CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA
COMUNITAT VALENCIANA

Dictamen 696/2021
Expediente 161/2021

Presidenta
Hble. Sra.
D.ª Margarita Soler Sánchez

Conselleres y Consellers
Ilmas. Sras. e Ilmos. Sres.
D. Enrique Fliquete Lliso
D. Faustino de Urquía Gómez
D.ª Asunción Ventura Franch
D.ªM.ª del Carmen Pérez Cascales
D. Joan Carles Carbonell Mateu

Secretari General
Ilmo. Sr.
D. Joan Tamarit i Palacios

Excmo. Sr.:

El Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sesión celebrada el día 24 de noviembre de 2021, bajo la Presidencia de la Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez, y con la asistencia de los señores y las señoras que al margen se expresan emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

De conformidad con la comunicación de V.M.H., de 10 de marzo de 2021 (Registro de entrada del 17 de marzo, nº 2730007), el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinado el expediente remitido por Presidència, en relación con la petición de dictamen formulada por el Ayuntamiento de Elda sobre determinadas cuestiones relacionadas con el contrato de gestión del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable.

I
ANTECEDENTES

Del expediente sometido a consulta resulta lo siguiente:

Único.- Mediante escrito de Presidència, con registro de entrada del día 10 de marzo de 2021, se formuló petición de dictamen en relación con la consulta facultativa a instancia del Ayuntamiento de Elda, sobre determinadas cuestiones relacionadas con el contrato de gestión del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable.

Por oficio de 26 de mayo de 2021, remitido el día siguiente, el Secretario General de esta institución, por delegación de la Presidenta, requirió al Ayuntamiento consultante la remisión de determinada documentación.

Dicho requerimiento fue debidamente cumplimentado por el referido Ayuntamiento que remitió la documentación requerida mediante oficio de su Alcalde de fecha 26 de julio que tuvo su entrada en este Consell el día 30 de julio siguiente.

Se ha remitido a este Órgano consultivo el expediente referido al expresado contrato de gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable, en el que consta, entre otros documentos, el Informe 2/2016, de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat Valenciana, el Informe del Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, y el Informe, de 29 de septiembre de 2020, emitido por el despacho privado T./Abogados.

II
CONSIDERACIONES

Primera.- Carácter de la consulta.

La consulta formulada por Presidència tiene el carácter de facultativa, con arreglo a lo previsto en el artículo 9 de la Ley de la Generalitat 10/1994, de 19 de diciembre, de creación de este Consell.

Segunda.- Planteamiento de la consulta.

I. Con fecha 27 de julio de 1984 fue adoptado acuerdo de Pleno mediante el que se acordó adjudicar el concurso convocado para la concesión del servicio municipal de agua potable del municipio de Elda a la empresa P. t. y f. de A. de A., S.A (A.).

Con fecha 1 de octubre de 1984, fue suscrito el documento de formalización del citado contrato entre el Ayuntamiento de Elda y A., cuya duración inicial se estableció desde el 1 de octubre de 1984 hasta el 1 de octubre de 1994.

Con fecha 1 de octubre de 1994 se produjo, de conformidad con lo estipulado en la Cláusula 29ª del Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares que rige el contrato, la primera prórroga del contrato, que tuvo el carácter de tácita, de acuerdo con la normativa aplicable en materia de contratación, con vigencia desde el 1 de octubre de 1994 hasta el 1 de octubre de 2004.

Con fecha 15 de diciembre de 1997 fue adoptado Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Elda mediante el que se acordó otorgar la segunda prórroga del contrato, con vigencia desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 1 de octubre de 2014. En dicho Acuerdo se decide, además, transformar el canon inicial de la concesión en el denominado "Fondo de Renovación".

Con fecha 31 de marzo de 2005 fue adoptado nuevo Acuerdo del Pleno de la Entidad Local mediante el que se acordó otorgar la tercera prórroga al contrato, con vigencia desde el 1 de octubre de 2014 hasta el 1 de octubre de 2024.

II. En fecha 26 de abril de 2016 la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat Valenciana emitió Informe 2/2016 en el que, tras las cuestiones suscitadas por el órgano de contratación acerca de las prórrogas del contrato y el Fondo de Renovación, concluye lo siguiente:

"*PRIMERA. Respecto a la cuestión relativa a las obras que pueden considerarse comprendidas en el contrato objeto de la consulta del Ayuntamiento de Elda, el concesionario debía realizar, con cargo a su propia retribución y en los términos establecidos en el Pliego de condiciones del contrato, los trabajos de conservación de las obras e instalaciones de abastecimiento de agua potable existentes en el momento de la adjudicación y recogidas en un anexo del mismo Pliego. Esta obligación es concordante con el deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones adscritas a la explotación, tal como preveían el artículo 115 del RSCL y el artículo 211.8 del RGCE, vigentes en la fecha de la adjudicación del contrato. Por el contrario, cualesquiera otras obras que excedan las de conservación y mantenimiento de la red debían ser objeto de licitación y contratación conforme a la normativa que en cada momento se encontrara en vigor.*

SEGUNDA. En cuanto al denominado Fondo de Renovación de la red de abastecimiento cuya necesidad se advertía en la Resolución de 6 de abril de 1984 de la Comisión de Precios de la Generalitat, por la que se aprobaba la

tarifa del servicio, su creación y mantenimiento sólo atañen al Ayuntamiento y nada tenían que ver con el contrato suscrito con la concesionaria, sin perjuicio de que el Ayuntamiento dedicara el canon percibido de ésta a dicho fondo. Por tanto, las aportaciones al fondo no eran una obligación de la concesionaria y su importe, detraído de los ingresos obtenidos de las tarifas, tampoco podía sustituir el canon que, en virtud del contrato, la concesionaria estaba obligada a abonar al Ayuntamiento por el importe establecido en el acuerdo de adjudicación del contrato y en la oferta presentada por ella, sin excepción de ningún tipo y en la forma y periodicidad determinada en el Pliego de condiciones del contrato.

TERCERA. El contrato suscrito por el Ayuntamiento de Elda y objeto del presente informe debe considerarse extinguido desde 2004, concretamente, desde el vencimiento de la última prórroga de dicho contrato anterior a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio del derecho de la empresa al cobro de los servicios prestados posteriormente, de buena fe y en beneficio del Ayuntamiento, en virtud de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración".

III. Tras el precitado Informe, la Secretaria General del Ayuntamiento de Elda emitió, con fecha 14 de febrero de 2019, informe en el que, rechazando las tesis contenidas en el citado Informe 2/2016 de la JCCGV, se fijan las siguientes conclusiones:

"En relación a la existencia del contrato y prórrogas, "Es el criterio de esta Secretaría que la cláusula 29 del contrato suscrito con A. el 1/10/1984, era es y es válida y debe cumplirse, por lo que el sistema de prórrogas tácitas pactado en el contrato se considera en vigor y es plenamente válido. Esta postura, se considera más conforme al principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3° de la Constitución. A pesar de lo ya afirmado en favor de la validez de la cláusula existente en el contrato suscrito con A. (hoy H.), que permite las prórrogas tácitas, el argumento resulta innecesario, por cuanto la prórroga del contrato, del período desde el 1/10/2004 hasta el 1/10/2014, que el órgano consultivo califica como tácita, fue en realidad expresa. Se formalizó un contrato, en fecha 17/12/1997, suscrito por D. E. C. A., en representación de A. y el Alcalde, D. J. P. A. S., asistidos por el Secretario, D. M. S. S., en el que se pactó: "SEGUNDO: que por acuerdo de este Ayuntamiento en sesión plenaria celebrada el día 15 de diciembre de 1997, queda prorrogada la concesión desde el 1 de octubre de 2004, hasta el año 2014, con las siguientes condiciones...", de donde resulta que la afirmación crucial del informe del Órgano Consultivo de que la prórroga del período 2004/2014 fue tácita, decae por cuanto, como se ha señalado fue expresa".

En relación a la duración máxima del contrato, "En aplicación de la normativa de contratación vigente al tiempo de la adjudicación de la concesión,

la duración máxima del contrato es de 50 años. Cabe una última prórroga de 10 años, con sujeción al contrato".

En relación a las obras cuya ejecución corresponde al concesionario, son "Las de conservación, en sentido estricto, prevenidas en la cláusula 6a del contrato, y las de inversión, en sentido amplio, reguladas en la cláusula 7ª y con sujeción a su régimen".

En relación a la financiación de las obras, "Es el concesionario quien debe ejecutar las obras de inversión en el Servicio, que dichas obras, relacionadas del modo más amplio en la cláusula 7ª del contrato deben sufragarse con cargo al Fondo de Renovación y que no debe realizarse el ingreso del importe del Fondo de Renovación en el Ayuntamiento".

IV. Como consecuencia de la disparidad de criterio entre la Junta Consultiva y el Informe del Secretario municipal, a petición del Concejal Delegado del Área de Inversiones y Servicios Públicos Sostenibles se solicitó consulta a un despacho de abogados privado.

Con fecha 29 de septiembre de 2020 fue emitido Dictamen por T. Abogados, acerca de la situación administrativa del contrato de concesión de la gestión del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable, de la ejecución de determinadas obras y del destino del Fondo de Renovación, en el que se concluye lo siguiente:

"*<u>Primera</u>.- A pesar de que hay jurisprudencia contradictoria, nos inclinamos por establecer que la modificación del artículo 68.1 de la LCAP de 1995, operada por la Ley 53/1999, que aparece luego como artículo 67.1 del TRLCAP de 2000, que exige que la prórroga de los contratos administrativos sea expresa y que prohíbe se produzca por tácita reconducción, es aplicable al contrato de concesión del servicio de agua potable de Elda, por más que se adjudicara el 27 de julio de 1984. Ello habida cuenta de que, hasta la entrada en vigor de la LCSP de 2007, la modificación de los contratos se regía por la legislación aplicable en el momento de la modificación.*

<u>Segunda</u>.- Ahora bien, producida tácitamente la primera prórroga 1994-2004, años antes de que entrara en vigor la Ley 53/1999, la segunda prórroga 2004- 2014 con la correspondiente modificación del contrato, ya no se produjo por tácita reconducción, sino mediante acuerdo expreso del Pleno del Ayuntamiento, adoptado en sesión de 15 de diciembre de 1997 y formalizado en documento administrativo el 17 de diciembre siguiente. Por consiguiente, la conclusión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 2/2016, en el sentido de que dicho prórroga no es válida por tácita y que la concesión se extinguió el 1 de octubre de 2004, carece -a nuestro parecer- de todo fundamento jurídico.

