesarias para garantizar la realización del control de agua en el grifo del consumidor y la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos”, lo que no significa que sea el Municipio el responsable de tal labor. De hecho, el art. 21.1 último párrafo dispone que la autoridad sanitaria “velará para que el gestor incremente la frecuencia de muestreo para aquellos parámetros que ésta considere oportunos”.

De conformidad con el R.D. 140/2003, tal obligación es del gestor del servicio que, conforme el PCEA y el contrato firmado, lo asumió con cargo a la retribución que percibe.

El Real Decreto citado no apunta solución contraria. De hecho, la disposición transitoria del mismo dispone que la autoridad sanitaria velará para que -en este caso sí- "la Administración local antes del 1 de enero de 2012 muestree el agua de consumo humano, en campañas periódicas, en locales, establecimientos públicos o privados y domicilios particulares, representativos de cada abastecimiento, contruidos con anterioridad a 1980 (...) ", lo que significa que con posterioridad a 1980, y a resultas de las normas reglamentarias de aplicación, tales obligaciones conciernen a los concesionarios, si así se hubiera contemplado en el PCEA y asumido por el contrato, lo que es el caso.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo por la que se procede a interpretar el contrato de explotación del servicio municipal de agua potable suscrito el día 5 de abril de 1991 entre el Ayuntamiento de Tegueste y (...), S.A., en lo que al control de la calidad de agua en el grifo del consumidor y a la elaboración periódica de un informe sobre los resultados obtenidos, en los términos previstos en el Pliego y contrato y en el R.D. 140/2003, de 7 de febrero, es conforme a Derecho.