

Servicios públicos

Pedro Luis Martínez Pallarés

I. LEGISLACIÓN

El análisis de la legislación y de la actividad reglamentaria relativa a los servicios públicos locales en la Comunidad Autónoma de Aragón durante el año 2010 conlleva hacer referencia a la transposición de la Directiva 2006/13/CE del Parlamento y del Consejo, conocida como directiva Bolkestein, en el subordenamiento jurídico aragonés, si bien circunscribiendo nuestra atención a la modificación de la legislación de régimen local aragonesa llevada a cabo con dicho motivo. Junto a ello analizaremos la nueva regulación de los cementerios dependientes del Ayuntamiento de Zaragoza, como muestra de la actividad regulatoria de los servicios públicos locales realizada a través del ejercicio de la potestad reglamentaria de las entidades locales, que en esta ocasión incide sobre un servicio público de honda raigambre en nuestra tradición jurídica local.

Por último, dada su peculiaridad, haremos referencia a las encomiendas de gestión de servicios públicos de transporte escolar, titularidad autonómica, en diferentes entidades locales aragonesas:

A. Decreto Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

La tardía transposición de la Directiva realizada por la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, provocó una vertiginosa y frenética tarea de modifica-

ción y adaptación de disposiciones vigentes con rango de ley a las disposiciones comunitarias que en teoría debiera haberse cumplido en el plazo de un mes, a partir de la entrada en vigor de la Ley que tuvo lugar a los treinta días de su publicación. Al objeto de dar cumplimiento a la Disposición Final de la Ley, las Cortes Generales aprobaron la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, conocida como “ley ómnibus”, y las Comunidades Autónomas y entidades locales debieron comunicar a la Administración General del Estado antes del 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado en aras a dicha adaptación.

Con independencia de que el plazo previsto por la Ley 17/2009 pueda ser calificado como de imposible cumplimiento, puesto que la Ley entró en vigor el mismo día en que debía realizarse la comunicación, lo cierto es que la Comunidad Autónoma de Aragón procedió a la adaptación de sus normas con rango de ley en el mes de abril de 2010, superando por tanto el plazo establecido al respecto. Esta circunstancia justificó, a juicio del legislador la utilización de la potestad legislativa extraordinaria y provisional del ejecutivo autonómico, procediendo a la aprobación del Decreto Ley 1/2010, de 27 de abril.

Si bien gran parte de las materias objeto de modificación tienen incidencia en el ámbito local, dada la naturaleza de este breve comentario circunscribiremos nuestra atención a la modificación de la Ley de Administración Local de Aragón.

En primer lugar se introduce, en una nueva redacción del art. 193, una enumeración de los instrumentos de intervención en la actividad de los particulares, inexistente en la redacción inicial de la Ley. De esta forma se mencionan las ordenanzas y decretos normativos de emergencia; el sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, estableciendo una remisión al régimen jurídico establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en relación con el acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidos en el ámbito de aplicación de aquella; comunicación previa o declaración responsable; control posterior al inicio de la actividad; órdenes individuales. En suma una redacción de tenor similar a la establecida en la nueva dicción del artículo del art. 84 de la LBRL dada por la Ley 25/2009.

En segundo lugar se establece una nueva redacción del art. 194 y la introducción de un nuevo art. 194 bis de la LALA, regulando el régimen jurídico de las licencias y autorizaciones. La primera novedad consiste en la obligatoriedad de establecer procedimientos de gestión coordinada en los supuestos de actividades de los particulares que requieran la autorización municipal y la autonómica para su ejercicio.

Junto a ello, como regla general, de conformidad con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, se parte de la premisa de que el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio comprendidas en el ámbito de la mencionada ley estatal solo estará sometido al régimen de autorización o licencia en los supuestos en que la legislación sectorial así lo establezca, siempre que cumpla las condiciones de no discriminación para el prestador, de existencia de una razón imperiosa de interés general y que su exigencia sea proporcional con el objetivo perseguido. En consecuencia, los instrumentos de intervención administrativa en estos casos serán la declaración responsable y la comunicación previa, sometidas al ejercicio posterior de las facultades de comprobación, inspección y control, en los términos previstos en las ordenanzas municipales. Dichos instrumentos, regulados con carácter básico en el nuevo art. 17 bis 1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, también podrán ser utilizados en otro tipo de actividades, de conformidad con lo que puedan establecer las ordenanzas. Cuestión distinta es el grado de compatibilidad de la legislación sectorial aragonesa, incluso la más novedosa, con los principios enumerados en esta modificación legislativa, como ocurre en la Ley Urbanística de Aragón respecto de la exigencia de licencias ambientales y de apertura.