Tercera.- La prórroga por el período 2014-2024 con la correspondiente modificación del contrato, aprobada por acuerdo del Pleno en sesión de 31 de

marzo de 2005, formalizado en documento administrativo el 12 de mayo de 2005, sobre la que el referido Informe 2/2016 de la Junta Superior de Contratación Administrativa no se pronuncia, es igualmente conforme a Derecho.

Cuarta.- Habida cuenta de que, según establecen los artículos 115.4a del RSCL de 1955 y 157 a) del TRLCAP de 2000, la duración máxima del contrato de concesión es de 50 años, el contrato de concesión de H. con el Ayuntamiento de Elda es susceptible, todavía, de una última prórroga de 10 años, hasta el 1 de octubre de 2034.

Quinta.- El objeto contrato de concesión del servicio municipal de agua potable de Elda incluye no solamente la explotación del servicio y la ejecución de obras de conservación y mantenimiento, sino también las obras de inversión que, según el artículo 7 del Pliego, ha de ejecutar el concesionario, previa aprobación por el Ayuntamiento.

Sexta.- El Fondo de Renovación impuesto por las Resoluciones de la Comisión de Precios de 6 de abril de 1984 y 5 de febrero de 1986 y formalizado en la modificación del contrato de concesión aprobada por el Pleno el 15 de diciembre de 1997, ha de aplicarse a la financiación de las obras de inversión que el concesionario ejecute en aplicación de la cláusula 7 del Pliego, con la doble finalidad de que no se descapitalice el servicio y de que se mantenga el equilibrio económico de la concesión. Por lo tanto, estas obras de inversión deben sufragarse necesariamente con cargo al Fondo y el ingreso de sus importes periódicos no debe realizarse a la Hacienda municipal".

Tras los informes y actuaciones precedentes, se plantea a este Órgano consultivo las cuestiones siguientes: a) existencia y vigencia del contrato con la empresa concesionaria; y b) el régimen de utilización del denominado "Fondo de Renovación".

El examen de las cuestiones sometidas a dictamen exige una breve referencia a la normativa aplicable al contrato y a su calificación jurídica.

Tercera.- Normativa aplicable al contrato de abastecimiento de agua potable adjudicado en el año 1984 y calificación jurídica del contrato.

a.- En relación con la normativa aplicable, el abastecimiento domiciliario de agua potable constituye un servicio público obligatorio para todos los municipios, de conformidad con los artículos 26.1 a) LRBRL y 34 a) Ley 8/2010, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana (LRLCV). El carácter obligatorio de estos servicios conlleva de forma correlativa el derecho de los vecinos a exigir su prestación (art. 18.1 g) LRBRL y 25.1 g) LRLCV). Se trata de un servicio esencial reservado a las entidades locales y obligatorio para éstas, independientemente del modo en que las entidades locales decidan prestarlo.

Dicho esto, el Pleno del Ayuntamiento de Elda, en sesión del día 25 de mayo de 1984, acordó contratar la concesión del servicio municipal de agua potable mediante sistema de concurso (gestión indirecta del servicio público). El contrato de concesión del servicio municipal de agua potable de Elda fue adjudicado por acuerdo del Pleno de la Corporación Local, de 27 de julio de 1984, previo concurso publicado en el Boletín Oficial del Estado el 19 de julio de 1984, y ello, con arreglo a los Pliegos de Condiciones Económico Administrativas (en adelante, PCEA), aprobado en la citada sesión del 25 de mayo de 1984. La Cláusula 1 del PCEA señala que *"La adjudicación que mediante concurso se otorgue, tendrá por objeto la gestión del Servicio Municipal de Agua Potable del Excmo. Ayuntamiento de Elda, en la modalidad de concesión, prevista en el punto 2 del artículo 114 del Reglamento del Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955…"*.

De acuerdo con lo anterior, la legislación de contratación pública estaba constituida, en dicho momento, por el Reglamento de contratación de las Corporación Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, y, en lo no previsto en dicho Reglamento, por el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobado por Decreto 923/1965, de 88 de abril, modificada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, así como por el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RGCE).

b.- Por cuanto afecta a su calificación jurídica, la mencionada Cláusula 1 del PCEA califica el contrato como de gestión del Servicio Municipal de Agua Potable del Excmo. Ayuntamiento de Elda, *"en la modalidad de concesión, prevista en el punto 2 del artículo 114 del Reglamento del Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955…"*. Dicho contrato tiene por objeto, por un lado, la explotación del servicio, y, por otra, la eventual realización de obras, en los términos previstos en las Cláusulas 6ª y 7ª del PCEA.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) afirmó en su Informe 49/97 sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contrato que *"(...) Si el contrato que se define en el artículo 130.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no es un puro contrato de obras, sino un contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos, la consecuencia que se impone es la de que su régimen jurídico ha de ser el correspondiente a la prestación principal, en este caso la explotación del servicio público, puesto que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 6, parte del principio de unidad de régimen jurídico de los contratos mixtos, no admitiendo la combinación de normas correspondientes a las distintas prestaciones integrantes del objeto del contrato mixto*". La Junta Consultiva concluyó en este Informe que "*siempre que la prestación o explotación del servicio público constituya la prestación más importante desde*

el punto de vista económico... el régimen jurídico aplicable al contrato será el del contrato de gestión de servicios públicos".

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de abril de 1992, señaló que, en el contrato de gestión de un servicio público, el objeto no es propiamente la realización de obras (reforma, reparación, conservación o demolición de los bienes inmuebles) sino lo que constituye su objeto es la gestión de un servicio y recuerda que la modalidad clásica de gestionar el servicio público ha sido la concesión. Por otra parte, para la Junta de Contratación Administrativa del Estado, Informe 49/2009, de 26 de febrero de 2010, el elemento diferenciador entre el contrato de gestión de servicios y el de concesión de obra pública resulta ser "*el hecho de que el objeto lo constituya la construcción de la obra o la explotación del servicio, sin perjuicio de que si el servicio requiera la ejecución de obras de instalación... éstas tendrán un carácter accesorio y una entidad económica menor respecto de la explotación del servicio...".*

Además, y como ha mantenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Wasser, entre otras), en el contrato de gestión de servicios públicos, el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio, por lo que, si la entidad adjudicadora sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a la incertidumbre del mercado, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y no de concesión de servicios. En la misma línea, la Junta de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 23/2010, entre otros. La calificación del contrato como contrato de gestión de servicio público (actual concesión de servicios) conlleva que el régimen jurídico aplicable sea el previsto para la gestión del servicio público bajo la modalidad de concesión, en virtud del principio de unidad de régimen jurídico de los contratos mixtos, con exclusión de las normas correspondientes a las distintas prestaciones integrantes del objeto del contrato.

En el presente caso, no se ha aportado la cuantificación económica concreta de cada una de las prestaciones objeto del contrato (explotación del servicio y obras) para toda la vigencia del contrato. Ahora bien, dado que esta cuestión no ha sido discutida en ninguno de los informes incorporados al expediente que han estimado aplicable -en línea con las Cláusulas 1ª y 39ª del PCEA- el régimen jurídico del contrato típico de gestión de servicios públicos, este Órgano consultivo parte, en el análisis de las cuestiones suscitadas, de la aplicación de las normas que rigen el citado contrato de gestión de servicio público (actual contrato de concesión de servicios).

Partiendo de la anterior premisa, al contrato objeto de examen le resulta de aplicación la regulación contenida en los artículos 114 y siguientes del citado Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), así como los Pliegos de Condiciones

Económico Administrativas (en adelante, PCEA) que rigen la concesión y demás disposiciones contractuales. Procede recordar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, los Pliegos de Cláusulas Administrativas y demás documentación que lo conforman constituyen la "Ley del contrato", de modo que tanto el órgano de contratación como la entidad adjudicataria del contrato están sujetos a ellos y debe estarse a ellos en lo que se refiere a cualquier cuestión relativa a su cumplimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006, entre otras).

Cuarta.- Existencia y vigencia del contrato de concesión del servicio público de suministro de agua potable con la empresa concesionaria.

Partiendo de la normativa anterior y del Pliego de Condiciones, procede analizar la vigencia del contrato adjudicado en el año 1984, así como las distintas prórrogas acordadas en relación con el contrato de concesión del servicio municipal de agua potable.

Como se ha expuesto anteriormente, el contrato fue adjudicado el 27 de julio de 1984. En relación con el plazo de vigencia del expresado contrato, la Cláusula 29 del Pliego de Condiciones señala que "*El contrato resultante de la adjudicación de este concurso tendrá una duración de diez años, prorrogables tácitamente por períodos de diez años, si ninguna de las partes manifiesta lo contrario, de manera fehaciente, por los menos con un año de antelación a la fecha que deba concluir el mismo o cualesquiera de sus prórrogas*".

De conformidad con la citada Cláusula 29 del PCEA, el contrato tenía inicialmente una duración de 10 años (1984-1994), susceptible de prórrogas tácitas por igual período de 10 años. Es de advertir que, con arreglo a lo establecido en el artículo 115.4ª del RSCL, la concesión -que no puede tener carácter indefinido- tiene el plazo limitado a 50 años.

Dicho esto, el contrato de concesión del servicio público de agua potable de 1984 fue objeto de una primera prórroga tácita, hasta el 1 de octubre de 2004 (10 años más, computados desde 1994). Posteriormente a dicha prórroga tácita, la empresa concesionaria, por escrito de 3 de diciembre de 1997, bajo el "propósito de realizar una planificación profunda del servicio, a fin de mejorar la eficacia del mismo…", solicitó una prórroga de la concesión por otro período de tiempo de 10 años, hasta el año 2014.

