

A L'EXCM. AJUNTAMENT EN PLE

Acord per a la desestimació del recurs de reposició contra l'acord d'inici d'expedient per a la reversió dels béns i la liquidació del contracte de concessió de la gestió del servei públic d'abastament d'aigua a Terrassa atorgat l'any 1941, i de pròrroga forçosa per garantia de la continuïtat de la prestació del servei

1. Antecedents de fet

En data 10 de desembre de 1941 l'Ajuntament de Terrassa va atorgar a Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA (d'ara en endavant, Mina), mitjançant escriptura pública la concessió administrativa per a l'explotació del servei d'abastament i subministrament d'aigua a Terrassa per un termini de 75 anys.

La concessió de servei públic atorgada per l'Ajuntament de Terrassa a Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA és vigent fins el proper dia 9 de desembre de 2016.

En data 29 de setembre de 2016 l'Ajuntament en Ple va adoptar els següents acords: primer, requerir a Mina Pública d'Aigües de Terrassa, SA, actual concessionari del servei públic amb contracte vigent que acaba a la finalització del dia 9 de desembre de 2016, que a partir del 10 de desembre de 2016 continuï prestant el servei públic d'abastament d'aigua de Terrassa pel termini màxim de 6 mesos; segon, aprovar la retribució del concessionari durant el període de perllongament del servei del 10 de desembre de 2016 al 9 de juny de 2017; tercer, iniciar expedient per a la reversió dels béns i la liquidació del contracte de concessió atorgat a Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA el 10 de desembre de 1941; quart, aprovar l'Annex 1 amb les condicions tècniques, econòmiques i administratives reguladores del perllongament de la prestació del servei públic d'abastament d'aigua a Terrassa, i l'Annex 2 amb els indicadors d'explotació del servei, que s'acompanyen; i cinquè, notificar el contingut d'aquest acord a Mina i donar-li audiència, durant un termini de vint dies hàbils per tal que pugui presentar les al·legacions que consideri convenientes. L'esmentat acord de Ple va ésser notificat a Mina en data 5 d'octubre de 2016.

2. Recurs de reposició

El 4 de novembre de 2016 el Sr. Josep Lluís Armenter Ferrando, en representació de Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA, ha presentat recurs de reposició per correu administratiu, mitjançant el qual sol·licita que s'anul·lin els acords adoptats per considerar-los contraris a Dret i es tingui per formulada advertència de comissió d'il·legalitat manifesta en cas d'incoació en els termes que es plantegen en els acords fins ara aprovats.

De manera resumida, Mina manifesta els següents motius per considerar que els acords aprovats pel ple en data 29 de setembre de 2016 són contraris a Dret:

1. L'acord ha estat notificat un cop transcorregut el termini màxim de tres mesos per resoldre i notificar, i atès que té efectes desfavorables, li resulta d'aplicació el règim de caducitat dels procediments incoats d'ofici de conformitat amb l'article 44.2 de la Llei 30/1992 de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.
2. S'ha produït una omisió absoluta del procediment legalment establert en l'article 211 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic.
3. S'ha produït una omisió absoluta del procediment legalment establert per aprovar una intervenció o segrest del servei, així com una desviació de poder.
4. S'ha aplicat incorrectament el règim de pròrroga forçosa i no és d'aplicació l'article 59 del Reglament de Contractació de les Corporacions Locals (RCCL) de 1953.
5. Els acords adoptats pel Ple en data 29 de setembre de 2016 vulnereu els drets privats de Mina, independents de la concessió de 1941.
6. La concessió de 1941 no finalitza el dia 9 de desembre de 2016 sinó el 31 de desembre de 2016.
7. Les condicions de la pròrroga forçosa recollides en l'annex 1 són manifestament contràries a Dret.

3. Tractament dels motius sobre els que es basa el recurs de reposició

1. L'acord ha estat notificat un cop transcorregut el termini màxim de tres mesos per resoldre i notificar, i atès que té efectes desfavorables, li resulta d'aplicació el règim de caducitat dels procediments incoats

01 DES. 2016

CERTIFICADO

d'ofici de conformitat amb l'article 44.2 de la Llei 30/1992 de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.

La principal qüestió que pot tenir conseqüències jurídiques és si els acords adoptats en data 29 de setembre de 2016 tenen efectes desfavorables, que és el que determina que s'hagi produït caducitat del procediment o no. En primer lloc, la recurrent no concreta quins són aquests efectes desfavorables, i es limita a afirmar que la prorroga forçosa l'imposa "un règim econòmic i d'obligacions absolutament diferent al de la Concessió de 1941 (que seria el que suposadament s'hauria prorrogat)", de manera que Mina obvia un fet essencial com és l'extinció del contracte de concessió per transkurs del seu termini.