De forma paralela, no debe olvidarse que el R.D. 2009/2009, de 23 de diciembre procedió a la modificación de los artículos 5 y 22.1 del Decreto de 17 de junio de 2005 por el que se regula el Reglamento de Servicios de las entidades locales, y la supresión de los artículos 8 y 15.2. La peculiaridad de esta operación radicó en la Disposición final primera que reclamaba el art. 149.1.18 como título habilitante de la misma, con la evidente incidencia en el sistema de fuentes de un sector de la regulación local que ha sido desarrollado por normas reglamentarias de la Comunidad Autónoma, como el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las entidades locales de Aragón.

Por último, destacar la incidencia que el nuevo complejo normativo formado por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre y el Decreto-Ley del Gobierno de Aragón 1/2010, de 27 de abril tienen sobre los servicios públicos locales, en la medida en que éstos puedan ser encuadrados dentro del ámbito conceptual de lo que se ha dado en denominar servicios de interés económico general. Tanto la Directiva comunitaria como la Ley 17/2009 excluyen de su ámbito de aplicación los denominados servicios de interés general, entendiéndose incluidos por lo tanto los denominados servicios de interés económico general, pero la legislación estatal no establece referencia alguna a la aplicación de restricciones excepcionales en relación con estos últimos cuando resulten indispensables para ga-

rantizar la misión encomendada al mismo, que si cuentan con cobertura normativa en la Directiva. La legislación aragonesa nada dispone al respecto produciéndose con ello una situación de indeterminación que, junto con la inexistente homologación entre los conceptos de servicio público, tradicional en nuestro régimen local, y los de servicio de interés general y de interés económico general, procedentes del ordenamiento comunitario, provoca cierta inquietud en los operadores jurídicos.

B. Ordenanza Municipal de Cementerios de Zaragoza. Aprobación definitiva por Ayuntamiento Pleno el 28 de mayo de 2010

La Ordenanza regula el régimen de los cementerios dependientes del Ayuntamiento de Zaragoza, que se regirán por sus disposiciones y por las normas sobre policía mortuoria. Con ello se pretende adecuar a los principios constitucionales una regulación, cuyo precedente inmediato era el Reglamento del Cementerio de Torrero aprobado el 23 de junio de 1938, así como a la legislación de procedimiento administrativo, función pública, contratación del sector público, y legislación sectorial vigente en la actualidad.

El objeto de la gestión de cementerios y crematorio consistirá en las inhumaciones, exhumaciones, reducciones de restos, traslados, cremación y toda actividad referida a cadáveres y restos, actividades que deberán constar en el Registro Público de Cementerios que habrá de ser confeccionado y mantenido por el Ayuntamiento zaragozano.

Se define el concepto de unidad de enterramiento, con especial detalle y concreción y se garantiza el cumplimiento de derechos fundamentales como la libertad ideológica, religiosa o de culto en enterramientos, incineraciones, servicios religiosos y actos civiles.

Particular interés reviste la regulación del derecho funerario configurado como una concesión de uso sobre las distintas unidades de enterramiento y sobre los terrenos otorgados por el Ayuntamiento, que tendrá un carácter temporal dada la naturaleza demanial de los cementerios. En este sentido el art. 24 prevé una duración inicial de cinco años, a contar desde la primera inhumación, prorrogable hasta un máximo de 49 años. La Disposición Transitoria Segunda establece que las concesiones definitivas o las denominadas a perpetuidad existentes a la entrada en vigor de la Ordenanza se considerarán otorgadas por el plazo máximo de las concesiones establecido en las normas vigentes en el momento de su adjudicación. Junto a ello se prohíbe la realización de nuevos enterramientos en tierra, sin perjuicio de que tal y como dispone la D.T. Primera antes del vencimiento de la próxima renovación puedan acogerse a una concesión por 49 años de una unidad de enterramiento para

restos o columbario. El derecho funerario es transmisible, mortis causa, sin alteración del plazo de duración, mediante herencia o designación expresa del beneficiario en escritura pública, quedando expresamente prohibida su enajenación así como cualquier tipo de actividad especulativa.

