



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 1 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución sobre la interpretación del contrato que rigió la licitación de E. en la parte referente al mantenimiento e inversión en infraestructuras de pluviales (EXP. 339/2015 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 31 de agosto de 2015 (registro de entrada de 1 de septiembre de 2015) por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la interpretación del contrato administrativo que rigió la licitación de E. en la parte referente al mantenimiento e inversión en las infraestructuras de pluviales del citado municipio.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 59.3 a), de carácter básico, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), y con el art. 97 ("Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos") del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la interpretación del contrato realizada por la Administración pública contratante.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

2. El 22 de julio de 2005, el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife acordó el cambio en el modo de gestión de los servicios públicos municipales estableciendo que se efectuaría a través de la modalidad indirecta, mediante una Sociedad Económica Mixta, siendo la empresa encargada de gestionar los servicios E., que pasaría a convertirse en una sociedad mixta tras la venta de 212 acciones del total de 224 en que se encuentra dividido su capital social. Mediante acuerdo de 29 de diciembre de 2005, la Junta de Gobierno, acordó adjudicar el concurso que decidía la selección del socio mayoritario de E. al grupo S.V., por lo que al contrato del que trae causa el presente procedimiento de interpretación le es aplicable la normativa citada en el anterior párrafo.

3. El art. 59 TRLCAP enumera las prerrogativas de la Administración Pública, entre las que se encuentra la de interpretar los contratos administrativos. Por otra parte, el art. 94 RGLCAP dispone que la ejecución de los contratos administrativos se desarrolle bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, sin perjuicio de las obligaciones contractuales del contratista.

4. El art. 97 RGLCAP determina cuáles han de ser las actuaciones a realizar en el expediente contradictorio para resolver las diferencias surgidas en la interpretación de los contratos: "1. Propuesta de la Administración o petición del contratista. 2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar, en ambos casos, en un plazo de cinco días hábiles. 3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior. 4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista".

II

1. Son antecedentes que resultan del expediente administrativo remitido los siguientes:

Primero.- El 12 de marzo de 2014, el Consejo Insular de Aguas de Tenerife (COIATF) solicita del Ayuntamiento implicado clarificar el modelo de colaboración interadministrativa en las intervenciones de apoyo que se requieran, particularmente, en relación con el mantenimiento y conservación de las obras e instalaciones acometidas por el COIATF, ya que de acuerdo con el convenio de colaboración se referiría únicamente a la implantación de las instalaciones sin que quepa extenderlo al mantenimiento y conservación de las mismas, entendiéndose el COIATF que el último cometido compete exclusivamente a la Corporación Local.

Segundo.- El 24 de abril de 2014, el Servicio de Gestión y Servicios Públicos emitió informe en el que considera que, en virtud del contrato existente adjudicado a E., le corresponde a esta empresa la gestión indirecta a través de la modalidad de empresa mixta, de acuerdo con el pliego de contratación firmado por la misma; y, con posterioridad, igualmente a "S.V." en su condición de socio mayoritario por la adquisición de acciones de dicho grupo. El citado informe concluye que incumbe a E. el mantenimiento y conservación de las rejillas receptoras de aguas pluviales.

Tercero.- El 30 de abril de 2015, se interpone contra el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife recurso de reposición de la entidad E., mediante el que se opone a la repetición del gasto ejecutado por la Corporación Local contra dicha entidad en relación con las obras consistentes en mejorar y resolver la recogida y canalización de aguas pluviales en la calle (...), al entender que no existe tal obligación por parte de dicha entidad según la interpretación que ésta realiza del contrato.

Cuarto.- En consecuencia, el 20 de julio de 2015, el órgano instructor del procedimiento propone que se inicie por parte de la Junta de Gobierno Local, ostentando la competencia como órgano de contratación, expediente relativo a la interpretación del contrato adjudicado a S., en lo referente al mantenimiento e inversión en la infraestructura de pluviales de la ciudad y en los siguientes términos:

«Le corresponde a E., como gestora del Ciclo Integral del Agua, el mantenimiento de la infraestructura de pluviales existente en la ciudad, tanto se encuentre individualizada como asociada a la red de canalización de aguas residuales, por estar incluidas ambas dentro del "Servicio de Alcantarillado", y sin derecho a compensación económica alguna.

Le corresponde tanto a E. como a S. invertir en la red de pluviales de la ciudad, en los términos y cantidades contenidas en el Plan de Inversiones que contenía la oferta S., y en virtud de la cual se adjudicó el contrato».

