

**Informe 18/97, de 14 de julio de 1997. "Diversas cuestiones relacionadas con la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento en el ámbito de un contrato de gestión de servicios públicos".**

## **2.1. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales.**

### **ANTECEDENTES.**

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Carballiño (Orense) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

*"El Ayuntamiento de O Carballiño en el año 1.990 licitó la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento, resultando adjudicataria la empresa AQUAGEST.*

*En la actualidad está vigente un contrato de gestión de tales servicios hasta el año 2003 y contiene cláusula expresa de prórroga tácita cada dos años, sin derecho a indemnización para la empresa en caso de rescisión por el Ayuntamiento.*

*Sin embargo los términos de la licitación no fueron muy acertados, toda vez que el Ayuntamiento viene asumiendo y acumulando una deuda con dicha empresa que año tras año se va incrementando hasta llegar a los 90 millones.*

*Por otra parte resulta urente acometer una serie de obras en abastecimiento y saneamiento en las redes correspondientes. Por una u otra cosa, el Ayuntamiento no tiene recursos económicos porque:*

- 1) La deuda interior si se solicitase un préstamo superaría el 25%.*
- 2) Las obras en infraestructuras básicas han de acometerse en el menor tiempo posible.*

*Es decir, surgen servicios y trabajos complementarios que no figuran en las bases de licitación y en el contrato, pero que resulta necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas. Unos y otros son inseparables técnica y económicamente del contrato principal sin causar mayores inconvenientes al Ayuntamiento.*

*Por todo ello, se formula, en base a estos datos, los siguientes extremos:*

- a) ¿Es posible acordar por el Pleno, sin esperar a la fecha límite contractual del año 2.003) (aunque estén convenidas la prórrogas tácitas, sin indemnización alguna en caso de denuncia) una prórroga expresa contractual?*

*En este caso ambas partes estudiarían el tiempo necesario para que la Empresa compense en su gestión prolongada, tanto el crédito que tiene contra el Ayuntamiento derivado de la gestión hasta el día de hoy, como el importe de obras a realizar, a cargo de la Empresa, en las de infraestructuras necesarias y urgentes para los servicios que presta.*

- ¿En caso afirmativo hasta que límite de años?*

*b) En caso afirmativo puede efectuarse un contrato complementario, siguiendo criterios del art. 164.1) y 2) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre modificaciones y equilibrio financiero.*

*c) De no ser posible convenir esta prórroga, el Ayuntamiento tendría que rescindir el contrato actual e indemnizar los daños y perjuicios a la empresa Aquagest, de mutuo acuerdo.*

*¿Se podría iniciar nueva licitación pública, introduciendo en las Bases una que exigiese al adjudicatario, entre otras prestaciones:*

*- Entrega al Ayuntamiento de una suma equivalente a la deuda con Aquagest, más la indemnización por daños y perjuicios derivados de la resolución anticipada convenida.*

*- Aportar al Ayuntamiento o contraer la obligación de ejecución de las obras urgentes en infraestructuras de los citados servicios de abastecimiento de aguas, según estudios y Proyectos".*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas ha de significarse que el único elemento de juicio con que cuenta esta Junta Consultiva para emitir el informe solicitado es el escrito firmado por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Carballiño, pues ni ha sido remitido el pliego de cláusulas de explotación, término utilizado por la Ley de Contratos del Estado bajo cuyo régimen se celebró el contrato, ni el documento de formalización del contrato, documentos esenciales definidores de los derechos y obligaciones de las partes y, con fundamento a los cuales, habría que resolver las cuestiones concretas suscitadas.

Por otra parte, también con carácter previo, deben ser reiterados criterios anteriores de esta Junta, sobre el alcance y significado de sus informes, pues caracterizada la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa, en el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la circunstancia de que el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, después de enumerar los órganos que pueden solicitar informe a la Junta, afirme que "igualmente podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades Locales", no autoriza a interpretar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene a sustituir la competencia de órganos consultivos propios -en este caso del Ayuntamiento de Carballiño- en la tramitación de los expedientes concretos de contratación, pues así lo ha puesto de relieve el informe de esta Junta de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 62/96) y así resulta del Preámbulo del citado Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, en el cual se justifica la posibilidad de que Comunidades Autónomas y Entidades Locales puedan solicitar informe a la Junta, posibilidad inexistente en la regulación anterior de la propia Junta, en ser una "consecuencia del principio de colaboración entre las Administraciones Públicas que puede hacerse especialmente conveniente en razón a las especificidades técnicas de la normativa básica del Estado en materia de contratos administrativos", cosa muy distinta a convertir a la Junta Consultiva en el órgano

informante de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en las cuestiones concretas que se planteen en sus expedientes de contratación.