Tras la regulación de las actuaciones objeto de gestión en los cementerios (inhumaciones, exhumaciones, reducción de restos, traslados...), el Título III de la Ordenanza regula las construcciones funerarias, previendo la existencia de construcciones municipales y de construcciones particulares. El Título IV regula el servicio de incineración de cadáveres y restos humanos, previniéndose la existencia de columbarios y parcelas para cenizas, que se regirán por idénticas normas que las establecidas con carácter general para el derecho funerario.

Por último se regula el régimen tarifario, con una expresa remisión a la Ordenanza fiscal vigente, y el régimen sancionador, con remisión a las normas establecidas en la legislación básica de régimen local y a las prescripciones que sobre el procedimiento sancionador contiene la Legislación de procedimiento administrativo común.

En todo caso, con carácter supletorio, será de aplicación la normativa estatal y autonómica y cuantas disposiciones higiénico-sanitarias resulten de aplicación en los servicios de cementerio.

C. Decreto 143/2010, de 20 de julio, del Gobierno de Aragón por el que se autoriza la encomienda de gestión de la Comunidad Autónoma de Aragón a las comarcas de Sobrarbe, Alto Gállego, La Jacetania, la Ribagoza, Cuencas Mineras, Jiloca, Bajo Martín y a los municipios de Barbastro y Lanaja en materia de transporte escolar

El Decreto sirve de cobertura a la suscripción de los correspondientes convenios de encomienda de gestión con las entidades locales mencionadas. Se pretende con ello que la prestación del servicio público de transporte escolar, cuya competencia está atribuida al Gobierno de Aragón, se efectúe a través de las entidades locales, asumiendo la administración autonómica el compromiso de su financiación económica sin que se produzca alteración alguna de la titularidad de la competencia.

El tenor del Decreto y de los convenios suscritos en ejecución del mismo plantea a nuestro entender diversos interrogantes. En particular, sin cuestionar las posibles razones de eficacia que puedan fundamentar su previsión, la actividad que se encomienda trasciende la mera consideración de actividad “material, técnica o de servicios” prevista en el art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y en el art. 38.3 del Decreto Legislativo del Gobierno de Ara-

gón 2/2001, de 3 de julio, no siendo plausible entender que las entidades locales mencionadas posean medios técnicos idóneos para su desempeño, que no pueda poseer el Gobierno de Aragón. En realidad, a nuestro entender, se está encomendando la gestión de un servicio público globalmente considerado para su posterior gestión indirecta. Junto a ello, en los convenios de encomienda se establece que la responsabilidad en la prestación del servicio se atribuye a las entidades locales encomendadas, previsión de difícil encaje con la naturaleza jurídica de la técnica utilizada, que supone un mero préstamo de órganos sin alteración competencial alguna.

II. JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2010. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Plazo de caducidad para la adopción de la decisión de resolución contractual. Aplicación del art. 42 de la Ley 30/1992

Dictada con motivo de la interposición de recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra Sentencia del TSJ de Aragón por la que se estimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón que resolvía el contrato suscrito con la recurrente para la gestión del servicio público de transporte sanitario terrestre no urgente del Área Sanitaria I de Huesca y zona básica de Salud de Mequinenza, incautando la fianza definitiva y aprobando la liquidación del contrato.

La Sentencia de instancia estimó el recurso contencioso administrativo por considerar que se había producido la caducidad del expediente de resolución del contrato, incluso considerando la suspensión para la solicitud de informes que nunca puede ser superior a tres meses, al haberse dilatado su resolución más de un año, incumpliendo con ello los plazos del art. 42 de la Ley 30/1992. En concreto, la incoación del procedimiento se acordó por resolución de 26 de agosto de 2005, dictando la resolución impugnada por la que acuerda la resolución del contrato el 25 de agosto de 2006, notificándose a la recurrente con fecha 31 de agosto de 2006.

Se invoca como sentencia de contraste la Sentencia dictada por el TSJ de Baleares de 8 de mayo de 2002 que llega a conclusión distinta consistente en considerar que la normativa de aplicación no establece plazo al ser un procedimiento administrativo muy complejo, no siendo de aplicación el plazo de caducidad.

El TS considera que la contradicción enjuiciada ha sido ya objeto de consideración por la Sentencia de instancia que en su dictado se ha atenido a la doctrina contenida en los últimos pronunciamientos de esa Sala al respecto (STS de 19 de julio de 2004; 2 de octubre de 2007; 13 de marzo de 2008), que llegan a la conclusión de la existencia de un plazo de caducidad para adoptar la decisión de resolución del contrato por la Administración. Por ello afirma que frente a dicha doctrina consolidada no cabe aducir un pronunciamiento de un Tribunal inferior, por lo que debe prosperar el criterio mantenido en la Sentencia de instancia.

