



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

Por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Boecillo, se solicita de este Servicio de Asesoramiento Local informe jurídico sobre un escrito presentado ante el Ayuntamiento por la empresa concesionara del servicio integral del agua.

En concreto la empresa concesionaria del servicio del agua, solicita al Ayuntamiento lo siguiente:

- “- Poner fin a las relaciones contractuales existentes, autorizando a la empresa FCC AQUALIA, S.A., a dejar de forma efectiva de prestar el servicio a la mayor brevedad posible.*
- Acordar el emplazamiento de las partes para la suscripción del Acta de entrega del servicio comprobación de las instalaciones y entrega de las llaves”.*

Para la emisión del informe, el Ayuntamiento remite la siguiente documentación:

- Escrito del concesionario de fecha 26 de julio de 2018.
- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigieron la adjudicación del contrato de gestión de servicio público mediante concesión, del servicio público integral del abastecimiento del agua potable, agua de riego, alcantarillado y tratamiento y depuración de aguas residuales del Ayuntamiento de Boecillo.
- Correo electrónico de fecha 20 de agosto remitido desde Alcaldía al técnico de contratación del Ayuntamiento.
- Certificado de Acuerdo de Pleno nº 30/2017 de fecha 28 de agosto de 2017.
- Propuesta del técnico de contratación firmada con fecha 27 de agosto de 2018.
- Correo electrónico de fecha 30 de agosto remitido desde la Alcaldía al técnico de contratación.

De la lectura de la documentación enviada a este Servicio, extraemos los siguientes antecedentes que resultan de interés a los efectos de emitir este informe:

- 1) El 10 de abril de 2007 se procedió a la formalización del contrato de concesión para la gestión indirecta del servicio público integral de abastecimiento de agua potable, agua de riego, alcantarillado y tratamiento y depuración de aguas residuales del Ayuntamiento, entre FCC AQUALIA y el Ayuntamiento de Boecillo. El plazo de duración del mismo era de cinco años, prorrogables por periodos de otros cinco años hasta un total de veinticinco años, salvo denuncia de una de las partes manifestado a la otra con una antelación mínima de seis meses a la finalización del periodo contractual o cualquiera de sus prórrogas.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

- 2) Las partes dan por fecha en la que se extinguía inicialmente el contrato la de 1 de septiembre de 2012.
- 3) El Ayuntamiento y el concesionario, en cumplimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigieron la concesión, pactaron una prórroga de cinco años que terminaba el 1 de septiembre de 2017.
- 4) El 16 de noviembre de 2016, el Ayuntamiento acuerda en Pleno su intención de no prorrogar más el contrato de gestión del servicio del ciclo integral del agua a la fecha del fin de la primera prórroga, por lo que el contrato quedaría extinguido el 1 de septiembre de 2017.
- 5) No obstante lo anterior, el 28 de agosto de 2017 (tres días antes de finalizar la prórroga) el Ayuntamiento adopta un nuevo acuerdo de Pleno (Acuerdo 30/2017), en el que pone de manifiesto que aunque el Pleno del 16 de noviembre de 2016 acordó no prorrogar el contrato más allá de la última prórroga, y que por tanto el contrato se extinguía el 1 de septiembre de 2017, *“...No obstante, es previsible que en la citada fecha no se haya formalizado el nuevo contrato de concesión, cuya preparación se está desarrollando actualmente por este Ayuntamiento..”*. Es por ello que el Pleno acuerda *“Ordenar a la mercantil FCC AQUALIA.....que continúe la prestación de los servicios objeto de la concesión, en los términos establecidos en la documentación contractual, **durante el plazo necesario para que el Ayuntamiento proceda a seleccionar al concesionario de los servicios del ciclo integral del agua en la forma legalmente establecida y con el límite temporal establecido en la cláusula 45 del Pliego de Cláusulas Administrativas**”*.
- 6) En base a este acuerdo, el concesionario ha seguido prestando el servicio de agua desde el 1 de septiembre de 2017 hasta la actualidad.
- 7) Es en este contexto cuando el concesionario presenta el escrito de fecha 26 de julio de 2018, donde indica que transcurrido aproximadamente un año desde que se hubiese finalizado la prórroga, FCC Aqualia permanece prestando el servicio de abastecimiento, alcantarillado y depuración de aguas residuales, como ellos califican *“en precario, en contra de lo establecido en la vigente Ley de Contratos del Sector Público en cuyo artículo 29.4 en el que se establece que una vez finalizado el plazo contractual sólo se puede prorrogar el contrato hasta una nueva licitación por un periodo de nueve meses*. El concesionario en este último escrito solicita poner fin a las relaciones contractuales existentes autorizando a la empresa a dejar de forma efectiva de prestar el servicio a la mayor brevedad posible y acordar el emplazamiento de las partes para la suscripción del acta de entrega del servicio, comprobación de las instalaciones y entrega de las llaves.