En el escrito la concesionaria manifestó, entre otros extremos, lo siguiente:

-"*Que a partir de 1986, al no admitir la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana la existencia de superávit de gestión, se introdujo en las*

tarifas, por indicación de este organismo, un concepto nuevo, denominado Fondo de Renovación, que desde entonces se ha venido ingresando al Ayuntamiento en sustitución del canon".

-"*Que la cuantía de dicho Fondo ha sido variable a lo largo del tiempo, habiéndose incluido en las tarifas las cantidades que cada año ha indicado el Órgano competente del Ayuntamiento según las necesidades financieras*

-"*Que a fin de adecuar el contenido del contrato de concesión inicial a la realidad actual, se solicita que se modifique el mismo en el sentido de que la cantidad a percibir por el Ayuntamiento sea el importe del Fondo de Renovación, que en el año 1997 asciende a 16.572.000 pts, en lugar de las 5,20 pts, por m3 facturado que en el mismo año supondría un monto de 13.244.000 pts, y que a partir del año 1998 (inclusive) ascendería a 20.000.000 pts cada año*".

-"*Que en el supuesto de prorrogarse la concesión hasta el año 2014, la entidad A. ingresaría en las arcas municipales, a la firma del contrato, la cantidad de 38 millones de las entonces pesetas, en concepto de participación del Ayuntamiento en los beneficios del concesionario, durante este nuevo período concesional*".

Tras dicho escrito, por Acuerdo del Pleno de la Corporación Local, de 15 de diciembre de 1997, se acordó "*acceder a lo solicitado en el escrito de referencia (de la concesionaria) y en los términos del mismo, condicionado a que la mercantil A. anticipe e ingrese en Arcas Municipales antes del 31 de diciembre de 1997, la cantidad de 200.000.000 pesetas, equivalentes al fondo de renovación del período comprendido entre los años 1998 y 2007 (ambos inclusive)".*

Dicho acuerdo supuso, a juicio de la entidad local y la concesionaria, una prórroga del contrato de concesión del servicio público desde el 2004 hasta el 2014. Posteriormente, en fecha 31 de marzo de 2005 se aprobó la propuesta de A. de prorrogar de nuevo el contrato desde el 1 de octubre de 20914 hasta el 1 de octubre de 2024. El oportuno contrato recogiendo dicha prórroga expresa se suscribió el 12 de mayo de 2005.

Respecto a la valoración de las referidas prórrogas, procede señalar lo siguiente:

a) 1ª Prórroga.

Por cuanto afecta a esta primera prórroga del contrato desde el 1 de octubre de 1994 hasta 1 de octubre de 2004, esta se produjo de forma tácita, sin que nada obste jurídicamente a ello, dado que dicha prórroga supuso la aplicación de la precitada Cláusula 29ª del PCEA del contrato, en un momento

en que la legislación sobre contratación pública admitía este tipo de cláusulas y prórrogas tácitas del contrato.

Así, ni en el RSCL ni en la LCE y su RGCE se establecía la necesidad de que las prórrogas fueran expresas, bastaba sólo con que su posibilidad y su duración estuviesen previstas en los Pliegos. Así, y a título indicativo, en el Informe 47/1998, de 17 de marzo de 1999, de la JCCE, se manifiesta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia, entre otras, de 2 de abril de 1996) y la misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 18/97, de 14 de julio y 38/98, de 16 de diciembre) han venido interpretando los preceptos de la LCE y su Reglamento en el sentido de que si bien en los contratos de gestión de servicios públicos es admisible la prórroga del plazo de duración es necesario que la misma y su duración estén prevista expresamente en el pliego, ya que caracterizado éste como «ley del contrato» al ser definidor de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, la falta de previsión en el mismo impide su aplicación.

Estando prevista la posibilidad de prórroga del contrato en la Cláusula 29ª del PCEA, y no resultado exigible en dicho momento su adopción de forma expresa, nada obsta a la primera prórroga -tácita- de la concesión.

b) 2ª Prórroga.

I. En relación con la prórroga acordada por Acuerdo del Pleno de la Corporación Local el 15 de diciembre de 1997, debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho, dicha prórroga fue solicitada por la concesionaria bajo el *"propósito de realizar una planificación profunda del servicio, a fin de mejorar la eficacia del mismo…"*, en los términos anteriormente indicados.

En relación con esta prórroga, en el Informe 2/2016 de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat Valenciana (en adelante, JCCGV), se señaló lo siguiente:

"(…) hay que preguntarse si el primer acuerdo de 1997 constituyó por sí solo una modificación de lo estipulado en el contrato en lo relativo a su duración y a sus prórrogas. Y lo bien cierto es que, como puede comprobarse en el texto reproducido al comienzo de este informe, no consta modificación alguna en ese sentido en el acuerdo adoptado por la Corporación y, por tanto, salvo que hayan otros documentos o acuerdos que desconozcamos, sus efectos han de enmarcarse en lo establecido en el Pliego y en el contrato y ajustarse a lo dispuesto en las normas aplicables entonces para la modificación del contrato. Según la información facilitada por el Ayuntamiento, en 1997 no hubo más trámite ni expediente de modificación del contrato fundamentada en razones de interés público y a iniciativa del Ayuntamiento, ni consta que se formalizara una modificación del contrato y de sus cláusulas en base al acuerdo adoptado y, en consecuencia, en lo relativo a su duración éste no puede interpretarse más

que como una decisión del Ayuntamiento de no denunciar el contrato antes de su vencimiento en 2004, adoptada con más antelación de la necesaria (casi 7 años, cuando la antelación mínima era de 1 año), con el efecto pretendido de que tras dicho vencimiento, tal como establecía el pliego, aquél quedara prorrogado tácitamente por 10 años más, hasta 2014. Todo ello a cambio de que el concesionario anticipara el ingreso de la cantidad indicada en sustitución del canon establecido en el contrato correspondiente a los años siguientes y al que ya estaba obligado el concesionario en virtud del contrato, independientemente de que este canon viniera destinándose por el Ayuntamiento a mantener un fondo para la renovación de la red creado por indicación expresa de la citada resolución de 1984 de la Comisión de Precios de la Generalitat, por la que se aprobaban las tarifas iniciales.

Pues bien, la cuestión principal que a nuestro juicio surge ahora es la de si la prórroga del contrato de 2004 a 2014 se efectuó válidamente en virtud de lo previsto en el Pliego del contrato y de conformidad con éste, porque, como ha manifestado esta Junta en el Informe 1/2015, de 4 de mayo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, quedó suprimida la prórroga tácita de los contratos administrativos y, en consecuencia, el contrato objeto del presente informe debió considerarse extinguido a su vencimiento en 2004…".

Con arreglo al precitado informe, la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat Valenciana considera extinguido el contrato de concesión del servicio público de agua potable desde el año 2004, pues en dicha fecha finalizó la prórroga tácita del contrato, no siendo ya admisibles, tras la entrada en vigor de la referida Ley 53/1999, las prórrogas tácitas del referido contrato. Se indica, además, en el citado informe que no "consta que se formalizara una modificación del contrato".

Pues bien, en relación con la admisión de las prórrogas tácitas, debe distinguirse, efectivamente, entre el régimen jurídico existente antes y después de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Como se recoge en el Informe 47/04, de 12 de noviembre de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado (JCCE), *"(…) en cuanto a la posibilidad de prórrogas tácitas a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en el sentido de disponer que en los pliegos ha de fijarse "con precisión el plazo de duración del contrato y, cuando estuviese prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes", hay que citar a los informes de esta Junta de 7 de junio y 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04, 35/04) y tres de esta misma fecha (expedientes 50/04, 55/04 y 57/04), en las que se*

mantiene el criterio de que las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas una vez entrada en vigor la nueva redacción del artículo 67 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al resultar un contrasentido -se afirma que el segundo informe citado- que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas. Además, la prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, por lo que debe considerarse nuevo contrato, lo que impone que, al producirse durante la vigencia del actual 4 artículo 67.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el consentimiento contractual que la prórroga implica haya de ser necesariamente expreso.

A modo de resumen de este apartado y tratando de contestar las preguntas concretas que se formulan en el escrito de consulta procede afirmar que las irregularidades del pliego y del clausulado del contrato en cuanto a la duración del contrato y de sus prórrogas sólo permiten tener en cuenta el plazo de duración de 10 años, descartando sus prórrogas por las citadas irregularidades y por la doctrina de esta Junta en cuanto a la imposibilidad de aplicar prórrogas tácitas en contratos anteriores a su prohibición legal…".

En orden a la inaplicación de prórrogas tácitas a contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, es de mención, como se cita en el referido Informe 2/2016, de la JCCGV, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2009 (Recurso 97/2007), ratificada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de noviembre 2012 recaída en el recurso de casación 4143/2009.

La necesidad de que las prórrogas de los contratos fuesen expresas ha venido manteniéndose en la Legislación posterior a la citada Ley 53/1999, como lo acreditan los artículos 67.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000; el artículo 23.2 in fine de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público; el también artículo 23.2 in fine del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011, así como el vigente artículo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

En definitiva, respecto a la posibilidad de prorrogar el contrato de concesión adjudicado en el año 1984 de forma tácita o automática, a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, resulta -también en opinión de este Órgano consultivo- descartada. Las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas una vez entrada en vigor la nueva redacción del artículo 67 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, no siendo aplicables al contrato de servicio municipal de agua potable adjudicado en el año 1984.

Este parecer no solo se mantiene por la JCCGV y por este Órgano consultivo, sino también en el Informe emitido, el 29 de septiembre de 2020,

a requerimiento del Ayuntamiento de Elda, en el que se concluye -página 38 de dicho informe- que "*A pesar de que hay jurisprudencia contradictoria, nos inclinamos por establecer que la modificación del artículo 68.1 de la LCAP de 1995, operada por la Ley 53/1999, que aparece luego como artículo 67 del TRLCAP de 2000, que exige que la prórroga de los contratos administrativos sea expresa y que prohíbe se produzca por tácita reconducción, es aplicable al contrato de concesión del servicio de agua potable de Elda, por más que se adjudicara el 27 de julio de 1984. Ello habida cuenta de que, hasta la entrada en vigor de la LCSP de 2007, la modificación de los contratos se regía por la legislación aplicable en el momento de la modificación*".

II. Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, consta Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Elda de 15 de diciembre de 1997 en el que se acuerda prorrogar la concesión desde el 1 de octubre de 2004 hasta el año 2014, en los términos anteriormente reseñados. Asimismo, consta Anexo al contrato del servicio municipal de agua potable, de 17 de diciembre de 1997, suscrito por la concesionaria y el Ayuntamiento de Elda, en que se constata el contenido del citado acuerdo plenario y se señala que "*acuerdan ambas partes la modificación del contrato suscrito en fecha 1 de octubre de 1984*". Por ello, si bien en el Informe de la JCCGV se señala que no "*consta que se formalizara una modificación del contrato y de sus cláusulas en base al acuerdo adoptado…*", obra Anexo en el que se formaliza la referida prórroga contractual expresa, aunque -a la vista de los antecedentes que se describen el informe 2/2016- el citado Anexo al contrato no parece que fuera remitido a la JCCGV para su valoración.

Nos encontramos, por tanto, a juicio de este Órgano consultivo, ante una prórroga expresa del contrato hasta 2014, acordada por el Pleno de la Corporación Local y formalizada en un Anexo al contrato.

Dicho esto, la cuestión que suscita el referido Acuerdo plenario de 1997 y el correspondiente Anexo, es si dichas actuaciones constituyeron una mera prórroga expresa de la concesión (que pudiera o no estar sujeta a ciertas condiciones que no implicaran modificación del contrato), o si tales actuaciones conllevaban, además, alguna modificación adicional a las estipulaciones iniciales del contrato.

Pues bien, atendiendo al Acuerdo plenario de 1997, la prórroga expresa del contrato se sujetó a las siguientes condiciones:

- A la sustitución de canon a pagar al Ayuntamiento por el importe del Fondo de Renovación, creado sobre la tarifa a fin de evitar la descapitalización del servicio.

- Al ingreso en las Arcas Municipales de 38 millones de las anteriores pesetas.

- Y al pago e ingreso en el Ayuntamiento de la cantidad de 200 millones de pesetas equivalentes al Fondo de Renovación del período 1998-2007.

En relación con el ingreso de 38 millones de las anteriores pesetas en las Arcas Municipales, este ingreso, según se explica en un Acuerdo plenario de 8 de noviembre de 2002, representaba la deuda que hasta dicha fecha la concesionaria tenía con el Ayuntamiento, sin que ello implicara, por tanto, modificación del contrato inicial.

Respecto al pago e ingreso en el Ayuntamiento de la cantidad de 200 millones de pesetas equivalentes al Fondo de Renovación del período 1998-2007, esta condición constituyó un compromiso asumido voluntariamente por la concesionaria al suscribir el Anexo de 1997, sin que se estime que pudiera afectar, en principio, a ningún principio rector de la contratación pública.

Las dos condiciones precedentes fueron, según consta en el expediente, cumplimentadas por la concesionaria.

En relación con la sustitución del canon a pagar al Ayuntamiento (consistente en el pago de 5,20 ptas. por m3 facturado) por el importe del Fondo de Renovación (20 millones hasta el año 2014), creado sobre la tarifa a fin de evitar la descapitalización del servicio, sí que constituiría una modificación del contrato de 1984 en relación con el "canon" inicial de la concesión, reconvirtiendo dicho canon en un "Fondo de Renovación", con la finalidad de evitar la reseñada descapitalización del servicio. Dicha modificación fue recogida -como se ha dicho- en el Anexo (de 1997) al contrato inicial junto con la prórroga -de este- hasta el año 2014.

Respecto a la incidencia que esta última "condición" o modificación pueda tener sobre la decisión de prorrogar el contrato, es de significar, en primer lugar, que la prórroga de la concesión era posible jurídicamente -sin más- al amparo de la Cláusula 29ª del PCEA, sin necesidad de vincularla o justificarla a ninguna modificación de las prestaciones u otras cláusulas del contrato. Además, el Acuerdo de 15 de diciembre de 1997 y el Anexo al contrato de 17 de diciembre de 1997 están vigentes, por lo que este Órgano consultivo estima que, siendo posible la prórroga de la concesión con arreglo a la Cláusula 29ª del PCEA, hubo una prórroga expresa de la concesión recogida en un Anexo al citado contrato.

La valoración jurídica que pueda merecer el Fondo de Renovación o la modificación del "canon" inicial (lo que se realizará con posterioridad), no se estima que pueda alcanzar a la decisión de prorrogar el contrato, pudiendo subsistir la prórroga con independencia de la justificación o no de la modificación del canon inicial.

La vigencia del Acuerdo y del Anexo, ambos de 1997, ampara la prórroga contractual desde el año 2004 hasta el año 2014.

c) 3ª Prórroga.

En relación con la subsiguiente prórroga acordada en el año 2005, dicha prórroga fue igualmente solicitada por la concesionaria mediante escrito de 23 de marzo de 2005 (registro de entrada en el Ayuntamiento del mismo día), en el que comunicó la necesidad de obras de renovación y proponía financiar el importe correspondiente al porcentaje del 20% no subvencionado por los Fondos de Cohesión Europeos, en relación con las "Obras de renovación y mejora de redes den el sistema de abastecimiento de agua potable del municipio de Elda. Por otro lado, la concesionaria solicitó en dicho escrito una nueva prórroga del contrato por 10 años más (2014 a 2024).

Atendiendo a dicho escrito, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 31 de marzo de 2005 se aprobó una nueva prórroga de la concesión hasta el año 2024 (2014-2024).

En relación con esta nueva prórroga, en el Informe 2/2016, de la JCCGV se señala que *"(…) resulta irrelevante el segundo acuerdo remitido junto a la consulta, adoptado por la corporación el 1 de marzo de 2005, por el que se acuerda ampliar de nuevo el plazo de la concesión por 10 años más, desde el 1 de octubre de 2014 hasta el 1 de octubre de 2024, si bien en esta segunda ocasión, a diferencia de la pretendida en 1997, sí consta la concurrencia de' razones de interés público en la ampliación del plazo, justificada por la financiación por la concesionaria de obras de renovación de la red contempladas en el Plan Director del abastecimiento del agua elaborado por el Ayuntamiento y parcialmente subvencionado por la Comisión Europea con cargo a los Fondos de Cohesión Europeos…".*

Pues bien, respecto a la referida prórroga acordada por el Pleno de la entidad local el 31 de marzo de 2005 y formalizada en documento administrativo el 12 de mayo de 2005, nos encontramos ante una nueva prórroga expresa del contrato. Como se ha señalado anteriormente, la posibilidad de prorrogar el contrato, hasta el límite legalmente establecido -50 años-, era posible sin más y sin necesidad de vincular la prórroga a ninguna modificación de las prestaciones por razones de interés público ni como mecanismo de reequilibrio económico del contrato, exigiéndose solo en 2005 que fuera -como así se hizo- de forma expresa.

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, con arreglo al Acuerdo Plenario de 2005 y documento formalizado, la prórroga del contrato parece articularse, además, como mecanismo para el mantenimiento del reequilibrio económico de la concesión. Así, en dicho Acuerdo plenario se señala que *"(…) atendiendo a la solicitud del Ayuntamiento de Elda, A. presenta la siguiente propuesta:*

Financiar el importe correspondiente al porcentaje del 20% no subvencionado por los Fondos de Cohesión en relación con las 'Obras de renovación y mejora de redes en el sistema de abastecimiento de agua potable del municipio de Elda'. Dicho porcentaje asciende a la cantidad de 433.524 euros. La redacción del Proyecto y la Dirección Facultativa de las "Obras de renovación y mejora de redes en el sistema de abastecimiento de agua potable del municipio de Elda" será realizado por A. con cargo a los Fondos de Cohesión Europeos.

Asimismo, A. está dispuesta a financiar el 100% de las obras incluidas en el Plan Director que determine el Ayuntamiento, por importe de 2.167.621 euros, conforme a la exigencia derivada del subapartado 10.3 del aparado de "Cláusulas especiales" de la Resolución de la Comisión Europea. Estas obras se ejecutarán directamente por A..

La financiación propuesta se realizará a interés 0 en ambos supuestos, lo que reporta evidentes ventajas para la hacienda municipal y en definitiva para el interés general del municipio.

El resarcimiento de la inversión realizada, de manera que se garantice el mantenimiento de equilibrio económico de la concesión, sin que ello suponga un incremento extraordinario de las tarifas por este concepto, se obtendría mediante las tarifas del Servicio con cargo al Fondo de Renovación incluido en las mismas y del siguiente modo:

Mediante la ampliación de la duración del plazo de contrato por un período de 10 años a contar desde el I de octubre de 2014, fecha de finalización del contrato de concesión conforme acuerdo plenario adoptado el 15 de diciembre de 1997. Con ello el periodo de vigencia del referido contrato finalizará el I de octubre de 2024. De este modo se posibilita el resarcimiento de la inversión, sin que ello suponga un incremento extraordinario de las tarifas actuales por dicho concepto.

La inversión realizada se amortizará (…)".

En esta ocasión nos encontramos, por tanto, no solo ante una mera prórroga expresa del contrato al amparo de la Cláusula 29ª del PCEA, sino, además, ante un mecanismo de reequilibrio económico del contrato por las inversiones en obras que iba a realizar el contratista, en los términos del referido Acuerdo de 31 de marzo de 2005. La utilización de la prórroga del contrato como mecanismo de reequilibrio del concesionario no suscita objeción jurídica alguna al estar prevista la posibilidad de prórrogas en el propio PCEA.

En definitiva, habiéndose acordado de forma expresa una nueva prórroga del contrato el 31 de marzo de 2005, y encontrándose vigente dicho Acuerdo y su formalización en documento administrativo -y en tanto en cuanto se mantenga su vigencia-, queda amparada en tales actuaciones la prórroga de la concesión hasta el 2024 (2014-2024).