2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

A. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 17 de septiembre. (JUR 2010/362498). Experiencia como requisito de aptitud del licitador y no como criterio de adjudicación del contrato. Exigencia de proyecto de explotación en contratos de gestión de servicios públicos que no conllevan la ejecución de obras

Sentencia dictada con motivo del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 4 de Zaragoza desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cadrete por el que se desestimaron las alegaciones presentadas frente al procedimiento de licitación para la concesión del servicio de abastecimiento de agua y saneamiento y el pliego de condiciones técnicas y administrativas que había de regir su adjudicación.

En primer lugar se cuestionan en el recurso dos criterios de valoración establecidos en el pliego de condiciones relacionados con la experiencia en la gestión de servicios semejantes al objeto del contrato de licitación e incluso experiencia en municipios de la Comunidad Autónoma de Aragón: “Por cada municipio de la CA de Aragón en el que el proponente gestione la totalidad o parte de los servicios de manera similar a la propuesta en el pliego, 0,25 puntos hasta un máximo de 20 puntos” y “Mayor solvencia y mayor número de personal titulado del licitador, con experiencia en la gestión de abastecimiento y saneamiento en municipios españoles similares, así como mayor capacidad logística para comenzar en el menor tiempo posible a prestar con plena normalidad y garantía los servicios. También se valorará los certificados de calidad ISO 9001-2000 en servicios similares a éste, hasta un máximo de 20 puntos”.

En relación con el primero de los criterios la Sala considera que vulnera los principios de igualdad y libre concurrencia, citando para ello reiterada Jurisprudencia del TS, que reproduce exhaustivamente (STS de 21 de marzo de

2007; STS de 11 de julio de 2006; STS de 24 de mayo de 2004) . En relación con el segundo, aplicando lo dicho en las STS de 21 de marzo de 2007 y STJCE de 16 de septiembre de 1999 y 24 de enero de 2008 entre otras, considera que contempla una revaloración de la solvencia económica, técnica y profesional que es inexigible en esta fase de adjudicación al tratarse de una condición previa de acceso al concurso. A juicio de la Sala el art. 53 del TRLCAP al establecer los criterios de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa no contempla la experiencia como factor a puntuar en la adjudicación ya que aquella ha debido ser considerada como elemento previo de clasificación. En resumen los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como “criterios de adjudicación” se refieren principalmente a la experiencia, la cualificación y los medios para garantizar la buena ejecución del contrato, se tratan de criterios que versan sobre “la aptitud” de los licitadores y no tienen por ello la cualidad de “criterios de adjudicación”.

En segundo lugar se cuestiona en el recurso interpuesto la exigibilidad o no de un proyecto de explotación, previo a la licitación, en supuestos de contratos de gestión de servicios públicos que no conlleven la ejecución de obras. La Sala, en base a lo establecido en el RBASO y en el RD 1098/2001, de 12 de octubre, afirma que resulta exigible con carácter previo a la licitación la elaboración de un proyecto de explotación, aun cuando el art. 158 del RDL 2/2000, de 1 de junio, haga referencia solo a los contratos de gestión que comprendan la ejecución de obras, al establecer que en tales casos la tramitación del expediente ha de ir precedida de la elaboración y aprobación administrativa del “anteproyecto de explotación y de las obras precisas” con la especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización.

En este sentido aduce que los artículos 266 del RBASO y 183 del RD 10988/2001, establecen que con excepción de los contratos que comprendan la ejecución de obras “los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional” debiendo comprender un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que se incorporará por el órgano de contratación al expediente previamente a su aprobación. Resultando de todo ello la necesidad de un proyecto de explotación para los contratos de gestión que no comprendan la ejecución de obra. Circunstancia ésta reconocida por la propia administración al disponer con fecha 25 de septiembre de 2006 que debiera adjuntarse al procedimiento de contratación “memoria de explotación del servicio”, que expresamente incumplió al aprobar el correspondiente pliego y convocar el anuncio de su convocatoria sin cumplir con dicho requisito.

