



**ASUNTO: CONTRATACIÓN
RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO
PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA**

152/10

FC

INFORME

I. HECHOS.ANTECEDENTES

Los aportados por el Ayuntamiento obrantes en nuestro expediente

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP)
- RD Legislativo 2/2000, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (TRLCAP)
- RD 1098/2001, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC)

III. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO. Normativa aplicable.-Conforme al epígrafe segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.*”. Siendo que el contrato en cuestión fue adjudicado en ____ de 2006, mediante



acuerdo de pleno corporativo del día 26, las posibles causas de resolución del mismo y la tramitación de este expediente habrá que analizarlas a la luz del RD legislativo 2/2000, por cuanto la Ley 20/2007 entró en vigor en abril de 2008.

SEGUNDO. Causas de resolución del contrato.-La Comisión de Seguimiento y Servicio constituida en el Ayuntamiento de _____, por preverla el Pliego de Cláusulas que rigen en este contrato, argumenta los siguientes incumplimientos contractuales:

- 1.-*Falta o incumplimiento en la normativa sanitaria de la calidad de las aguas.*
- 2.-*Falta o incumplimiento en la normativa sanitaria:Vertidos residuales sin depurar.*
- 3.-*Falta o incumplimiento del contrato por resistencia o negativa al ejercicio de la función fiscalizadora y contratante en la valoración del estudio de tarifas.*
- 4.-*Falta o incumplimiento del contrato por alteración unilateral de las condiciones del Pliego de Cláusulas.*

Dado que no es función de este Servicio de Asesoramiento y Asistencia a las EE.LL. -Oficialía Mayor, la comprobación de la virtualidad de los incumplimientos esgrimidos por el Ayuntamiento, por cuanto, entre otras razones, se trata en a mayoría de los casos de cuestiones puramente técnicas, y dado así mismo que en la citada comisión existen representantes del consorcio Promedio, nos limitaremos en el presente informe a analizar desde el estricto punto de vista jurídico la posibilidad o no de acudir a la resolución del contrato, sus efectos y procedimiento a seguir, así como un breve análisis de las posibles consecuencias de una resolución del contrato que sea declarada en sede judicial como no ajustada a derecho.

TERCERO. Consecuencias del incumplimiento del contratista.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 del TRLCAP "*Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase **perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público** y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la **intervención** del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.*" Como observamos, dadas las fechas en las que al parecer se vienen produciendo estos incumplimientos, el Ayuntamiento, salvo que opte por la resolución del contrato, siempre podrá acordar la intervención del servicio cuando tales incumplimientos produzcan en el servicio público una perturbación grave y no reparable por otros medios.



CUARTO. Causas de resolución del contrato. Secuestro de la concesión.-Con carácter general el artículo 111 del TRLCAP establece las siguientes causas de resolución de los contratos administrativos:

- a. *La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.*
- b. *La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
- c. *El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*
- d. *La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo.*
- e. *La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 7 1.2, letra d.*
- f. *La falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses, conforme al artículo 99.6.*
- g. *El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.***
- h. *Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.*
- i. *Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley.*

Sólo en el supuesto de que los presuntos incumplimientos puedan acreditarse de forma clara y sean imputables al concesionario, por la producción de anomalías y deficiencias en la prestación de un servicio tan esencial como el de suministro de agua a domicilio, podrán tenerse en cuenta para la resolución de la concesión y secuestro de la concesión. Por cuanto el secuestro de una concesión administrativa constituye una medida excepcional que sólo puede ser adoptada en el caso de que el concesionario incurriese en infracción de carácter grave que pusiese en peligro la buena prestación del servicio público o el incumplimiento por el concesionario del deber de conservación de las obras e instalaciones del servicio que le incumbe, como exigen los apartados 1 y 2 del artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

A la exigencia de que concurra el presupuesto de hecho, determinante de la medida de secuestro, de "perturbación del servicio público" se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 , 27 de julio de 1988 y 9 de abril de 1990 .



STS 26 DE MARZO 1987: *"...Que la legalidad de la medida de secuestro del servicio adoptada por el Ayuntamiento, está vinculada a la existencia de una infracción grave de las obligaciones del concesionario, conforme al artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que los Acuerdos citados imputan al hecho de no firmar el convenio colectivo negociado con los trabajadores, pero el examen del expediente administrativo tramitado revela que no hay ninguna base documental que permita llegar a tal apreciación, aplicando tal dato la Corporación como un hecho notorio frente al que se alza la presunción de inocencia recogida en el artículo 24.2 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), pues como dice el Tribunal Constitucional en Sentencia de 1 de Abril de 1982 (RTC 1982\13), el derecho a la presunción, no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos"*