Quinta.- Régimen de utilización del Fondo de Renovación.

La segunda de las cuestiones planteadas a este Órgano consultivo versa acerca del régimen de utilización del denominado "Fondo de Renovación". Dicho Fondo fue creado como consecuencia de las indicaciones efectuadas por la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana en sus Resoluciones de 1984 y 1986.

Como señala el Secretario General, en su Informe de 14 de febrero de 2019, las dudas sobre el régimen de utilización del Fondo de Renovación que integra una parte de las tarifas del servicio, viene referida, *"en parte, a las afirmaciones que al respecto realiza la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en el Informe número 2/2016, de fecha 26 de abril de 2016.*

Por un lado, el órgano consultivo platea dudas sobre las obras que pueda y deba ejecutar el concesionario en cumplimiento del contrato y por otra, se ha planteado, especialmente, si deberían sufragarse con cargo al Fondo de Renovación o, por el contrario, debe ingresarse su importe y que sea el Ayuntamiento quien licite la ejecución de tales obras".

Para resolver dicho aspecto, como se señala en dicho Informe, debe analizase qué obras debe -o puede- ejecutar el concesionario, cómo deben financiarse y qué relación tienen con el denominado Fondo de Renovación.

Pues bien, la regulación de las obras relacionadas con el suministro municipal de agua potable del municipio de Elda se encuentra, fundamentalmente, en las Cláusulas 6ª y 7ª del Pliego de Condiciones que rige la concesión, y que se analizan en los apartados siguientes.

I. Obras previstas en la Cláusula 6 del Pliego de Condiciones (PCEA).

La Cláusula 6 del PCEA señala que *"(...) el concesionario deberá realizar con su propia retribución la conservación de las instalaciones del abastecimiento desde las captaciones hasta el origen de las formas de los abonados. En este orden, la conservación de las instalaciones comprende:*

- Vigilancia, control, conservación, reparación y sustitución de las estaciones de bombeo.

- Vigilancia, conservación y sustitución de las conducciones generales, depósitos municipales y red de distribución.

- Maniobra periódica, verificación del buen funcionamiento y sustitución de grifos, compuertas, bocas de incendio, bocas de lavado, etc.

- La búsqueda de escapes y de fugas y su reparación".

Se indica en dicha Cláusula que *"No se comprenderá en la conservación, los hundimientos en la obra civil, grietas en depósitos, por envejecimiento, ejecución defectuosa, etc".*

En relación con las obras de conservación y mantenimiento a que se refiere la citada Cláusula 6 del PCEA y que han de ser asumidas por la concesionaria, en el Informe 2/2016 de la JCCGV se señala que *"Esta obligación es concordante con el deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones adscritas a la explotación, tal como preveían el artículo 115 del RSCL y el artículo 211.8 del RGCE, vigentes en la fecha de la adjudicación del contrato. En consecuencia, respecto a esta primera cuestión planteada por la consulta del Ayuntamiento, puede afirmarse que el contrato incluye la ejecución de obras de conservación y mantenimiento de los bienes e instalaciones afectos al servicio y no sólo eso, sino también que dicha ejecución es una obligación del concesionario, cuya contraprestación se encuentra comprendida en su retribución y sin que el pliego prohíba que pueda subcontratarla, siempre que sea a su cargo".*

En el Informe del Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, se señala que en dicha Cláusula 6ª "se incluyen obras ordinarias de reparación e incluso, obras de sustitución de redes o instalaciones, cuando no den lugar a inversión".

Por su parte, en el Informe emitido a requerimiento del Ayuntamiento de Elda, de 29 de septiembre de 2020, se indica que "*En virtud de la Cláusula 6, el concesionario tiene la obligación de ejecutar las obras de mantenimiento y conservación, aunque se precisa que no se comprenden en el concepto de conservación '…los hundimientos en la obra civil, grietas en depósitos, por envejecimiento, ejecución defectuosa, etc.'…*".

Pues bien, en relación con las obras de conservación y mantenimiento a que se refiere la Cláusula 6 del PCEA, y sobre las que no consta controversia entre los distintos informes aportados al expediente, este Órgano consultivo también estima que el contrato de servicio público de abastecimiento municipal de agua potable adjudicado en el año 1984 incluye la ejecución de obras de conservación y mantenimiento de los bienes e instalaciones afectos al servicio, en los términos expuestos por los distintos informes, cuya ejecución corresponde al concesionario, y cuya contraprestación se encuentra comprendida en su retribución (como parte de la tarifa a abonar por los usuarios del servicio).

Así, en el *"Estudio de costos de explotación del servicio municipal de agua potable" elaborado por la concesionaria para optar al concurso convocado por el Ayuntamiento de Elda",* se incluyen, en el apartado G5, los gastos anuales de conservación y mantenimiento de las instalaciones de abastecimiento (obra civil, maquinaria y equipos, subrogación contrato con el Ayuntamiento, Salinas), perfectamente cuantificadas, desde el punto de vista económico, como parte de los costes de la concesionaria a incluir en la tarifa del servicio.

II. Obras reguladas en la Cláusula 7 del Pliego de Condiciones.

La Cláusula 7ª del PCEA prevé distintos tipos de obras de nuevo establecimiento, de ampliación o de renovación, distinguiendo los tres supuestos siguientes:

a.- **Nuevos suministros en zonas alejadas** de la red de distribución.

En este supuesto, el concesionario procederá al estudio de las obras necesarias, inclusive las de ampliación de las redes existentes, como consecuencia del nuevo suministro.

El pago del importe de dicho presupuesto, además de los derechos de acometida y tasas municipales, será a cuenta del solicitante, correspondiendo al concesionario la ejecución de los trabajos, con los precios unitarios previamente aprobados por el Ayuntamiento.

En el supuesto de grandes extensiones de red cuyo costo sea a cargo de un solo promotor, el Ayuntamiento podrá arbitrar soluciones tendentes a reembolsar parte del coste de las mismas, con los ingresos de la futura participación de los nuevos abonados o promotores beneficiarios de estas extensiones de red.

b.- **Colocación de red en nueva urbanización**.

Según el PCEA, el concesionario "estudiará, conjuntamente con los técnicos municipales, la redacción del proyecto (...)"; "el pago de los trabajos de realización del proyecto, incluidos honorarios técnicos (...) correrá a cargo de los interesados (...)" -excepto cuando sea el Ayuntamiento el promotor, en cuyo caso los realizará el concesionario "a título gratuito", y "la ejecución de los trabajos corresponderá al concesionario."

c.- **Ampliación de las instalaciones (existentes), de abastecimiento por aumento del consumo**.

Previa justificación de su necesidad, "el concesionario, conjuntamente con los técnicos municipales, redactará el correspondiente proyecto y, tras la aprobación del mismo por el Ayuntamiento y de las tarifas necesarias para su financiación, (...) procederá a su realización. (...) La aportación económica del concesionario, para la ejecución de las obras de ampliación del servicio, será total o parcial, a criterio, en cada caso, del Ayuntamiento". "El concesionario asumirá a su cargo la renovación de las instalaciones por envejecimiento. En cualquier caso, la renovación de los depósitos y la apertura de nuevos sondeos (...) serán por cuenta del Ayuntamiento. Se incluye, por tanto, en este apartado también la renovación de las instalaciones por envejecimiento, excluidas de las obras de conservación y mantenimiento de la Cláusula 6ª.

En relación con las anteriores obras a que se refiere la Cláusula 7ª del PCEA, en el Informe 2/2016, de la JCCGV se señala que *"(…) la cláusula 7 del PCEA pretendió dejar la puerta abierta a encomendar al gestor de la concesión unas prestaciones ilimitadas, implicando incluso a terceras personas que no intervienen en el contrato -el solicitante, los interesados- y comprendiendo tanto la realización de trabajos y servicios técnicos como la ejecución de obras e instalaciones totalmente indeterminadas, lo que no permitía estimar siquiera la dimensión de las inversiones que debía efectuar el concesionario, datos necesarios para su licitación a tenor de lo dispuesto en el artículo 115, 2ª y 4ª, del RSCL, y en los artículos 209 y siguientes del RGCE. En este aspecto, hemos de señalar que no existe en el Pliego o en la documentación remitida referencia alguna que acredite o informe de la existencia de proyecto previo a la licitación de la concesión, tal como exigía el artículo 122 del mismo reglamento y el citado artículo 209 del RGCE, y su cláusula 7 no estaba tampoco en consonancia con lo dispuesto en el artículo 28 del RGCE que exigía que el objeto del contrato fuera determinado, razones todas ellas que nos llevan a la conclusión de su inaplicabilidad actual y a la exigencia de que cualesquiera obras o instalaciones que excedan las de conservación y mantenimiento de la red deben ser objeto de licitación y contratación conforme a la normativa en vigor".*

Para la JCCGV, la Cláusula 7ª, dada su indeterminación, resulta contraria a los artículos 115, 2ª y 4ª, del RSCL, y a los artículos 209 y siguientes del RGCE, dando lugar a la inaplicación actual de dicha Cláusula.

En el Informe del Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, se señala que "*Dicha Cláusula se refiere, no solo a las ampliaciones de la red de distribución, sino tal y como reza el título de la cláusula, a las de renovación.*

Así, tanto la extensión de las redes existentes por aumentos del consumo, como por la aparición de zonas de nueva urbanización, como la renovación de la rede instalaciones por envejecimiento, que se contemplan expresamente. El hecho de que no aparecieran tales obras descritas en proyectos existentes en el momento de la licitación, no es obstáculo para entenderlas incluidas en el objeto de la concesión, por cuanto una de las obligaciones del concesionario era la elaboración de una cartografía de las redes y un plan director, una vez se hubiera convertido en concesionario y durante un plazo prudencial. Dicha obligación, lo era del concesionario y no del proponente y es otra de las condiciones a las que se sujetó la licitación y por ello, conocida por todo licitador interesado. Por ello, y por la imposibilidad de definir de antemano todas las obras de ampliación y renovación de las redes de suministro, se entiende que dichas obras forman parte del objeto del contrato, y que se cumplió al respecto, con el principio de concurrencia y que la voluntad de las partes, deducida de los actos de ejecución del contrato durante más de treinta años, fue contratar sobre ellas en la forma establecida en la cláusula 7ª, que se considera válida y vigente y, por lo tanto, obligatoria, tanto para el concesionario como para el

Ayuntamiento. Así vino recogido igualmente en la oferta de la empresa, tenida en cuenta para el acuerdo de adjudicación del servicio en 1984, en cuya memoria se describían una serie de obras de inversión previamente definidas, dada su urgencia y que se financiaban con cargo al canon (no al Fondo de Renovación cuya creación es posterior), por ejemplo, la sustitución de instalaciones en los sondeos existentes y la realización de otros nuevos…".