III. DOCUMENTACIÓN

1. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

A. Dictamen 1/2010, de 12 de enero de 2010. Resolución del contrato de gestión de servicio público de enterramientos, servicios funerarios y mantenimiento del recinto funerario de Calamocha. Incumplimiento de condiciones contractuales esenciales

Con fecha 2 de octubre de 2008 el Sr. Alcalde de Calamocha acordó incoar el procedimiento de resolución del contrato de gestión de servicio público de enterramiento, servicios funerarios y mantenimiento del recinto funerario, dando audiencia al contratista, por suspensión del contrato decidida unilateralmente por éste, falta de ejecución de las mejoras propuestas en su oferta e impago del canon concesional. Una vez se presentaron las alegaciones por la UTE concesionaria, oponiéndose a la resolución pretendida, se solicitó la emisión del preceptivo dictamen por el Consejo Consultivo de Aragón.

Debe destacarse que del conjunto de incumplimientos aducidos por el Ayuntamiento de Calamocha únicamente se entiende que la suspensión unilateral de su prestación con la correspondiente entrega de llaves es calificada por el Ayuntamiento como incumplimiento de condiciones esenciales contractuales, de las previstas en el art. 111.g) de LCAP, constituyendo el resto de circunstancias meras deficiencias en la prestación del servicio. Por ello el Consejo constriñe su informe a la resolución del contrato por incumplimiento de condiciones esenciales contractuales por parte del contratista, consistentes en el abandono de la prestación del servicio con devolución de las llaves afectas al mismo.

A juicio del Consejo es notorio el incumplimiento por la empresa concesionaria de sus obligaciones contractuales, dado que el abandono de las instalaciones y la suspensión del servicio ha sido debidamente acreditado en el expediente administrativo tramitado al efecto. Por ello el mencionado incumplimiento se erige en causa legítima de resolución del contrato, por aplicación del art. 111.g) del TRLCAP y del propio pliego de cláusulas administrativas particulares, con incautación de la fianza sin perjuicio del deber de liquidación del contrato.

B. Dictamen 8/2010, de 12 de enero. Resolución de contrato administrativo de concesión del servicio público municipal de cementerio de Monzón y Conchal. Incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Monzón tramitó en tres ocasiones, sendos procedimientos sancionatorios con motivo de diversos incumplimientos imputables a la mercantil concesionaria del servicio municipal de

Cementerio. En el primero de ellos impuso tres sanciones de 300.000 euros por tres infracciones graves, en el segundo impuso cuatro sanciones por cuatro infracciones administrativas graves y en el tercero tres sanciones como consecuencia de tres infracciones asimismo calificadas como graves. Todos los actos administrativos de imposición de sanciones devinieron firmes al ser consentidos por la concesionaria.

Paralelamente a la tramitación del tercer procedimiento sancionador, el Alcalde de Monzón propuso a la Comisión Informativa correspondiente y al Pleno corporativo, que procedió a su aprobación, la incoación de expediente de resolución del contrato por imposición de más de dos sanciones por faltas graves. Tras la presentación de alegaciones por la concesionaria oponiéndose a la propuesta, el Pleno en sesión de 31 de marzo de 2009 formuló propuesta de resolución del contrato, por considerar que la Ordenanza Municipal Reguladora del Servicio de Cementerio, que formaba parte integrante del contrato por mor del pliego de condiciones, tipificaba como falta muy grave la comisión de tres faltas graves y que asimismo preveía la resolución del contrato por la comisión de una falta muy grave.

Solicitado el preceptivo informe, el Consejo Jurídico de Aragón previa determinación del régimen jurídico aplicable, que dada la fecha de la adjudicación del contrato, corresponde al establecido en el TRLCAP, informa favorablemente la propuesta de resolución por incumplimiento de condiciones contractuales esenciales, al amparo de lo establecido en el art. 111.g) del TRLCAP, que implica la incautación de la garantía, sin perjuicio de la obligación de liquidación del contrato.

Para alcanzar dicha conclusión considera que es notorio el reiterado incumplimiento por la concesionaria de sus obligaciones contractuales, que se ha manifestado claramente mediante la imposición de siete sanciones por comisión de sendas infracciones graves. La expresa previsión en la Ordenanza Municipal reguladora del Servicio de la tipificación como infracción muy grave de la reiterada comisión de tres faltas graves, habilita la resolución de la concesión, dado que se tiene por acreditado un incumplimiento de una obligación esencial, según el mencionado art. 111.g) del TRLCAP.