STS 27 DE JULIO 1988:*"En cuanto al fondo del asunto decir lo siguiente: 1.º no puede discutirse la competencia municipal en defensa y protección de los intereses de las personas residenciadas en su territorio -artículos 101 de la Ley de Régimen Local de 1955 y 1.º de la Ley de 2 de abril de 1985 , y, por ende, la posibilidad legal de adoptar medidas dirigidas al mantenimiento de un servicio básico como es el de suministro de agua potable, aun cuando su gestión no hubiera sido objeto de previa cesión, máxime cuando en los artículos 103 y 26 de las antes citadas Leyes se establece, como uno de los servicios obligatorios de carácter municipal, el abastecimiento domiciliario de agua potable, lo que, por tanto, autoriza a las Corporaciones locales a tomar medidas tendentes a la adecuada prestación de tal servicio ; 2.º sentado lo anterior con carácter general, ha de examinarse si las decisiones municipales recurridas son o no acordes a Derecho, y al efecto es de ver: A), el secuestro acordado sólo es predicable de la concesión administrativa, como se comprueba en los artículos 114 a 136 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, y en el supuesto debatido no consta en modo alguno que se otorgara por el Ayuntamiento la concesión del servicio de suministro de agua potable, en favor de la actora, por lo que sólo con base en este motivo habría de declarar no ajustada a Derecho la actuación municipal debatida; B), sin embargo, dadas las facultades municipales antes explicadas sería admisible que, pese al nombre y técnica utilizadas, se estimara que en realidad se trata de una medida de intervención permitida en el artículo 5.º del citado Reglamento, sin valorar la defectuosa denominación utilizada, es decir, abstracción hecha de la calificación jurídica dada por el Ayuntamiento demandado a su intervención en el suministro de agua, y en tal caso ha de analizarse si dicha atípica actuación es o no conforme al Ordenamiento Jurídico, y al efecto es de notar: a), las irregularidades que han motivado los actos recurridos consisten en dos posibles retrasos en la reparación de una avería y en la falta de pago de un recibo a Fecsa que pudiera poner en peligro el suministro eléctrico, y, en consecuencia, el de agua potable; b), ninguna de las anomalías detectadas aun prescindiendo de su valoración fáctica en el sentido de su adecuada constatación y probanza, es susceptible de generar la radical medida de secuestro adoptada, cualquiera que fuere su real denominación y naturaleza, como se infiere, tanto del artículo 6.º del Reglamento de Servicios citado (congruencia entre el acto de intervención y los motivos y fines, eligiendo el menos restrictivo de la libertad individual), como del artículo 133 del mismo Reglamento (dadas las exigencias de gravedad y riesgo para el servicio público que en él se contienen) y disposiciones concordantes con el mismo; y c), de todo lo*



cual se infiere, necesariamente, que no se dan los presupuestos de hecho que habiliten a la Administración para tomar el acuerdo de intervención (o secuestro) que se recurre, y C), por tanto, aunque se lograra acreditar que existe un régimen de gestión indirecta del servicio de abastecimiento de agua, si no formal al menos fáctico (y pese a la problemática que esto último podría suscitar), tampoco sería acorde a Derecho la resolución municipal que se combate, en mérito de los anteriores razonamientos; y 3.º como secuela de todo lo expuesto ha de estimarse el recurso, dado que los actos impugnados son contrarios al Ordenamiento Jurídico (artículo 48.1. de la Ley de Procedimiento Administrativo), lo que comporta acoger los pedimentos de la demanda, incluso en el aspecto relativo a la pretensión reparatoria que se esgrime, si bien la concreta cuantificación de los daños y perjuicios habrá de fijarse en ejecución de sentencia.

*STS 9 DE ABRIL DE 1990: Así, pues, el Tribunal «a quo», en definitiva, se pronunció respecto del tema específico que era objeto del recurso, y, por cierto, adecuadamente, porque, aun partiendo de que **el secuestro de una concesión administrativa, por constituir una medida excepcional, no puede ser adoptada, sino -como exige el artículo 133.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales- si el concesionario infringe gravemente alguna de sus obligaciones**, en la presente ocasión tal presupuesto legal se había cumplido porque en ninguna de las instancias se ha discutido que suministro tan esencial como es el del agua para un núcleo de población constituido por cinco mil habitantes, venía experimentando repetidas anomalías que no se corrigieron por la concesionaria, no obstante los requerimientos de la Administración, ya que la finalidad, por otra parte, de la citada medida es proveer, siquiera transitoriamente, a situaciones de emergencia no procuradas superar por aquel que está obligado a precaverlas, dadas las exigencias más elementales impuestas a la específica y trascendente actividad empresarial de que en este caso se trata, por lo que ninguna razón se advierte -pese al inútil esfuerzo dialéctico de la parte apelante- para que la sentencia tenga que ser revocada.*

Así pues, en el supuesto de que la empresa Agua y Gestión haya incurrido en infracción grave, que pudiera justificar el secuestro, la Corporación deberá tramitar un expediente en el que ha de darse al concesionario la oportunidad de ser oído y de corregir las deficiencias advertidas, en el plazo que aquélla fije, no cualquier plazo, arbitrario, sino el suficiente para poder efectuar la corrección. Procederá aplicar la medida del secuestro en caso que se incumpliere el requerimiento. Acuerdo que será ejecutivo, sin perjuicio de los recursos administrativos que el concesionario puede interponer frente a dichos acuerdos.