En segon lloc, cal afirmar de manera clara que l'Ajuntament no està exercitant potestats sancionadores, o en general, d'intervenció, susceptibles de produir efectes desfavorables o de gravamen, que són els supòsits que l'article 44.2 de la Llei 30/1992 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú preveu que produiran la caducitat.

Per últim, és precis esmentar que aquest acte imperatiu que imposa l'Ajuntament a Mina no ha de suposar un perjudici econòmic o un detriment patrimonial, atès que s'aprova la retribució que ha de percebre amb el cobrament de les tarifes corresponents, on es preveu la despesa del benefici industrial a favor del concessionari. És difícil entendre com el concessionari pot qualificar de desfavorable un acord en el que li queda garantit un marge de benefici industrial que s'ha determinat d'acord amb els criteris aplicats en els expedients de revisió de tarifes dels darrers anys (a excepció del 2014), i que en la liquidació de l'acte de perllongament, en el cas que resulti un saldo negatiu i quedi acreditat el trencament de l'equilibri econòmic, la liquidació donarà dret a l'oportuna compensació econòmica del dèficit produït al concessionari, per restablir-lo.

El fet que aquests acords adoptats pel Ple en data 29 de setembre de 2016 no tinguin efectes desfavorables, implica que no es produeix la caducitat del procediment. La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, Secció Primera núm. 967 de 28 d'octubre de 2011 (JUR 2012, 199501) i la sentència 1636/2008 del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, Sala del contenciós-administratiu, secció 8ª, de l'11 de setembre (JUR 2008, 382904) presenten exemples d'actes que no produeixen la caducitat en no ser desfavorables o de gravamen ni tractar-se d'actes dictats en l'exercici de la potestat sancionadora.

El cas que Mina esmenta en el seu recurs de reposició que ha estat objecte de dictamen de la Comissió Jurídica Assessora (dictamen núm. 100/2016, de 28 d'abril), és de resolució d'un contracte, el que justifica que consideri que *d'acord amb la doctrina de la Comissió, la institució de la caducitat pretén garantir que l'interès general se satisfaci en un temps concret, i té com a fonament essencial evitar la prolongació indefinida dels procediments per raons de seguretat jurídica*. En el cas que ens ocupa, la garantia de continuïtat que el servei públic d'abastament d'aigua, que és un servei essencial, és un interès públic que l'Ajuntament ha de salvaguardar.

Cal prendre en consideració el que preveu l'article 92.4 de la Llei 30/1992 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú: *podrà no ser aplicable la caducitat en el supòsit que la qüestió suscitada afecti l'interès general, o fos convenient substanciar-la per a la seva definició i aclariment*. La sentència del Tribunal Suprem, Sala del contenciós-administratiu, secció 3ª, del 12 de desembre de 2007 (RJ 2008/86) és clara en quant a no apreciar la caducitat si afecta directament l'interès general. Estem davant d'un acord en el que es pretén garantir la continuïtat de la prestació d'un servei públic, i és evident que garantir la prestació del servei públic d'abastament d'aigua a la població és una qüestió d'interès general.

2. *S'ha produït una omissió absoluta del procediment legalment establert en l'article 211 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP).*

Mina considera que s'ha omès el procediment legalment establert per no haver demanat informe preceptiu a la Comissió Jurídica Assessora, per considerar que l'Ajuntament està portant la interpretació unilateral del contracte en aquest acord de prorroga forçosa. Però els acords adoptats el 29 de setembre de 2016 no estan en cap cas interpretant el contracte, ni tampoc estan declarant la nul·litat o resolució del mateix, que són els tres supòsits que preveu l'article 211.3.a) del TRLCSP, en els que en cas d'existir oposició del contractista, s'ha de sol·licitar aquest informe preceptiu. Estem davant d'una nova relació jurídica imposada per l'Administració al concessionari sobre la base de l'obligació que recau sobre aquest darrer de continuar prestant el servei públic, en el moment en què finalitza la concessió. És per aquest motiu que no és preceptiu l'informe de la Comissió Jurídica Assessora, i no s'ha produït cap

01 DES. 2016

CERTIFICADO

omissió absoluta del procediment, com pretén considerar Mina. S'aplica el procediment previst a l'article 211 del TRLCSP per analogia (i a així ho recull expressament Mina en el seu recurs), però no perquè l'Ajuntament estigui interpretant unilateralment el contracte de concessió.