C. Dictamen 98/2010, de 29 de septiembre. Resolución por incumplimiento del contratista del contrato de concesión del servicio municipal de agua potable y saneamiento del municipio de La Muela. Determinación del concepto “incumplimiento de condiciones esenciales del contrato”. Informe desfavorable

Con fecha 20 de julio de 2007 el Pleno del Ayuntamiento de La Muela acordó rescatar la gestión del servicio de agua potable y saneamiento de dicho muni-

cipio prestado por la empresa Gestión de Aguas Aragón S.A., por considerar que la concesionaria había incurrido en infracción grave, asumiendo el Ayuntamiento la gestión directa del mismo hasta la finalización del contrato. Acto seguido, mediante Decreto de la Alcaldía se aprueba un pliego de condiciones administrativas particulares concordantes con el contrato rescatado de gestión de aguas y se inicia un procedimiento negociado sin publicidad para la selección del nuevo gestor del servicio, adjudicándose con fecha 8 de agosto de 2007 la concesión administrativa del mismo a favor de Ente Gestor Nuevas Tecnologías del Agua S.L.

Paralelamente el Ayuntamiento y la mercantil concesionaria Gestión de Aguas de Aragón S.A. habían iniciado un proceso de negociación tendente a facilitar la salida ordenada del servicio de aquella, que por una serie de avatares resultó infructuoso. En consecuencia la mercantil concesionaria interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de fecha 20 de julio de 2007. La Sentencia dictada por el Juzgado contencioso administrativo acordó la nulidad de pleno derecho del acto recurrido por el que se acordaba el rescate de la concesión, ordenando la retroacción de las actuaciones al objeto de que, en su caso, fueran respetados los requisitos de procedimiento a los que alude el art. 136. 1 del RSCL antes de declarar la caducidad de la concesión.

Con fecha 12 de marzo de 2009, el Pleno del Ayuntamiento de La Muela, tras resaltar que el contrato había vencido en junio de 2008, en ejecución de sentencia acordó la retroacción de las actuaciones para, previas las alegaciones que pudieran presentarse, formular propuesta de resolución que deberá centrarse en la caducidad o no del contrato o rescisión del mismo, dando traslado de ello a la Comisión Jurídica del Gobierno de Aragón.

Con fecha 1 de febrero de 2010, mediante Decreto de la Alcaldía se resuelve con carácter previo a la declaración de caducidad o resolución del contrato, en cumplimiento del art. 136.1 RSCL, dar traslado a Gestión de Aguas Aragón de las deficiencias advertidas en su momento en la gestión del servicio, concediendo audiencia al objeto de que manifestara cuanto a su derecho conviniera, previéndose que si formalizara oposición por el concesionario se procediese a la solicitud del preceptivo informe de la Comisión Jurídica de la Comunidad Autónoma de Aragón. Dado que la oposición del contratista se formaliza mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2010, el Pleno del Ayuntamiento formula propuesta concreta de resolución contractual, elevando la misma al Consejo Consultivo de Aragón.

El dictamen emitido objeto de comentario goza de particular relevancia para un adecuado conocimiento del régimen jurídico al que se somete la con-

cesión en cuanto que modalidad gestora de los servicios públicos locales, ya que el órgano consultivo realiza un especial esfuerzo expositivo al respecto.

En primer lugar califica la concesión de abastecimiento de aguas como una actividad administrativa de servicio público y el contrato suscrito para su prestación como un contrato administrativo típico. Respecto de su calificación como servicio público recuerda que, si bien inicialmente la Ley de Obras Públicas de 1877 vinculaba la regulación del abastecimiento de agua al concepto de obras públicas, desde la Ley de Aguas de 1879 el abastecimiento de aguas a la población tiene consideración de servicio público, si bien en un primer momento sin una expresa declaración en ese sentido. Será el Estatuto de Municipal de 1924 quien proceda a su inclusión entre los servicios de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos, constituyendo desde entonces un servicio público municipal, calificación que fue confirmada por el art. 114.2 del RSCL de 1955, y que en la actualidad se encuentra reflejada en los artículos 199 y 211 de la Ley de Administración Local de Aragón, en el art. 273 del Decreto del Gobierno de Aragón 347/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las entidades locales de Aragón, y en el art. 86.3 de la LBRL que lo configura como un servicio esencial reservado. En aras a reforzar la calificación realizada el Consejo enumera la inveterada y constante jurisprudencia del TS recaída en ese mismo sentido, que desde el año 1913 hasta pronunciamientos más recientes, en 1992, ha considerado de manera indubitable que el abastecimiento de agua a las poblaciones es un servicio público.