Quinto.- Por otra parte, obra en el expediente acuerdo adoptado el 17 de febrero de 2006 entre la Corporación Local y la empresa E. sobre la aprobación de la modificación de los Estatutos sociales de la citada entidad.

Sexto.- También existe certificado emitido por la Concejal-Secretaria de la Junta de Gobierno de la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, sobre el acuerdo relativo a la interpretación del contrato adoptado por la Junta de Gobierno local implicada, en sesión ordinaria celebrada el día 13 de julio de 2015, a efectos de incoación.

Séptimo.- En consecuencia, tras el trámite de audiencia otorgado a las empresas implicadas, E. presentó escrito de alegaciones en el que, en resumen, expuso lo que sigue:

“La Administración pretende la realización de obras que, si bien puede considerarse que se vinculan al buen funcionamiento de las aguas pluviales y que evidentemente están vinculadas al tratamiento de agua, lo cierto es que no pueden encuadrarse dentro del concepto de mantenimiento de obras de infraestructura propias del ciclo integral del agua, por las razones esgrimidas a lo largo del presente escrito.

Se trata de obras que son propias de infraestructura urbana que corresponden al Ayuntamiento tal y como se deriva de la propia definición de los trabajos a realizar con respeto a las señaladas obras que, sin perjuicio de remitirnos a los proyectos que para cada una se hayan redactado (...).

Claramente no se trata de obras de mantenimiento de la red de pluviales sino que son obras mediante las cuales la administración se está dotando de infraestructura urbana que, al margen de la relevancia que para el mejor tratamiento de la evacuación de las aguas pluviales pueda tener, no pueden ni siquiera calificarse como red separativa pluvial tratándose en todo caso de una infraestructura urbana con incidencia positiva en la señalada red.

La ejecución de las obras señaladas son competencia del Ayuntamiento y de todo lo analizado no puede llegarse a la conclusión de que sea a E. a la que corresponda dotar al Ayuntamiento de infraestructuras urbanas para llevar a cabo la gestión del servicio público que le ha sido encomendado (...).”

Igualmente lo hizo la entidad S., S.A.U., mediante escrito de 5 de agosto de 2015. Así, la referida entidad considera que es a E., en su caso, a quien le podría afectar el alcance contenido y límites de las obligaciones antes reseñadas, y no ésta.

Octavo.- La Propuesta de Resolución, por su parte, indica:

«(...) el procedimiento interpretativo promovido por esta administración afecta tanto a E. como a S.

La primera, a consecuencia de ser la gestora del ciclo integral de agua y estar obligada, en virtud de la oferta presentada en la licitación del contrato por parte de S., a ejecutar inversiones por valor de 165.000.000 euros en el Ciclo Integral del Agua de la Ciudad (CIA).

La segunda, por estar obligada en virtud de la oferta por ella presentada, a ejecutar un Plan de Inversiones a cargo del licitador por importe total de 45.177.144 euros (...).

La Propuesta de Resolución determina que el expediente de interpretación del contrato no tiene por objeto exigir a S. la ejecución de obra alguna concreta o importe mínimo a invertir en materia de pluviales, sino que reconozca que las infraestructuras vinculadas a la red de pluviales de la ciudad, al estar incluida dentro del objeto del contrato adjudicado a S. y por la cual esta pasó a convertirse en socio mayoritario de E., pertenece al objeto del contrato y por lo tanto S. puede y debe invertir en ella.

2. Por tanto, se ha dado cumplimiento al desarrollo procedimental que la normativa citada con anterioridad. Así, se ha observado lo dispuesto por el art. 97 RGLCAP, es decir, consta que la Corporación Local implicada ha manifestado su posición en relación con la interpretación del contrato, dando respuesta a las alegaciones formuladas por la entidad adjudicataria del servicio, tal y como exige el art. 89 LRJAP-PAC.

También obra en el expediente informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General Municipal Servicio de Fiscalización, de fechas 20 y 25 de agosto de 2015, respectivamente, ambas de carácter favorable a la interpretación realizada por la Corporación Local en la Propuesta de Resolución.

III

1. En el presente asunto, la Administración solicita que este Consejo Consultivo manifieste su posición respecto a la interpretación del contrato sobre el mantenimiento e inversión en las infraestructuras de pluviales de Santa Cruz de Tenerife.

2. En primer lugar, hemos de recordar que es el propio Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el que ostenta la prerrogativa de la interpretación del contrato y, en consecuencia, el que ha de resolver este procedimiento.