Por su parte, en el Informe emitido a requerimiento del Ayuntamiento de Elda, de 29 de septiembre de 2020 se argumenta que *"(…) a diferencia de otros Pliegos de contratos de concesión de abastecimiento de agua potable, la cláusula 7 de la concesión de Elda no reserva al Ayuntamiento la facultad alternativa de adjudicar la ejecución de las obras al concesionario o bien licitarlas y adjudicarlas a terceros; por el contrario, el Pliego de Elda, expresamente y en todos los supuestos de obras de la referida cláusula 7, establece que la ejecución corresponde al concesionario".*

Se añade en <u>dicho Informe</u> que *"…al contrario de lo que entiende la Junta Superior de Contratación Administrativa, en su Informe 2/2016, el artículo 7 del Pliego de condiciones económico-administrativas de la referida concesión no constituyen la puerta abierta a encomendar al gestor de la concesión unas prestaciones ilimitadas, implicando a terceras personas que no intervienen en el contrato -el solicitante, los interesados- y comprendiendo tanto la realización de trabajos y servicios técnicos como la ejecución de obras e instalaciones indeterminadas, …", <u>las obras previstas en dicho artículo 7 son, en principio sí, indeterminadas en el Pliego, pero perfectamente determinables conforme a las mismas reglas establecidas en esa misma cláusula</u> y necesariamente motivadas, determinadas y aprobadas por el Ayuntamiento en el momento de ser adjudicadas al concesionario, de forma casuística para cada obra e inversión. Y es que ello es propio de la concesión de un servicio que, con sus prórrogas, pueden alcanzar una vida de cincuenta años, durante la cual las necesidades de un servicio público esencial pueden sufrir toda clase de modificaciones motivadas por nuevas necesidades -crecimiento de la población a abastecer, nuevas urbanizaciones residenciales e industriales, causas imprevistas y nuevas prescripciones técnicas y ambientales (cláusula de progreso y factum principis)…".*

La discrepancia existente entre los distintos informes incorporados al expediente exige entrar en la valoración jurídica de la Cláusula 7ª del PCEA, efectuándose las siguientes observaciones:

a.- Indeterminación de las obras de la Cláusula 7ª del PCEA.

Como se señala en el Informe 2/2016 de la JCCGV -y se reconoce en el Informe del Secretario General y en el Informe emitido a requerimiento del Ayuntamiento- la Cláusula 7ª del PCEA resulta indeterminada en relación con la descripción detallada y concreta de las obras de nuevo establecimiento, ampliación y renovación a que se refiere.

En relación con esta cuestión el artículo 115 del RSCL señala, en su apartado 2, que en toda concesión de servicios se fijarán las "*Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla*". El apartado 4 añade, además, la necesidad de que conste el *"Plazo de la concesión, según las características del servicio y las inversiones que hubiere de realizar el concesionario sin que pueda exceder de cincuenta años"*. De igual modo, el artículo 209 del RGCE de 1973.

Con arreglo a lo anterior, el artículo 115 del RSCL como el 209 del RGCE exigían que las cláusulas del PCEA fijasen las referidas obras e inversiones a realizar por la concesionaria del servicio de público de abastecimiento de agua potable. Ahora bien, no debe perderse de vista que nos encontramos ante contratos que pueden resultar -como así ha sucedido- de larga duración, en los que la descripción concreta y detallada de las obras resulta prácticamente imposible, debiéndose proyectar y ejecutar a medida que, precisamente, el transcurso del plazo y las necesidades de la prestación del servicio de abastecimiento municipal de agua evidencian la necesidad de realizar tales obras de ampliación, renovación o de inversión. Cuestión distinta -como se verá- es la posible indeterminación del precio de las tales obras contempladas en la Cláusula 7ª del PCEA.

Como se señala en el Informe del Secretario municipal y en el Informe emitido a requerimiento de la entidad local, las obras previstas en la Cláusula 7ª resultan, en principio, indeterminadas en el Pliego, pero perfectamente determinables conforme a las mismas reglas establecidas en dicha Cláusula, así como justificadas y aprobadas por el órgano de contratación.

b.- Elaboración del plan de inversiones por la concesionaria según la Cláusula 7ª del PCEA.

En el Informe de Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, se señala -pág. 26- que "*el concesionario ha venido entregando en el Ayuntamiento los llamados Planes Directores del Servicio, a los que hace referencia el pliego y en la oferta y en los que se describen las obras de renovación en las instalaciones y en la red y que debe realizar el concesionario*", y que -pág. 27- "*una de las obligaciones del concesionario era la elaboración de una cartografía de las redes y un plan director…"*.

El hecho de que sea el concesionario el que elabore el Plan de Inversiones o los Planes Directorios de Obras tiene su justificación, no solo en los propios Pliegos del contrato, sino, además, en el hecho de que dicha contratista sea la prestadora del servicio y, por tanto, la que realmente conoce y puede valorar las obras que sean necesarias para la debida y correcta prestación del servicio de suministro de agua. Pero esta circunstancia no

significa que, sin más, y necesariamente sea a la concesionaria a la que corresponda la ejecución de tales obras, pues ello depende de la regulación contenida en el PCEA de la referida concesión.

También en el Informe, de 29 de septiembre de 2020, emitido a requerimiento de la entidad local se indica (págs. 6 y 7) que *"… la cláusula 7ª de la concesión de Elda no reserva al Ayuntamiento la facultad alternativa de adjudicar la ejecución de las obras al concesionario o bien licitarlas y adjudicarlas a terceros; por el contrario, el Pliego de Elda, expresamente y en todos los supuestos de obras de la referida cláusula 7, establece que la ejecución corresponde al concesionario…".*

A este respecto, es de tener en cuenta que el hecho de que la Cláusula 7ª del PCEA atribuya al concesionario la ejecución de las obras tampoco resulta suficiente para concluir, sin más, la atribución automática a la contratista de la ejecución de las citadas obras, pues dicha Cláusula exige ser analizada en el marco de las restantes cláusulas del PCEA y de la normativa de contratación aplicable, especialmente, en lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato, como es, entre otros, el precio cierto (o determinable) de las prestaciones objeto de la concesión, elemento esencial de la licitación pública.

c.- Precio de las obras a que se refiere la Cláusula 7ª del PCEA de la concesión.

En relación con el precio de las prestaciones del contrato, el artículo 30 del RGCE de 1973 señalaba que *"Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresarán en moneda nacional…".* De este modo, los contratos administrativos, en este caso, el de gestión de servicios públicos (actual, concesión de servicios) han de tener un "precio cierto".

Como se ha señalado anteriormente, la concesión del servicio público de agua potable del municipio de Elda se integra, por un lado, por la explotación del servicio de abastecimiento de agua potable, y por otra, por la ejecución de obras en los términos establecidos en las Cláusulas 6º y 7ª del PCEA. En relación con las obras de la Cláusula 6ª ya se ha constatado cómo su cuantificación o cálculo viene incorporado en la fórmula de la tarifa que han de abonar los usuarios, en los términos del estudio de costes de la concesionaria.

Por cuanto afecta a las obras mencionadas en la Cláusula 7ª, resulta necesario analizar la previa existencia de "precio cierto" de tales obras, siendo este un elemento esencial de la concesión y de su licitación. Así, en la Resolución 24/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid se señala que *"La adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del*

contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes…".

Por otro lado, en relación con el concepto de "precio cierto", resulta importante traer a colación el Dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993, en el que se señala que, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, «*precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias*». Acudiendo al derecho privado, el artículo 1447 del Código Civil establece que para que el precio se tenga por cierto "*bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, que no puede ser ninguna de las partes contratantes.*"

En este mismo sentido, el Informe 2/2013, de 28 de junio, de la Junta consultiva de contratación administrativa de las Islas Baleares, indica que "*la obligación de que el precio sea cierto significa que el precio o, en cualquier caso, los elementos que lo integran deben estar determinados en el momento en que se perfeccione el contrato o deben ser determinables en un momento posterior*". En el Informe 52/2009 de la JCCE se señala que *"… el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso. Ahora bien, estas variaciones deben introducirse respetando lo dispuesto en el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. El mismo dispone que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento…".*

También la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha manifestado en este mismo sentido, y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, señala que "*con carácter previo a la aprobación del expediente (art. 70 LCAP) deberá haberse determinado con exactitud el precio, más la certitud no parece razonablemente exigible de la totalidad del precio, sino que la certidumbre se predica de los elementos que lo integran*".