3. *S'ha produït una omisió absoluta del procediment legalment establert per aprovar una intervenció o segrest del servei, així com una desviació de poder.*

Mina defensa que a l'acord de pròrroga forçosa s'està portant a terme la intervenció del servei en forma de sanció com a causa de la comissió d'una falta greu, el que porta a afirmar que s'ha omès el procediment previst en els articles 254 i següents del ROAS. Aquesta és una consideració que no té cap fonament atès que la pròrroga forçosa és posterior a la finalització del contracte de concessió. I d'altra banda el que es preveu en l'annex 1, són unes mesures que tenen per finalitat que l'Ajuntament pugui fer efectiva la facultat d'inspecció. En concret, la mesura objecte de controvèrsia és la contractació d'unes assistències tècniques per fer la inspecció tècnica del servei, de les obres, de les instal·lacions i dels locals, i la revisió de tota la documentació tècnica relacionada amb l'objecte de la prestació i l'auditoria comptable, econòmica, fiscal i administrativa de totes les despeses i ingressos afectes al servei, que serà la base i tindrà efecte a la liquidació de l'acte de perllongament.

La contractació d'aquestes assistències tècniques s'ha previst que es realitzi amb acord del concessionari, perquè el mateix annex 1 estableix que es constituirà una mesa paritària per la redacció dels plecs i la revisió i selecció de les ofertes, i a més la despesa que aquesta contractació comporti estarà coberta per les tarifes, no va contra el benefici industrial establert, és a dir, no suposarà un perjudici econòmic pel concessionari. Per últim, cal prendre en consideració que la contractació d'aquestes assistències tècniques té el doble objectiu d'aconseguir informació que fins a data d'avui ha estat negada pel concessionari i assegurar una liquidació pacífica del període del perllongament del servei.

Cal recordar novament el que preveu l'article 248.b) del ROAS que estableix, com a potestat de l'ens concedent *fiscalitzar la gestió del concessionari. A aquest efecte, l'ens local pot inspeccionar el servei, les obres, les instal·lacions i els locals, i la documentació relacionada amb l'objecte de la concessió, i dictar les ordres per mantenir o restablir la prestació corresponent.*

El fet que el concessionari posi obstacles a la contractació d'aquestes assistències tècniques, emprant l'argument que l'Ajuntament està portant a terme la intervenció del servei sense seguir el procediment legalment establert, no impedirà que l'Ajuntament prengui les mesures que consideri oportunes per assegurar-se i fer efectiva la seva facultat d'inspecció, com a titular del servei. Tal com ja es va fer constar en el tractament de les al·legacions presentades, no hi ha cap motiu que impedeixi a l'Ajuntament de Terrassa exercir aquesta potestat en el període de pròrroga forçosa, doncs les prerrogatives de l'Administració deriven de la seva titularitat i competència sobre el servei i es troben dirigides a garantir la qualitat i continuïtat del servei quan la seva gestió s'ha cedit a un tercer. Aquestes prerrogatives venen atribuïdes *ex lege* i, per tant, no és necessària la seva previsió en el contracte.

Tampoc és admissible l'argument de Mina de considerar que hi ha desviació de poder, i més prenent en consideració l'actuació constant de Mina d'obstaculitzar la facultat d'inspecció de l'Ajuntament, que ha provocat una lentitud en el procés de finalització de la concessió i la definició del nou model de gestió. Per exemple, la darrera revisió de tarifes, iniciada per la sol·licitud de concessionari no va ser informada favorablement per part de la Comissió de Preus de Catalunya, vist l'informe municipal, perquè Mina no va aportar la documentació justificativa que se li demanava, entre la que hi havia, entre d'altres, l'acreditació de les despeses jurídiques que havien augmentat de manera considerable respecte anys anteriors. També serveixi d'exemple la negativa constant de Mina en donar informació sobre la segregació de l'alta i la baixa del servei d'abastament, o sobre les dades dels abonats del servei així com de les persones treballadores del servei. Dir que la contractació d'aquestes assistències tècniques durant el període de pròrroga forçosa són una intervenció del servei és una nova manifestació d'aquesta obstrucció a la facultat d'inspecció de l'Ajuntament.