En base a estos antecedentes, el Ayuntamiento solicita que se emita informe sobre dos cuestiones:

*“Si la resolución del acuerdo de Pleno nº 30/2017 de fecha 28 de agosto de 2017 serviría para dar continuidad al servicio del agua hasta que exista un nuevo concesionario.*

*Informar sobre el procedimiento a seguir en este punto de la tramitación del expediente”*.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

La legislación aplicable a este supuesto es por un lado, la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL) y el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).

Desde el punto de vista de la legislación contractual y dado los cambios legislativos que se han producido, es necesario determinar la normativa aplicable a este supuesto. En este caso, es de aplicación el 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 (en adelante TRLCAP), ya que fue la normativa en base a la que se adjudicó el contrato en cuestión, ya que la Disposición transitoria primera de la actual Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, en lo que ahora interesa, establece que *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas por la normativa anterior”*. Por tanto, y puesto que la cuestión afecta precisamente al cumplimiento y extinción del contrato, duración y régimen de prórrogas, es de aplicación el TRLCAP del año 2000.

Una vez determinada la legislación aplicable vamos a responder a las dos cuestiones planteadas con los razonamientos que se exponen a continuación.

**PRIMERA CUESTIÓN: “Si la resolución del acuerdo de Pleno nº 30/2017 de fecha 28 de agosto de 2017 servirá para dar continuidad al servicio del agua hasta que exista un nuevo concesionario.**

Para contestar a esta cuestión es necesario tener en cuenta los siguientes argumentos:

PRIMERO. Como se ha indicado anteriormente, el contrato se adjudicó el 5 de marzo de 2007, bajo la vigencia del TRLCAP del año 2000, siendo ésta la normativa aplicable. En consecuencia no es de aplicación a este contrato el art. 29.4 último párrafo de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al que alude el concesionario en su solicitud, que regula como novedad para evitar prolongaciones irregulares de contratos, que si al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista, podrá prorrogarse el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que concurren razones de interés público y siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario. Por tanto, el concesionario no puede argumentar que el Ayuntamiento ha infringido este precepto, puesto que por el momento temporal, no es aplicable a este contrato de gestión del agua.

SEGUNDO. Se considera que actualmente el contrato no está en situación de prórroga, ni expresa, ni tácita, ya que la prórroga finalizó el 1 de septiembre de 2017, tal y como queda acreditado de la documentación aportada. El Ayuntamiento en fecha 16 de noviembre de 2016, manifiesta su intención de no prorrogar el contrato y en el acuerdo de 28 de agosto de 2017, se pone de manifiesto que el contrato queda extinguido el 1 de septiembre de 2017. El que se haya venido continuando la prestación del servicio, no viene amparada en una situación de prórroga, sino en una orden unilateral del Ayuntamiento mediante la que éste impone al concesionario la continuidad del



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

servicio en cumplimiento de la cláusula 45.2 del Pliego, que a estos efectos indica: *”Durante la totalidad o parte del citado plazo (la cláusula está haciendo referencia al plazo de garantía) puede ser el concesionario obligado unilateralmente por el Ayuntamiento a continuar la prestación en las condiciones señaladas en la concesión”*.

Las prórrogas tácitas se venían admitiendo en la Ley de Contratos del Estado de 1965 e inicialmente en la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), pero ha sido doctrina constante de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, una vez que se aprobó la Ley 53/1999 de 28 de noviembre que modificó el art. 68.1 de la LCAP, para establecer la obligatoriedad de las prórrogas expresas, no cabían las prórrogas tácitas ni siquiera en los contratos anteriores a la modificación. En el caso planteado por el Ayuntamiento, ninguna de las partes quiere continuar con el contrato a partir del 1 de septiembre de 2017, por tanto, no estamos ante un supuesto de prórroga tácita ni de prórroga expresa.

Nos encontramos ante un contrato extinguido, en el que se ha obligado al concesionario a continuar asumiendo la explotación del servicio, cuando ha concluido legalmente su concesión. La obligación se ampara en una cláusula del PCAP que es la ley del contrato, conocida por todos los licitadores cuando participaron en la licitación.