Por consiguiente, todo contrato administrativo debe fijar el precio cierto, teniendo en cuenta que un precio determinable cumple con el principio de precio cierto. La necesidad de un precio determinable se constata en la doctrina de este Órgano consultivo, y, en particular, en el Dictamen 441/2016. En el citado Dictamen, emitido en relación con un contrato análogo en el que cuestionada la inclusión o no en el objeto de la concesión de suministro de agua en alta del Plan de Inversiones mencionado en la Cláusula 25 del Pliegos de Condiciones, este Consell estimó incluido el referido Plan de Inversiones en el objeto del contrato al quedar determinado en el contrato inicial el precio de las obras. Así, en el citado Dictamen se

señala que *"… Con arreglo al sistema de cálculo previsto en los PCAP, la cuantía total del Plan Anual de Inversiones, para un total de 50 años de vigencia del contrato, asciende a 848.315.076 euros. De este modo, el Plan de Inversiones tiene en el contrato un precio perfectamente cuantificable (y cierto) con arreglo a la documentación que integra el expediente de contratación (el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del que forma parte el Estudio de Viabilidad 12 Económica -apartado 6 y Tabla de resultados-); precio que fue conocido por todos los licitadores…".*

Se señala en dicho Dictamen que *"…no nos encontramos ante un Plan Anual de Inversiones de precio incierto, no cuantificado o no adjudicado en el procedimiento de concurso convocado en el año 2008 (DOUE y BOE de 29 de abril de 2008), que obligue anualmente al órgano de contratación a licitarlo y adjudicarlo mediante un procedimiento que garantice los principios de publicidad y concurrencia competitiva. Nos encontramos, como se ha visto, y así resulta de los Pliegos de Cláusulas Administrativas, ante un Plan de Inversiones perfectamente cuantificable y adjudicado a la empresa..., constituida -tras la adjudicación- en Sociedad Mixta…, lo que excluye -e impide- que dichas obras se sometan a una nueva licitación pública…".*

Pues bien, con arreglo a lo expuesto, procede analizar si en la concesión del servicio de agua potable de Elda consta en el contrato inicial adjudicado en 1984 un precio determinable de las obras previstas en la Cláusula 7ª, como elemento esencial para la licitación pública.

En relación con este aspecto, no consta en el PCEA una cláusula específica referida a la determinación del precio de las obras a que se refiere la Cláusula 7ª durante la vigencia de la concesión. Ello obliga a analizar la tarifa del servicio de suministro de agua y los componentes que integran el cálculo de dicha tarifa, a fin de comprobar si en su fórmula, como sucede con las obras de la Cláusula 6ª, se incluye algún porcentaje o parámetro para el cálculo de su importe y para toda la vigencia del contrato.

Por cuanto se refiere a la "tarifa", la Cláusula 26 del PCEA, intitulada "Tarifas del Servicio", señala que las tarifas incluirán "*la justificación de los gastos de explotación del abastecimiento y el beneficio industrial del concesionario, así como los gastos de amortización de las instalaciones y los gastos financieros que correspondan al concesionario o al Ayuntamiento en su caso, que se deberán cubrir con el canon de la concesión.*

El Ayuntamiento se compromete expresamente a mantener el equilibrio económico de la concesión, de acuerdo con lo especificado en el artículo 127 del Reglamento de servicio de las Corporaciones Locales, compensando al concesionario con el canon que este debe entregar al Ayuntamiento o con las subvenciones que sean precisas, en su caso, hasta que sean aprobadas unas nuevas tarifas que permitan la autofinanciación del Servicio".

Por su parte, la Cláusula 27 del PCEA, referida a la revisión de las tarifas, señala que ésta podrá producirse: a) por aumento de los gastos de explotación; b) por aumento de las obligaciones financieras del Ayuntamiento, que constituyen el canon de la concesión; c) Por aumento de las amortizaciones de los servicios inmovilizados con motivo de la puesta en servicio de nuevas instalaciones; y d) por aumento de los gastos financieros del concesionario motivados por la aportación total o parcial de nuevas obras o instalaciones.

Pues bien, un examen de las precitadas Cláusulas 26ª y 27ª del PCEA permite concluir que, entre los conceptos que integran la tarifa del servicio de suministro de agua del municipio de Elda, se encuentran los gastos de explotación del abastecimiento, el beneficio industrial del concesionario, los gastos de amortización de las instalaciones y los gastos financieros del concesionario, y las obligaciones financieras del Ayuntamiento (que constituyen el canon de la concesión). Ahora bien, aunque con arreglo a tales cláusulas, los gastos de amortización y obligaciones financieras del Ayuntamiento pueden ser financiadas con el rendimiento de la tarifa del servicio, no se prevé en el Pliego de condiciones el método de cálculo, índices o porcentajes que permitan una eventual valoración del importe de las obras a que se refiere la Cláusula 7ª del PCEA. Solo consta en el PCEA la fórmula de cálculo que corresponde al "canon" que inicialmente debía ser abonado por la concesionaria al Ayuntamiento (5,20 ptas. por m3 facturado).

Dicho "canon" inicial, como se indica en la Cláusula 26ª del PCEA, estaba destinado -con carácter general- a las obligaciones financieras del Ayuntamiento, así como a mantener el equilibrio económico de la concesión en su conjunto, comprendiendo, también, el desequilibrio económico derivado de la propia explotación de servicio de suministro de agua -y no solo eventuales obras-. En el propio informe emitido a requerimiento del Ayuntamiento de Elda, de 29 de septiembre de 2020, se reconoce (pág. 26) que *"la amortización de las instalaciones existentes o de nuevo establecimiento, así como las inversiones de la cláusula 7 no eran gastos previstos en la tarifa propiamente dicha, sino que debían imputarse al canon del Ayuntamiento que, si no era suficiente, debía retribuir al concesionario con la subvención correspondiente. También es verdad que, conforme la literalidad de este artículo 26, el Ayuntamiento podía ingresar la totalidad del canon para dedicarlo a cualquier otro uso distinto al de servicio de agua potable y mantener el equilibrio económico del concesionario íntegramente con subvenciones…".*

Por ello, aun cuando el importe del canon inicial pudiera haber sido destinado por el Ayuntamiento al pago de obras incluidas en la Cláusula 7ª del PCEA, no se estima, a juicio de este Órgano consultivo, que dicho canon constituyera -en el contrato inicial adjudicado en el año 1984- el precio cierto (o determinable) de las obras reguladas en la Cláusula 7ª del PCEA para toda la vigencia del contrato.

Se aprecia, por tanto, una indeterminación inicial del precio de las obras reguladas en la Cláusula 7ª del PCEA que obstaría a estimarlas inicialmente incluidas en el objeto de la concesión, ni licitadas, no siendo susceptibles, por tanto, de adjudicación directa al concesionario. Esta indeterminación justificaría, en opinión de este Órgano consultivo, que en el Informe 2/2016, de la JCCGV, no se estimase viable jurídicamente la aplicación de la Cláusula 7ª del PCEA, al no haberse licitado las obras a que se refiere la comentada Cláusula 7ª con conocimiento de su dimensión económica. Su indeterminación afecta, no tanto a la concreción y detalle de tales obras (indeterminación que puede quedar justificada por la larga duración y el tipo de contrato) sino, fundamentalmente, al precio de dichas obras. Precio que debía ser conocido y susceptible de cálculo por todos los eventuales licitadores, y para toda la posible vigencia del contrato (50 años). Véase en este sentido el precitado Dictamen 441/2016, de este Órgano consultivo.

No obstante, la situación de partida cambió tras la modificación operada por Acuerdo plenario de 1997 y el Anexo al contrato, en el que se acordó la transformación del canon inicial por el denominado "Fondo de Renovación".

d.- Situación jurídica tras la transformación del canon inicial en el "Fondo de Renovación" y destino de dicho Fondo.

Como consta en la documentación remitida, y se ha señalado en distintas ocasiones, la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana en su Resolución de 6 de abril de 1984 afirmó que debía procederse *"a la creación de un "Fondo de Renovación" que evite la progresiva descapitalización del servicio y que se nutriría vía tarifaria"*. Según se indica en el Informe emitido a requerimiento del Ayuntamiento (pág. 26) "*este Fondo no pudo incorporarse al Pliego aprobado, un mes después, el 25 de mayo de 1984"*.

Posteriormente, la Comisión de Precios, en virtud de Resolución de 5 de febrero de 1986, no admitió la existencia de superávit, disponiendo que se creara el denominado "Fondo de Renovación", que se nutriría vía tarifa.

A fin de dar cumplimiento a dicha exigencia de la Comisión de Precios, el Pleno de la Corporación Local acordó, en sesión de 15 de diciembre de 1997, la transformación del canon inicial (constituido por 5,20 ptas. por m3 facturado) por el denominado "Fondo de Renovación" (20 millones de ptas. por año). Dicho Fondo, como se señala en el Informe del Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, "*tuvo desde su implantación, el objetivo de la financiación de las obras de renovación de las redes e instalaciones que no fueran a cargo de la tarifa general, si denominamos así a la tarifa que cubriría los costes de explotación del servicio*". En el Informe emitido a requerimiento de la entidad local, se señala (pág. 28) que *"a partir de las indicadas*

Resoluciones de la Comisión de Precios de 1984 y 1986 no cabe duda de que el Fondo de Renovación ha de aplicarse a la financiación de las obras de inversión que el concesionario ejecute en aplicación de la cláusula 7 del Pliego, con la doble finalidad de que no se descapitalice el servicio y de que se mantenga el equilibrio económico de la concesión. En el apartado 9 del Informe del Secretario, de 14 de febrero de 2019, se justifica y razona cumplidamente este régimen de aplicación del Fondo de Reversión, razonamientos que suscribimos íntegramente. Por lo tanto, por lo menos mientras existan obras de inversión por financiar, estas deben sufragarse con cargo al Fondo de Renovación y el ingreso de sus importes periódicos no debe realizarse a la Hacienda municipal".

Respecto al citado "Fondo de Renovación", este Órgano consultivo coincide con el Informe del Secretario municipal y con el Informe emitido a requerimiento de la entidad local, en el sentido de que, tras la transformación del canon inicial en el "Fondo de Renovación", este estaba destinado a evitar la descapitalización del servicio y, por tanto, a cubrir las inversiones en obras de dicho servicio.

Ahora bien, a partir de la anterior consideración se suscitan las siguientes cuestiones:

d.1.- Alcance del denominado "Fondo de Renovación".

Se plantea la cuestión acerca de si el Fondo de Renovación estaba destinado o no a financiar los distintos tipos de obras a las que alude la Cláusula 7ª del PCEA (obras de suministro a zonas alejadas de la red de distribución; instalación de red en zonas de nueva urbanización, ampliación de instalaciones de abastecimiento, incluyendo la renovación de las instalaciones por envejecimiento excluidas de la Cláusula 6ª del PCEA, obras de conservación y mantenimiento).