Serán efectos del acuerdo corporativo de secuestro los que determina el artículo 134 del citado Reglamento, es decir:

- La Administración asumirá directamente la gestión del servicio concedido, lo que supone utilizar el mismo personal y material del concesionario, que permanece integrado en la empresa concesionaria, aunque bajo la dirección de aquélla, que interviene la empresa a través de un "Interventor Técnico", que podrá ser o no funcionario de la Corporación, y que sustituirá, plena o parcialmente, a los elementos directivos de la empresa.



- La gestión o funcionamiento del servicio se asume, pues, por la Administración, pero la explotación corre "por cuenta y riesgo del concesionario". Aquélla se encarga, por ello, de percibir los derechos establecidos, y al finalizar el secuestro, entregará al concesionario el saldo activo que resultare después de satisfacer todos los gastos, incluso los haberes del Interventor.
- El secuestro, dado su carácter temporal, tendrá la duración fijada en el pliego de condiciones, o en su defecto, la que determine la Corporación al acordar la medida, sin que pueda exceder, según establece el artículo 135.1.b) del Reglamento, de dos años, ni de la tercera parte del plazo que restase para el término de la concesión.

Ahora bien, el cese del secuestro podrá darse en cualquier momento en que, a solicitud del concesionario debidamente justificada, lo acuerde la Corporación, por hallarse aquél en condiciones de continuar la gestión normal de la empresa.

Recuérdese, asimismo, que el artículo 166 del TRLCAP respecto al incumplimiento del contratista dispone lo siguiente:

*Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la **intervención** del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.*

Se ha partido del supuesto de que Agua y Gestión Hemos ha propiciado las infracciones que en el punto dos del presente informe se recogen, lo que no queda del todo claro en los antecedentes que se nos aportan; existiendo, por otro lado, escrito de fecha _____ de 2010 de la empresa Agua y Gestión dirigido al Ayuntamiento, en el cual justifican la inexistencia de ellos incumplimientos puestos de manifiesto por la Comisión de seguimiento.

Siguiendo el viejo aforismo popular de que "más vale un mal arreglo que un buen pleito", en casos como el presente siempre recomendamos la vía del entendimiento entre las dos partes; sin que ello sea obstáculo para aplicar, cuando sea procedente, las sanciones previstas en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas.

No obstante todo lo anterior, si la Corporación tuviese la manifiesta voluntad de acudir a la resolución del contrato, a tales efectos



deberá tramitarse el correspondiente expediente en los términos previstos en el TRLCAP, cuyos hitos procedimentales son los siguientes:

1.-Propuesta de resolución de contrato formulada por la Comisión de Seguimiento y a la que deberían incorporarse los informes técnicos pertinentes que fundamenten los incumplimientos de **contractuales esenciales**.

2.-Informe jurídico emitido por la Secretaría

3.-Acuerdo de inicio de expediente de resolución del contrato, con notificación a la empresa concesionaria con establecimiento de plazo para alegaciones, así como, en su caso, al avalista o compañía aseguradora si la garantía definitiva se ha prestado mediante aval o seguro de caución.

4.-Recibidas en su caso las alegaciones del concesionario, se emitirá propuesta de resolución por la Secretaría.

5.-Si se hubiese formulado oposición por el concesionario, se solicitará dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura.

6.-Acuerdo del órgano de contratación de resolución o no resolución del contrato.

7.-Notificación del acuerdo de resolución o no resolución del contrato al concesionario y, en su caso, al avalista o a la empresa aseguradora.

QUINTO. Posibles consecuencias de la resolución del contrato.- Como quiera que nos movemos en el ámbito de un contrato administrativo con importantes consecuencias económicas para ambas partes dada su duración (veinticinco años) , el Ayuntamiento deberá valorar antes de iniciar y concluir el expediente de resolución del contrato las posibles consecuencias económicas adversas ante una eventual sentencia declaratoria de la improcedencia de la resolución, como por ejemplo, y, en todo caso, la necesaria devolución del canon anticipado así como la cuantía que pudiera fijarse en concepto de "*lucro cesante*" desde la resolución del contrato hasta la fecha de finalización de los veinticinco años de duración del contrato.

En Badajoz, julio de 2010