Como consecuencia de dicha calificación el Consejo considera acertadamente que el contrato sobre cuya resolución debe informar es un contrato administrativo típico, de gestión de servicios públicos, regulado en la actualidad en el art. 8 de la LCSP, y que por ello resultan de aplicación las reglas que para este tipo de contratos establece la legislación reguladora de los contratos administrativos y se ve asimismo particularmente afectado por el principio de continuidad en la prestación del servicio.

Una vez identificada la legislación aplicable que, dado que el contrato controvertido fue suscrito con fecha 30 de julio de 1998, resulta ser la LCAP de 1995 que derogó el Reglamento de Contratación de las entidades locales, el Consejo procede a la identificación de las pretensiones del Ayuntamiento, dada la indefinición de la causa de extinción del contrato esgrimida por éste que de manera indiferente, en sus sucesivas resoluciones administrativas, hace referencia al rescate, al secuestro, la caducidad y la resolución de la concesión. Para ello realiza una meritoria tarea de clarificación conceptual que, a mi entender, resulta de suma utilidad para los operadores jurídicos.

En este sentido recuerda que el “rescate” es una causa de extinción de los contratos administrativos de servicios públicos que se fundamenta en la conveniencia para el interés general pero que no se encuentra vinculada a incumplimiento alguno por el contratista, que conlleva en todo caso la ulterior prestación del servicio de forma directa por la Administración. Ninguna de ambas circunstancias parecen concurrir en el supuesto analizado puesto que, si bien en un primer acuerdo se habla de rescate del servicio, se vincula al incumplimiento del contratista y posteriormente se acuerda una nueva gestión indirecta del servicio, a través de una nueva adjudicación de su concesión.

El “secuestro”, hoy denominado “intervención”, vinculado a la comisión de una infracción grave por parte del contratista que ponga en peligro la buena prestación del servicio, tiene como finalidad garantizar “provisionalmente” su adecuada prestación, no constituye una causa de extinción del mismo y exige que sea prestado directamente por la Administración. Circunstancias que de una lectura de las sucesivas resoluciones municipales no concurren en el supuesto analizado.

La “caducidad” de la concesión, prevista en el art. 136 RSCL, resultaba de aplicación antes de su derogación por el R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, en supuestos de incumplimiento o infracción gravísima de las obligaciones esenciales del concesionario, o de reiteración en las mismas infracciones que hubieran determinado un secuestro previo, y era configurada por el art. 224 del RCE como un supuesto de resolución contractual.

A juicio del Consejo lo que pretendía el Ayuntamiento de La Muela desde un primer momento, con independencia de su desafortunada peripecia administrativa, era la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, prevista en la LCAP que resultaba de aplicación, y subsumible en la caducidad prevista en su momento en el RSCL. Tras la Sentencia del Juzgado contencioso administrativo de fecha 29 de septiembre de 2008, que anula la inicial resolución municipal de 20 de julio de 2007 que acordaba el rescate del servicio, el Ayuntamiento decide resolver el contrato suscrito con Gestión de Aguas de Aragón, cumpliendo para ello el procedimiento legalmente establecido para la resolución de los contratos administrativos, dando audiencia a la concesionaria y ante su oposición, solicitando el preceptivo informe del órgano consultivo autonómico previo a la adopción del acuerdo definitivo de resolución.

Los motivos de oposición del contratista, que considera que el contrato no puede ser resuelto porque ya lo fue mediante el acuerdo de 20 de julio de 2007, son considerados por el Consejo como incongruentes dado que dicho

acuerdo fue declarado nulo mediante sentencia judicial a instancia de la propia concesionaria.

Los motivos en que la Administración municipal fundamenta su propuesta de resolución contractual son clasificados por el órgano consultivo en tres grupos: El primero englobaría los relativos a los resultados de los análisis practicados por el Departamento de Sanidad de la DGA, como consecuencia de visitas realizadas entre los años 1999 y 2004, que declara el agua no potable por una serie de circunstancias. El segundo, integrado por los defectos de funcionamiento detectados en las visitas de inspección que hacen referencia a aspectos de inferior gravedad, tales como defecto de señalizaciones, carencia de carnet de manipulador de alimentos... El tercero, que integraría deficiencias en las relaciones entre la concesionaria del servicio y los vecinos, tales como mal funcionamiento de contadores, o lecturas erróneas de los mismos entre otros que manifiestan una prestación indebida del servicio.