3. En segundo lugar, como ya se ha precisado, es función del Consejo Consultivo dictaminar sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la Propuesta de Resolución sometida a dictamen que en esta materia elabore la Corporación Local implicada, por lo que éste es el objeto del pronunciamiento de este Organismo.

La Administración está ejerciendo sus prerrogativas para interpretar las cláusulas del Pliego que rigió la licitación y los estatutos sociales de E., así como sobre lo que debe entenderse por Servicio de Alcantarillado y las funciones e infraestructuras que lo componen, particularmente.

En este sentido, se desprende del expediente que el objeto del contrato consistía en gestionar de manera indirecta, y, en particular, a través de una empresa de economía mixta que adoptará la forma de Sociedad Anónima, los servicios públicos municipales que actualmente se vienen prestando a través de gestión directa por "E.M.A.S.C.T., S.A." (E.) y que consisten, para el término municipal de Santa Cruz de Tenerife, en la captación, desalación, tratamiento, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, depuración y reutilización de aguas residuales, así como las actividades relacionadas con el ciclo integral del agua.

Por dicha razón, el Servicio Técnico entiende que dentro de los servicios públicos que componían la gestión del ciclo integral del agua y que se venían prestando por E. se encontraba el alcantarillado, lo que viene además corroborado por los arts. 5 y 7 del Pliego que rigió la citada licitación.

Por otra parte, tampoco se ignora que el último artículo citado prevé la subrogación de S. como adjudicataria del contrato en la posición que venía ostentando el Ayuntamiento con respecto a E. Además, el art. 8 del citado Pliego hace referencia a los derechos y obligaciones del adjudicatario del contrato que conforme a los Estatutos Sociales deriven de su condición de accionista mayoritario de la sociedad mixta; entre otros, la gestión de la empresa para conseguir una adecuada prestación de los servicios públicos relacionado con el ciclo integral de agua -incluido el alcantarillado- y la consecución de los fines de interés general así como transferir a la Sociedad el "know how" de su titular, obteniendo como compensación una partida equivalente al 5,5% sobre la cifra de negocios. La citada cifra para el ejercicio 2013 se estableció en 1.905.030 euros.

Siguiendo con el examen de los Estatutos Sociales se observa que, de acuerdo con su art. 3, el objeto del contrato de E. consiste en la prestación del servicio de alcantarillado; en particular, la letra b) del citado precepto establece que la prestación del Servicio de Saneamiento se llevará a cabo "realizando las tareas propias del mismo, como son la recogida y evacuación de aguas residuales y pluviales dentro del término municipal de Santa Cruz de Tenerife, la depuración de las mismas y reutilización".

Por tanto, de acuerdo con los citados preceptos cabría interpretar que el Servicio de Alcantarillado, que comprende la recogida y evacuación de aguas residuales y pluviales, es un Servicio que entra dentro del ámbito competencial de la empresa E.

Así mismo, el art. 9 prevé la siguiente obligación de E.:

“Mantener en buen estado de conservación, funcionamiento, limpieza e higiene las obras, equipos e instalaciones afectadas a los servicios, incluida las obras e instalaciones que se entreguen a la empresa mixta con posterioridad a la celebración del contrato, velando por su correcto funcionamiento, ejecutando a su costa las obras y actuaciones precisas para garantizar dichos fines”. El informe que analizamos, y que compartimos, relaciona dicho artículo con el art. 22.5 del Pliego que interpretamos y que indica: “la presentación de proposiciones presume la aceptación incondicional, por parte del licitador de que se trate, de la totalidad del contenido del presente Pliego (...)”.

Por consiguiente, según lo expuesto, resulta evidente que compete la realización del Servicio de Alcantarillado, a las entidades adjudicatarias del contrato.

4. Para entender lo que implica gestionar el Servicio de Alcantarillado, la Corporación Local implicada se remite oportunamente a la normativa vigente en el momento de celebración del contrato, el Plan Hidrológico Insular de Tenerife, aprobado en sesión del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, el 23 de diciembre de 1996, publicada con efectos el 18 de febrero de 1997, en el Boletín Oficial de Canarias nº 21 a 23, y a la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias.

De acuerdo con la normativa expuesta, el Plan Hidrológico comprende el saneamiento mediante el sistema de alcantarillado que, a su vez, lo integra la recogida de aguas pluviales y residuales, entre otros. Por tanto, se desprende de dichos preceptos que el propio Plan Hidrológico engloba como función del Servicio de Alcantarillado la recogida de aguas pluviales, siendo obligación de E., con arreglo al contrato por ésta asumido, gestionar oportunamente dicho Servicio.