**TERCERO. La continuidad y la regularidad** de la prestación de un servicio es básica y ha sido una constante en nuestra legislación, y en doctrina y jurisprudencia, máxime en un servicio público como es el servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado que son **servicios mínimos obligatorios** del art. 26 LBRL. Y aunque es cierto que, una vez extinguido el contrato, el Ayuntamiento puede asumir la gestión directa del servicio, es necesario que se cumplan con los requisitos básicos para que el servicio pueda ser prestado directamente por la Administración, ya que desde la modificación de la LBRL por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad (LARSAL), es necesario justificar que la elección de la forma de gestión del servicio público, es la más eficiente y sostenible de las alternativas existentes. Por tanto, es necesario para acudir a la gestión directa que ésta sea más eficiente y sostenible que la gestión indirecta.

Si esto no es así o el Ayuntamiento carece de medios para la gestión directa, no hay más alternativa que obligar al concesionario a continuar con la prestación del servicio hasta que se disponga de un nuevo concesionario, en base a los principios de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos contenidos en los artículos 128.1 y 127.1 1º del RSCL y en el art. 161 a) del TRLCAP.

Los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado son servicios mínimos obligatorios, y por tanto **la continuidad del servicio y la imposibilidad de prestarlo directamente si el Ayuntamiento no tiene medios para la gestión directa, son razones de interés público** que amparan la decisión del Ayuntamiento de ordenar al concesionario existente continuar con la prestación del servicio, sin perjuicio, por supuesto de las indemnizaciones o compensaciones que procedan después al concesionario por el servicio prestado a través de esta orden unilateral.

No obstante, ello no quiere decir que la regularidad y la continuidad en la prestación sean un pretexto que oculte un falseamiento en las reglas de la competencia. En este sentido resulta muy interesante el Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón 98/2010 de 29 de septiembre, que alude



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### Servicio de Asesoramiento Local

a la posible continuación de la prestación del servicio una vez se ha extinguido éste, **pero destaca su carácter excepcional y la necesidad de que exista una imperiosa razón orden público como es la continuidad en la prestación del servicio público.**

Así el Dictamen indicado establece que la extinción del contrato y la reversión de los bienes e instalaciones a su Administración titular, se producen ipso iure por imperio de la Ley, al término de la duración pactada, lo que no quita que para hacer valer dicho efecto extintivo deba tramitarse un procedimiento, con audiencia del contratista, conducente a dicha extinción, la cual, “exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo (art. 111.2 LCAP). El Dictamen mencionado se pronuncia a favor de la continuación del servicio **“en tanto no se produzca éste, puede excepcionalmente continuar el contratista en la prestación del servicio por una imperiosa razón de orden público, como lo es la continuidad en la prestación del servicio público (ver la previsión de este principio en los arts. 161. A y 243.b TRLCAP, arts. 229. B y 256.a LCSP...) y sin perjuicio de que, por ser la competencia irrenunciable (art. 12 LRJAP) y estar tanto Administración como ciudadanos obligados a someterse a todos los contenidos del ordenamiento (art. 9.1 CE), no pueda abstenerse lícitamente el Ayuntamiento de incoar y resolver el expediente tendente a la extinción del contrato, y que lo haga, además, en la brevedad del plazo que resulte congruente y racionalmente posible y al objeto de evitar que pueda interpretarse la existencia de una tácita y nueva adjudicación al mismo contratista con ausencia o alejamiento de las directrices, principios, y criterios establecidos en la normativa comunitaria”.**

Como indica también el profesor de Derecho Administrativo Vincenç Aguado i Cudolá de la Universidad de Barcelona, en su ponencia sobre “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos”, recogida en el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna los días 3 y 4 de febrero de 2017, “..debe por tanto, existir una **razón imperiosa de interés general para continuar de forma excepcional la prestación del contrato que el dictamen** (se refiere al dictamen del Consejo Consultivo de Aragón mencionado más arriba), **identifica con la continuidad en la prestación del servicio público. Sería conveniente, sin embargo, que se explicitara cuál es la repercusión concreta que se produce en el servicio público, así como se hiciera constar documentalmente la ausencia de alternativas válidas para continuar prestando el servicio por otros medios, incluso lo propios de los que dispone la Administración pública”.**

Es decir, de lo expuesto anteriormente se deduce que esta decisión u orden unilateral de obligar al actual concesionario a continuar con la prestación del servicio, debe basarse en razones de interés público, como son los perjuicios que pueden causarse a la población si no se presta un servicio mínimo obligatorio como es el agua ante la ausencia de medios para prestarlo de modo directo. Algo que debería quedar acreditado en el expediente.