En aplicación de lo preceptuado en el art. 60 de la LCAP el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de resolver los contratos, si concurren las causas previstas en el art. 112 LCAP, estableciendo su letra g) como una de ellas los casos de incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales. No obstante el Consejo recuerda la reiterada jurisprudencia del TS que ha acotado el ejercicio de dicha facultad a los casos más graves, debiendo guardarse siempre la debida proporcionalidad entre el incumplimiento y sus consecuencias, y ha interpretado que la gravedad del incumplimiento radica en que sea determinante en la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido por el contrato.

De los tres grupos de incumplimientos descritos solo el primero de ellos se encuadraría a priori en el marco de los incumplimientos contractuales esenciales, no desprendiéndose del expediente tramitado información suficiente sobre la trascendencia de los hechos denunciados incursos en los dos grupos restantes. El Consejo analiza en consecuencia los incumplimientos encuadrados en el grupo primero y pondera especialmente dos circunstancias: el tiempo en que se produjeron las causas y la forma y momento escogido para la resolución.

En relación con las causas se destaca que una vez giradas las visitas de inspección sobre la calidad de las aguas y levantadas las correspondientes actas por la Administración autonómica, el Ayuntamiento no realizó requerimiento alguno a la concesionaria en orden a la subsanación de las deficiencias, ni incoó expediente sancionador por incumplimiento. Al contrario, intentó una resolución por mutuo acuerdo de difícil encaje con una resolución contractual por incumplimiento. Junto a ello la cronología de lo acontecido tiene una par-

ticular relevancia. Los hechos denunciados se producen en el intervalo temporal comprendido entre 1999 y 2003, y la resolución contractual por incumplimiento se pretende en 2007, cuestionándose con ello la esencialidad de los incumplimientos aducidos.

Esta última circunstancia, junto con el hecho de que el contrato haya finalizado por cumplimiento del plazo pactado, inducen al Consejo a considerar improcedente la resolución por incumplimiento pretendida, con expresa mención de doctrina emitida por el Consejo de Estado en supuestos similares. El contrato expiró a los diez años de su perfección, es decir el día 30 de julio de 2008. Si en el momento de emisión del informe sigue operativo lo es por exclusiva voluntad de las partes, dado que ninguna ha denunciado su expiración cuando el Ayuntamiento debía haberla efectuado, y en cumplimiento del principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos. A juicio del Consejo ante la opción de dar por extinguido el contrato por cumplimiento, entrando con ello en la subsiguiente fase de liquidación, o pretender su resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales sería preferible la primera de las vías citadas, asumiendo que no debieron ser tan graves los incumplimientos cuando no solo facilitaron en su momento un mutuo acuerdo, luego fracasado, sino que facultaron terminar el contrato por transcurso del plazo e incluso a continuarlo más allá de su terminación.

IV. BIBLIOGRAFIA

- CALVO DÍAZ, G. (2010): «Ayudas de estado en telecomunicaciones: Wi-Fi municipal», *Cuadernos de Derecho Local*, 23, pp. 125-136.
- CALVO MIRANDA, J.L. (2010): «Abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales urbanas en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 36, pp. 295-313.
- CARLÓN RUIZ, M. (2010): «El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas», *Cuadernos de Derecho Local*, 23, pp. 106-124.
- CHOLBI CACHA, F.A. / MERINO MOLINS, V. (2010): «Comentario crítico sobre la Directiva de Servicios y la Ley 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad».
- CUERNO LLATA, J.R. (2010): «El canon anticipado en las concesiones del servicio de abastecimiento y saneamiento de agua en las entidades locales», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 7, pp. 1067-1096.
- MAHILLO GARCÍA, P. (2010): «La incidencia de la Directiva de Servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma», *Cuadernos de Derecho Local*, 23, pp. 7-11.

- MONTERO PASCUAL (2010): «Servicios públicos locales», *Manual de Derecho Local* (Fuentetaja Pastor, J.M. / Fernández Rodríguez, coords.), Iustel, 2010, pp. 403-422.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2010): «Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local», *Cuadernos de Derecho Local*, 24, pp. 144-145.
- PARICIO RALLO, E. (2010): «La aplicación material de la Directiva de Servicios», *Cuadernos de Derecho Local*, 23, pp. 12-28.
- SANTIAGO IGLESIAS, D. (2010): *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, 2010, 337 pp.