Pues bien, a la vista del Informe del Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, "*el cálculo de dicho Fondo se realiza tomando como base el valor de las instalaciones y calculando su amortización, conforme a la orden del Ministerio de Hacienda de 23 de febrero de 1965, Orden de 12 de mayo de 1993 y siguientes, por las que se aprueban las tablas de coeficientes anuales de amortización*". Por ello, atendiendo a cómo se calcula el Fondo de Renovación, este Consell estima que este puede -y debe- destinarse a la ejecución de obras de renovación de la red y no a todas las obras a que se refiere la Cláusula 7ª del PCEA. En este sentido, en el Informe, de 15 de febrero de 2015, suscrito conjuntamente por la Jefa de Servicios Públicos y por el Ingeniero Agrónomo Municipal, con cita de un anterior Informe, de 10 de febrero de 2015, del entonces Secretario Municipal se señala que "*Los trabajos realizados hacen referencia a actuaciones de 'sustitución de las*

conducciones generales' referenciadas entre las obligaciones del concesionario (artículo 6º) y que deben 'realizarse con cargo a su propia retribución'.

Los Técnicos del servicio entendemos que esta retribución hace referencia al concepto de tarifa de cuya estructura forma parte el Fondo de Renovación liquidado por este Excmo. Ayuntamiento trimestralmente a la concesionaria y cuyo destino debe ser 'la ejecución de las obras que fuesen precisas para la renovación y mantenimiento de la red, no pudiendo amparar cualesquiera otras obras de urbanización aun cuando fuesen complementarias a las mismas, que en caso de ser precisas, requerirán de la tramitación del correspondiente expediente de licitación'…".

Por consiguiente, este Órgano consultivo estima que, tras la creación del Fondo de Renovación, este debe destinarse a obras que fuesen precisas para la renovación y mantenimiento de la red, no pudiendo amparar cualesquiera otras obras de la Cláusula 7ª del PCEA. El Fondo de Renovación no se estima destinado a todas las obras -en sentido amplio- a que se refiere la reseñada Cláusula 7ª.

d.2.- Valoración jurídica de la transformación del "canon" inicial en el "Fondo de Renovación".

Como se ha dicho, en el año 1997 se modificó la concesión en el aspecto referido al canon inicial que debía ser abonado por la concesionaria a la contratista, transformando éste en el "Fondo de Renovación", calculado con arreglo a las citadas Órdenes Ministeriales y con un destino específico.

En el Informe 2/2016, de la JCCGV se señala que *"En cuanto a la segunda cuestión planteada en la consulta del Ayuntamiento, relativa al denominado Fondo de Renovación de la red de abastecimiento, cuya creación se inició como consecuencia de ser advertida su necesidad en la Resolución de 6 de abril de 1984 de la Comisión de Precios de la Generalitat, por la que se aprobaba la tarifa del servicio, hemos de señalar sobre todo que dicha advertencia iba dirigida al Ayuntamiento y nada tiene que ver con el contrato suscrito con la concesionaria, sin perjuicio de que el Ayuntamiento, con su mejor criterio, dedicara el canon percibido a nutrir dicho fondo. Por tanto, no debe confundirse el citado fondo con el canon que, en virtud del contrato, la concesionaria está obligada a abonar al Ayuntamiento por el importe establecido en el acuerdo de adjudicación del contrato y en la oferta presentada por ella, sin excepción de ningún tipo y en la forma y periodicidad determinada en la cláusula 28 del PCEA. Y es de la exclusiva incumbencia del Ayuntamiento decidir si destina dicho canon y cualesquiera otros recursos al fondo de renovación de la red que, por supuesto, será de titularidad municipal…".*

Se añade en el Informe que *"…hemos de advertir, además, que no sólo nos encontramos ante una posible disconformidad de la cláusula 7 del PCPE con las normas vigentes entonces, por una parte, y de una cuando menos*

irregular modificación de las condiciones económicas del contrato derivada del acuerdo de 1997…".

En relación con la expresada modificación operada en el año 1997, esta supuso, efectivamente, una modificación en los componentes de la tarifa inicial transformando el "canon" inicial (que integraba la tarifa) en un Fondo de Renovación (que integra igualmente la tarifa). Dicha modificación estuvo motivada, como se indicado en varias ocasiones, por las Resoluciones de la Comisión de Precios.

Según se señala en el Informe del Secretario municipal, de 14 de febrero de 2019, -pág. 36- *"(…) esta Secretaría considera en base a lo dicho a lo largo del presente informe, que el concesionario es quien debe ejecutar las obras de inversión en el Servicio, que dichas obras, relacionadas de modo más amplio en la cláusula 7ª del contrato deben sufragarse con cargo al Fondo de Renovación y que no debe realizarse el ingreso del importe del Fondo de Renovación en el Ayuntamiento*". En el Informe, de 29 de septiembre de 2020, emitido a requerimiento del Ayuntamiento de Elda se señala igualmente -pág. 28- que "*mientras existan obras de inversión por financiar, estas deben sufragarse con cargo al Fondo de Renovación y el ingreso de sus importes periódicos no debe realizarse a la Hacienda municipal*".

No obstante, en el Informe, de 15 de febrero de 2015, suscrito conjuntamente por la Jefa de Servicios Públicos y por el Ingeniero Agrónomo Municipal, se alude, in fine, al *"Fondo de Renovación incorporado en el Presupuesto municipal*".

A juicio de este Órgano consultivo, el no ingreso de los importes periódicos del Fondo de Renovación en las Arcas Municipales conllevaría que dichos importes sean destinados a la concesionaria para la ejecución directa de obras de inversión (Cláusula 7ª) convirtiendo el Fondo en el mecanismo de "retribución" de dicha concesionaria -precio de las obras de renovación o inversión-. Dicha interpretación supondría, como señala la JCCGV, una modificación de las condiciones económicas del contrato derivada del Acuerdo plenario de 1997, siendo así que la Cláusula 7ª del PCEA carecía inicialmente de precio cierto o determinable, introduciéndose con posterioridad la retribución con la creación de dicho Fondo destinado -a juicio de la entidad local- al concesionario.

La entidad local ha venido interpretando que, tras la modificación de la concesión, la creación del Fondo de Renovación en el año 1997, y con arreglo a la Cláusula 7ª del PCEA -que atribuye la ejecución de las obras a la concesionaria- es posible la adjudicación directa de las obras de inversión a la contratista, sin necesidad de licitación pública. Según la entidad local, la modificación de la concesión en el año 1997 ampara la actuación que hasta

la fecha ha realizado el órgano de contratación en orden a la adjudicación directa de las obras financiadas por el Fondo de Renovación.

En relación con lo expuesto, efectivamente, la modificación de la concesión en el año 1997, en los términos que sostiene la entidad local, ampararía la actuación seguida hasta la fecha por el órgano de contratación. Ahora bien, como se ha indicado y refiere la JCCGV, la modificación del año 1997 ha podido suponer una modificación de las condiciones económicas al introducir una retribución -mediante el Fondo- de unas obras que fueron licitadas inicialmente sin precio cierto ni determinable, siendo incorporada la nueva "retribución" con posterioridad mediante el Fondo de Renovación, lo que afectaría a las reglas iniciales de la licitación de la concesión. Por ello, la adecuada interpretación de la modificación operada en el año 1997 exigiría considerar el Fondo de Renovación de titularidad municipal, debiendo reconsiderarse por el órgano de contratación la adjudicación directa a la concesionaria de las obras de inversión que hasta ahora se han estimado amparadas en la Cláusula 7ª del PCEA y en el canon y en el Fondo de Renovación.

III
CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

1º.- Nada obsta a la primera prórroga tácita amparada en la Cláusula 29ª del PCEA, y en la normativa de contratación aplicable en dicho momento.

Respecto a la segunda y tercera prórrogas, éstas fueron acordadas de forma expresa por Acuerdos del órgano de contratación de 1997 y 2005, por lo que, encontrándose vigentes dichos Acuerdos, formalizados en los correspondientes Anexos a la concesión, quedan amparadas en tales actuaciones las prórrogas de la concesión desde 2004 hasta 2014 y desde 2014 hasta 2024.

2º.- En relación con las obras, nada obsta a la inclusión de las obras de conservación y mantenimiento a que se refiere la Cláusula 6ª del PCEA en el objeto de la concesión.

Respecto a las obras previstas en la Cláusula 7ª del PCEA, se aprecia, una indeterminación inicial del precio de dichas obras que obstaría a estimarlas inicialmente incluidas en el objeto de la concesión, ni licitadas, no siendo susceptibles, en principio, de adjudicación directa al concesionario.

3ª. En relación con el denominado Fondo de Renovación, este debe destinarse a obras que sean precisas para la renovación y mantenimiento de la red, no pudiendo amparar cualesquiera otras obras de la Cláusula 7ª del PCEA. El Fondo de Renovación no se estima destinado a todas las obras -en sentido amplio- a que se refiere la reseñada Cláusula 7ª.

4ª.- La modificación de la concesión en el año 1997, en los términos que sostiene la entidad local, ampararía la actuación seguida hasta la fecha por el órgano de contratación. Ahora bien, como se ha indicado y refiere la JCCGV, la modificación del año 1997 ha podido suponer una modificación de las condiciones económicas al introducir una nueva retribución -mediante el Fondo- de unas obras que fueron licitadas inicialmente sin precio cierto ni precio determinable, siendo incorporada la "retribución" con posterioridad mediante el Fondo de Renovación, lo que afectaría a las reglas iniciales de la licitación de la concesión. Por ello, la adecuada interpretación de la modificación operada en el año 1997 exigiría considerar el Fondo de Renovación de titularidad municipal, debiendo reconsiderarse por el órgano de contratación la adjudicación directa a la concesionaria de las obras de inversión que hasta la fecha se han estimado amparadas en la Cláusula 7ª del PCEA y en el canon y en el Fondo de Renovación.

V.H., no obstante, resolverá lo procedente.

València, 24 de noviembre de 2021

EL SECRETARIO GENERAL

LA PRESIDENTA

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE ELDA