En todo caso, además de continuar con el servicio, **es necesario, que la Administración inmediatamente inicie el expediente de contratación**, de tal modo que la continuidad del servicio no pueda servir de pretexto que dé cobertura a situaciones irregulares y transitorias que se prolongan indefinidamente en el tiempo. Es un expediente al que debe darse preferencia.

El Ayuntamiento pregunta si el Acuerdo adoptado el 28 de agosto de 2017 serviría para dar continuidad al servicio del agua. Este Servicio, como se ha indicado más arriba, **considera que al**



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

**margen del acuerdo del Pleno, hay razones de interés público que determinan que cabe ordenar unilateralmente al concesionario la continuación en la prestación del servicio.** Es preciso contestar al escrito del concesionario de fecha 26 de julio de 2018, dando nueva orden de continuación en la prestación del servicio basada en los principios de continuidad y regularidad expuestos anteriormente, hasta que se disponga de nuevo concesionario para garantizar la continuidad de un servicio mínimo obligatorio, y sin perjuicio como se ha dicho de las compensaciones que procedan derivadas de esta orden unilateral.

Se considera conveniente dar nueva orden expresa en base a estos principios, porque la orden dada el 28 de agosto de 2017, se basa en la cláusula 45.2 del pliego indica que: *“Durante la totalidad o parte del citado plazo (la cláusula está haciendo referencia al plazo de garantía) puede ser el concesionario obligado unilateralmente por el Ayuntamiento a continuar la prestación en las condiciones señaladas en la concesión”*. Es decir, que la orden dada por el Ayuntamiento limita la aplicación de la orden al plazo de un año correspondiente al plazo de garantía.

Con respecto al cómputo de este plazo de un año del plazo de garantía, puede que exista cierta contradicción entre dos cláusulas del pliego, en concreto, entre la cláusula 45 y la cláusula 44 del pliego.

En concreto, la cláusula 45 (que es en la que se basa la orden dictada) indica que el plazo de garantía es de un año y se cuenta a partir de la fecha de expiración del contrato, y por tanto el 1 de septiembre de 2018 habría terminado este plazo y por tanto el límite temporal de la orden dada en agosto de 2017 también habría terminado.

En cambio, la cláusula 44 que se llama *“Expiración del contrato y reversión de las instalaciones”*, establece que a la expiración del contrato, la obra civil e instalaciones de los servicios serán devueltas al Ayuntamiento en perfecto estado de modo gratuito. Además la cláusula prevé que a estos efectos y con seis meses de antelación a la fecha en la que el contrato deba concluir, el Ayuntamiento debe designar un Técnico que vigilará la conservación de las instalaciones e informará a la Corporación sobre las reparaciones y reposiciones necesarias para mantenerlas, y regula que: *“Las mejoras y nuevas instalaciones realizadas, y los materiales invertidos, revertirán así mismo la Ayuntamiento, sin derecho alguno por parte del concesionario a indemnización económica. A partir de ese momento comenzará a contarse el plazo de garantía a que se refiere el presente Pliego”*. Por tanto, esta cláusula refiere el inicio del periodo de garantía a la reversión de las instalaciones. La reversión se produce ipso iure por transcurso del tiempo, pero como indicaba el Dictamen de Aragón, para hacer valer su efecto extintivo, debe realizarse un procedimiento con audiencia del interesado, que estaba regulado en el pliego y que aún no se ha llevado a cabo lo que puede también argumentarse que el plazo de garantía aún no ha comenzado.

Es por eso que puesto que la orden se basaba en una cláusula del pliego cuya interpretación puede ser dudosa, nos parece más prudente, dar nueva orden al concesionario basada en los principios de regularidad y continuidad, fuera del ámbito de la cláusula 45 del pliego, orden que es correcta por las razones de interés público mencionadas hasta que se seleccione nuevo concesionario, cuestión que deberá realizarse con la mayor celeridad posible y justificando la imposibilidad de prestar el servicio de forma directa.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

En este punto es importante determinar que el Ayuntamiento, en paralelo a la selección del nuevo concesionario, debe iniciar el expediente de reversión del servicio sin más demora, puesto que el contrato está extinguido y el concesionario lo ha solicitado en dos ocasiones. El retraso en la reversión del servicio, puede provocar daños al concesionario que pueden originar responsabilidad al Ayuntamiento.