En este apartado, por último hay que significar que tanto la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la derogada Ley de Contratos del Estado atribuyen una importancia decisiva en la regulación del contrato de gestión de servicio público a las disposiciones específicas del propio servicio, por lo que si la Comunidad Autónoma de Galicia ha promulgado normas sobre el servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento, objeto del contrato adjudicado por el Ayuntamiento de Carballiño, en estas normas podrán encontrarse, quizá, soluciones concretas a los extremos planteados.

**2.** Con las salvedades reseñadas, se pasa examinar, en términos generales, los extremos suscitados en el escrito de consulta, comenzando por el relativo a la posible prórroga, mejor ampliación del plazo de concesión, del contrato adjudicado el año 1990 por el Ayuntamiento de Carballiño a favor de la empresa Aquagest.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 164, literalmente casi idéntico en estos extremos al artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado, que resultaría aplicable, señala que la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios añadiendo que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básico en la adjudicación del contrato.

Al amparo de este artículo y siempre que se cumpla lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado expresivo de que la gestión del servicio público no podrá tener carácter perpetuo o indefinido fijándose expresamente su duración y las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que en ningún caso pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de noventa y nueve años es evidente que el contrato que en teoría se examina podrá ser modificado en el sentido de ampliar el plazo de la concesión, siempre, como es evidente que no resulte otra cosa del pliego o clausulado del contrato y de las posibles disposiciones de la Comunidad Autónoma de Galicia relativas al abastecimiento de aguas y saneamiento.

La solución propugnada -la posible modificación del contrato- ha de articularse como tal modificación, por lo que debe excluirse la celebración de un contrato complementario, al que se alude en el apartado b) del escrito de consulta.

**3.** En cuanto a la posibilidad consignada en el apartado c) del escrito de consulta en el sentido de que el Ayuntamiento tendría que rescindir el contrato actual e indemnizar los daños y perjuicios a la empresa Aquagest, de mutuo acuerdo, hay que señalar que si bien esta posibilidad resultaría factible al amparo del artículo 166 del Reglamento General de Contratación del Estado, la resolución por mutuo acuerdo queda excluida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que exige que no concurra otra causa de resolución (artículo 113.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), dado que aquí concurriría el incumplimiento por la Administración y sería posible al contratista instar la resolución con los efectos reseñados, es decir, indemnización al mismo de los daños y perjuicios ocasionados.

4. En cuanto a las posibilidades señaladas en la última parte del escrito de consulta, iniciar nueva licitación exigiendo la aportación de determinadas cantidades debemos remitirnos a nuestro anterior informe de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95) en el que literalmente se afirmaba:

*"No resultan necesarias extensas consideraciones para afirmar que las llamadas "prima de adjudicación" y "aportaciones voluntarias en metálico" constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos, si, como se afirma en el escrito de consulta, la mayor prima de adjudicación y la mayor aportación voluntaria se convierten en elementos determinantes a la hora de seleccionar las ofertas y se establece un mínimo para la llamada aportación voluntaria.*

*Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación sin que puedan ser alteradas por primas o aportaciones a satisfacer por el adjudicatario, lo que en realidad puede lindar con actividades delictivas y, en todo caso, suponen una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos inherentes a la contratación que en todo momento deben ser aplicados con estricta rigurosidad por las Administraciones Públicas.*

*En cualquier caso, a mayor abundamiento, conviene señalar que tampoco podría admitirse las fórmulas propuestas como medio de financiación de las Entidades Locales, ya que deben considerarse irregulares, teniendo en cuenta lo dispuesto en las disposiciones reguladoras de dicha financiación".*

## **CONCLUSIONES.**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que al no haberse remitido los pliegos ni las cláusulas contractuales del contrato adjudicado a la empresa Aquagest por el Ayuntamiento de Carballiño en el año 1990, faltan elementos de juicio para poder opinar sobre las cuestiones planteadas.
2. No obstante lo anterior, con carácter general, debe admitirse la posibilidad de modificación y resolución de un contrato de gestión de servicios públicos siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la anterior legislación de contratos del Estado, aplicable por razón de la fecha de adjudicación, y las disposiciones específicas del servicio de agua potable y saneamiento, entre ellas, las que haya podido adoptar la Comunidad Autónoma de Galicia.
3. Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95).