El precitado Plan Hidrológico establece en sus normas las siguientes definiciones:

“Red de alcantarillado: conjunto de conducción o instalaciones que en el subsuelo de la población sirven para la evacuación de las aguas residuales y pluviales.

Aguas blancas o pluviales: aguas procedentes de drenajes o de escorrentía superficial.

Aguas residuales: conjunto de aguas que llevan elementos extraños por causas naturales o provocadas de forma directa o indirecta por la actividad humana”.

Por tanto, el propio Plan Hidrológico considera que la red de alcantarillado comprende las conducciones e instalaciones que sirven, tanto para la evacuación de aguas residuales, como pluviales bien sea de manera conjunta o diferenciada.

También indica que el sistema de alcantarillado comprende las funciones e infraestructuras asociadas con la recogida tanto de aguas pluviales como de aguas residuales. En definitiva, si bien existe dualidad del Servicio, en todo caso está implícito en él todas las funciones de infraestructuras asociadas con la recogida de aguas pluviales, correspondiendo el mantenimiento de dicha infraestructura a la empresa gestora del ciclo integral de agua, E.

Además, las ofertas en su día presentadas por S. y E. no admiten duda alguna respecto a su inversión en infraestructuras de pluviales. Por un lado, a S. le corresponde el cumplimiento de dicha oferta mediante el ejercicio de la obligación adquirida en su Plan de Inversiones de valor 45.177.144,00 euros, dentro de ellas cabría citar las “mejoras en la Explotación de la Red de Alcantarillado Plan Director de Saneamiento (...) S. (...) proporcionara las herramientas precisas y necesarias para adoptar una política coherente en la gestión del saneamiento, que garantice un adecuado diseño de la red para poder evacuar posibles lluvias (...)”. Asimismo, S. propuso en su oferta realizar una serie de actuaciones para garantizar el correcto funcionamiento de la red de residuales y de la evacuación de las pluviales. Por otro lado, E. también adquirió como obligación la de invertir en red pluviales.

Por tanto, S. y E., de acuerdo con la interpretación realizada por la Corporación Local, no pueden exonerarse de las obligaciones contractuales contraídas al ser las adjudicatarias del contrato.

5. Con relación a las alegaciones presentadas por E., las mismas fueron oportunamente atendidas por el órgano instructor. En efecto, sobre este particular la Propuesta de Resolución deja suficientemente claro que es competencia insular inventariar y catalogar los cauces, y que nada tiene que ver con el inventario presentado por E. que sí incluye las infraestructuras propias y exclusivas de las aguas pluviales; estas son, entre otras, los imbornales (se trata de rejillas metálicas que se encuentran en el suelo de las calles destinadas a recoger el agua de lluvia e introducirlo dentro de las conducciones que han de servir para su desagüe).

La Propuesta de Resolución también contesta a la segunda alegación realizada por la mencionada entidad relativa a la conservación y mantenimiento concerniente a la red de aguas residuales y pluviales (en su conjunto). Sobre la citada alegación, el órgano instructor reitera que el inventario sí incorpora infraestructura propia de las aguas pluviales.

6. Por todo lo expuesto, la determinación del ámbito del Servicio de Alcantarillado ha de interpretarse en el sentido de que incluye tanto las funciones destinadas a la recogida de aguas pluviales como de aguas residuales y las infraestructuras vinculadas a las mismas. En consecuencia, E., como gestora del ciclo integral de agua, es competente para realizar las funciones de dicho Servicio.

7. En definitiva, de acuerdo con la interpretación del contrato que realiza la Corporación Local, y en ejercicio de las prerrogativas que la normativa le reconoce, este Consejo coincide en que le corresponde a E., como gestora del ciclo integral del agua, el mantenimiento de la infraestructura de pluviales existente en la ciudad, tanto se encuentre individualizada como asociada a la red de canalización de aguas residuales, por estar incluidas ambas dentro del Servicio de Alcantarillado, y sin derecho a compensación económica alguna.

Con respecto a S., le corresponderá tanto a ésta como a E. invertir en la red de pluviales de la ciudad, en los términos y cantidad contenida en el Plan de Inversiones que contenía la oferta presentada por S., en virtud de la cual se le adjudicó el contrato.

CONCLUSIÓN

La interpretación del contrato sobre el mantenimiento e inversión en infraestructuras de pluviales realizada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se considera ajustada a Derecho.