Pel que fa a la conformitat que es requereix per qualsevol modificació del personal que treballi en el servei d'abastament d'aigua i pels contractes a tercers, cal prendre en consideració que estem en una situació de pròrroga forçosa en la que l'Ajuntament de Terrassa pretén garantir la continuïtat del servei públic. Les condicions aquí fixades venen donades per l'excepcionalitat de la pròrroga forçosa.

01 DES. 2016

CERTIFICAT

EL SECRETARI GENERAL AJUNTAMENT

4. *S'ha aplicat incorrectament el règim de pròrroga forçosa i no és d'aplicació l'article 59 del Reglament de Contractació de les Corporacions Locals (RCCL) de 1953.*

Com ja es va justificar en l'acord inicial de pròrroga forçosa de data 30 de juny de 2016, la concessió es va atorgar sota la vigència de la Llei Municipal de 3 de novembre de 1935, que va ésser derogada posteriorment per la Llei de Règim Local de 17 de juliol de 1945, quines disposicions transitòries no preveïen l'aplicació de la mateixa als contractes signats amb anterioritat a la seva entrada en vigor.

Pel que fa a la normativa de contractació pública, tant el Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (DT 1ª); com la Llei 30/2007, de 30 d'octubre de 2007, de Contractes del Sector Públic (DT 1ª); com el Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (DT 1ª), estableixen que els contractes adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor de totes aquestes normes es regirien per la normativa vigent anterior. Aquest salt enrere cronològic de règim jurídic porta fins a la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les Administracions Públiques, que no preveu cap règim transitori pels contractes ja adjudicats. El Reglament de Contractació de les Corporacions Locals (RCCL) aprovat per Decret de 9 de gener de 1953, en la seva Disposició Transitòria 2ª exposa que el mateix *"s'aplicarà també als contractes ja perfeccionats i a les qüestions suscitées respecte dels mateixos, sense perjudici dels drets adquirits"*.

Així doncs, és el RCCL la norma que ha disposat de forma expressa la seva aplicabilitat als contractes prèviament signats, i per tant, ha de ser aquesta la que de regir en el present cas pel que fa al règim de pròrroga forçosa que aquest preveu. Les dues sentències citades per Mina en el seu recurs (STS d'11 de juliol de 1989 i STSJ CAT d'11 de juliol de 1994) versen sobre l'aplicabilitat del límit de duració dels contractes que estableix l'article 10 del RCCL a contractes en vigor que, d'acord amb l'anterior normativa, no se'ls hi aplicava cap límit temporal. Així doncs, l'objecte d'impugnació era en el primer cas una Ordenança i en el segon una resolució que aplicaven retroactivament a contractes en vigor el límit temporal que s'establí al citat article 10, tot vulnerant drets adquirits d'acord amb l'anterior normativa. No es tracta del cas de Mina, doncs l'Ajuntament ha respectat escrupolosament el termini de 75 anys que s'establí en el contracte de 1941.

Les sentències citades es fonamenten en segon lloc en la infracció del principi de jerarquia normativa, en tant que la DT 2ª del RCCL estableix la seva aplicació retroactiva sense prèvia habilitació legal expressa. Ara bé, en el cas que aquí ens ocupa no ens trobem davant d'una retroactivitat en sentit estricte perquè el contracte ja s'ha extingit i no es tracta de restringir els drets i obligacions de les parts mentre aquest era vigent. La pròrroga forçosa és una previsió la finalitat de la qual és garantir la continuïtat en la prestació del servei públic, una vegada s'ha extingit la relació contractual, fet essencial que el recurs de Mina ignora o omet de forma reiterada.

Per tant, l'aplicabilitat del Reglament del 2 de juliol de 1924 per la contractació de les obres i serveis a càrrec de les entitats municipals que manifesta Mina no queda justificada en el recurs presentat; això sí, el que demostra la seva cita per part de Mina, és que aquesta accepta la legalitat de la pròrroga forçosa (prevista ja al Reglament de 2 de juliol de 1924) i el que realment pretén discutir són les seves condicions. En efecte, l'article 1 del Reglament per a la contractació de les obres i serveis a càrrec de les entitats municipals de 1924 es remet als articles 161, 162 i 164 de l'Estatut Municipal per determinar el seu àmbit d'aplicació:

"Para la contratación de las obras y servicios municipales a que se contraen los artículos 161, 162 y 164 del Estatuto, las entidades municipales se atenderán a lo que se dispone en el presente capítulo".