### **SEGUNDA CUESTIÓN: “Informar sobre el procedimiento a seguir en este punto de la tramitación del expediente”.**

Como ya hemos ido indicando en la cuestión anterior, en primer lugar, será necesario comunicar al concesionario que se le ordena unilateralmente en base a los principios de continuidad y regularidad a continuar en la prestación del servicio.

En segundo lugar, será necesario iniciar ya el expediente de contratación del servicio de agua, sin más demora, en el caso de que el Ayuntamiento no desee optar por la gestión directa del servicio, bien por insuficiencia de medios, bien por no ser la opción más eficiente y sostenible.

Por otra parte, el Ayuntamiento, en paralelo, tiene que iniciar dos expedientes, uno conducente a la reversión de las instalaciones y otro posterior conducente a la liquidación del contrato.

Muy interesante es el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 28 de octubre de 2015 relativo a las diferencias entre la reversión de los contratos de gestión de servicio público y su liquidación, y ello porque conceptúa bien los momentos de la extinción de los contratos de gestión de servicios públicos. Aunque este informe hace referencia a un contrato al amparo de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, el mismo informe indica que son aplicables a la regulación contenida en el TRLCAP que es el texto legal vigente en el supuesto del contrato del Ayuntamiento de Boecillo.

Este informe de la Intervención de la Comunidad de Madrid se ampara en el Informe 6/2000 de 30 de noviembre de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid, para determinar que el TRLCAP no regula expresamente la liquidación para el contrato de gestión de servicios públicos, pero que sí que debe llevarse a cabo, como expediente distinto al de reversión, porque pueden producirse situaciones en las que el beneficio de los que le corresponde a alguna de las partes o la determinación de los importes que deba percibir el adjudicatario, sólo pueden realizarse a la extinción del contrato. Además, puesto que el art.47 del TRLCAP (precepto que se aplica a todos los contratos), cuando regula la devolución de la garantía, indica que “*Aprobada la liquidación del contrato...*” se llega a la conclusión de que la liquidación en los contratos de gestión de servicios públicos también es necesaria.

Por lo que respecta a si el acto formal de reversión es equivalente a la liquidación, la Intervención General de la Comunidad de Madrid entiende que no. Y hace una didáctica exposición de la diferencia entre ambos.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

La finalización de los contratos de gestión de servicios públicos, genera una serie de efectos, entre los que se encuentra la reversión del servicio, que tiene lugar por el transcurso del plazo contractual y tiene como consecuencia el deber del concesionario de entregar las obras e instalaciones. Por tanto la reversión se configura como un acto administrativo que comprende, por una parte, la verificación o comprobación de los bienes e instalaciones que deba entregar el contratista y que se encuentran en estado de ser recibidos, y por otra parte es una declaración de voluntad de la Administración por la que se dan por recibidos los bienes e instalaciones. Además la reversión está sujeta a un requisito de carácter formal, como es su constancia en un acta.

En cambio la liquidación del contrato es otra consecuencia de la extinción del mismo, y su finalidad es el abono en su caso de los saldos resultantes. Se trata de una restitución una vez finalizado el contrato, del total de las cantidades debidas a cada una de las partes por la otra derivada de la relación jurídica contractual. Es una obligación de la Administración y un derecho del contratista.

De lo expuesto se concluye que aunque la orden unilateral de continuar el servicio pueda estar amparada en razones de interés público y en la continuidad de un servicio mínimo obligatorio y en el gran perjuicio que pudiera suponer que el actual concesionario dejara el servicio y el Ayuntamiento no dispusiera de medios para llevar a cabo la gestión directa, ello no puede amparar prolongaciones indefinidas y fraudulentas de esta situación. Por eso el Ayuntamiento ha de iniciar de inmediato el expediente de contratación, así como proceder sin más demora a iniciar también la reversión del servicio, para posteriormente proceder a la liquidación del contrato.

Por ello como conclusión se puede entender que mientras no se disponga de nuevo concesionario, se podrá ordenar unilateralmente la continuación de la prestación por el actual concesionario siempre y cuando se justifiquen los extremos indicados en este informe y se realicen las actuaciones expuestas sin perjuicio de abonarle al concesionario las compensaciones que procedan.

Se emite el presente informe sin perjuicio de otro de mejor criterio fundado en mejor derecho.

Valladolid, a 27 de septiembre de 2018

LA TÉCNICO

Fdo.: Patricia Ares Falcó