Aquests preceptes de l'Estatut municipal fan referència a la contractació d'obres i serveis municipals. Aquests es troben definits a l'art.150 de l'Estatut Municipal així com al Reglament d'obres, serveis i béns municipals aprovat per Real Decret de 14 de juliol de 1924, entre els quals es troba el subministrament d'aigües (art.150.9º de l'Estatut Municipal).

Així doncs, l'al·legació de Mina sobre l'aplicabilitat del citat Reglament en realitat implica que està acceptant la possibilitat d'una pròrroga forçosa i que el debat sobre l'aplicació retroactiva del RCCL és fictici. El que Mina ataca són les condicions de la pròrroga forçosa en el sentit de que no accepta que canviïn exigint a l'Ajuntament que siguin idèntiques a les del contracte que finalitza el proper 9 de desembre.

01 DES. 2016

CERTIFICAT

EL SECRETARI GENERAL ACCTAL

I en qualsevol cas, el que no és cert és que l'aplicació del RCCL produeixi efectes desfavorables per Mina, atès que, com s'ha dit anteriorment, se li garanteix un marge de benefici industrial, així com també qualsevol cost imprevist en la prestació del servei durant el període de perllongament.

Seguint el fil argumental de Mina de no considerar legítim l'establiment de les condicions que han de regir durant aquest període de pròrroga forçosa, condicions que pretenen garantir que no tindrà un perjudici econòmic pel concessionari, la conseqüència no podria una altra que la d'aplicar les condicions que estaven previstes en l'escriptura de 1941, que implicaven que no hi havia ànim de lucre del concessionari.

De fet, la sentència de 18 de novembre de 1986 (RJ 410), que Mina fa constar en el seu recurs, exposa clarament que la pròrroga és una *situació excepcional en què denunciat el contracte en la forma legalment establerta i pactada, l'Administració per raons d'interès públic unides a la necessitat de continuïtat del servei – i mentre no es seleccioni al nou contractista – imposa coactivament la permanència de l'anterior amb unes conseqüències equiparables a les produïdes quan l'Administració fa ús del "ius variandi" amb la ineludible contrapartida de la compensació econòmica a favor del contractista o concessionari d'un servei públic*. I és precisament l'actuació que realitza l'Ajuntament en l'acord de pròrroga forçosa, assegurant que en tot moment hi hagi aquesta compensació econòmica a favor del concessionari.

D'altra banda, Mina manifesta que l'Ajuntament no ha actuat en la deguda diligència, considerant que hauria d'haver intentat establir la forma de prestació del servei abans de l'extinció del contracte. Al respecte, és precis dir que l'Ajuntament en Ple va adoptar l'acord en data 28 d'abril de 2016 es va incoar expedient per a l'estudi de totes les alternatives de gestió del servei públic d'abastament d'aigua a partir de la finalització de la concessió administrativa de prestació de servei públic prevista per al proper desembre de 2016 i s'ha creat la Comissió d'estudi, integrada per membres de la Corporació i per personal tècnic qualificat, per analitzar els condicionants, els avantatges i els inconvenients de les diferents alternatives de models o formes de gestió susceptible d'establir-se, i elaborar la memòria justificativa corresponent. Ara bé, amb anterioritat a la constitució d'aquesta Comissió tècnico-política, l'Alcalde ja va dictar el Decret núm. 3745 de data 23 d'abril de 2014 pel qual es creava la Comissió tècnica per la liquidació de la concessió del servei d'abastament d'aigua i l'estudi i implantació del nou model de gestió, amb la missió de realitzar els estudis econòmics, jurídics i tècnics necessaris per la liquidació de la concessió del servei d'abastament d'aigua, i fer les propostes i informes corresponents per a la gestió i tramitació del procés de liquidació, així com, realitzar els estudis econòmics, jurídics i tècnics necessaris per valorar les diferents modalitats de gestió del cicle de l'aigua a Terrassa, i fer les propostes i informes corresponent per a la implantació del sistema que es determini. La tasca d'aquesta Comissió ha estat entorpidida per la manca d'informació per part del concessionari, pretenent ara que el fet que l'Ajuntament no hagi estat en disposició d'implantar el model de gestió que escaigui sigui imputable al propi Ajuntament.

5. Els acords adoptats pel Ple en data 29 de setembre de 2016 vulneren els drets privats de Mina, independents de la concessió de 1941.

Sense perjudici que l'acord de pròrroga forçosa, pel seu caràcter, no pot vulnerar cap dret o presumpte dret de Mina en els termes exposats en el seu recurs de reposició (l'acord relatiu a la reversió dels béns i liquidació del contracte no és que no sigui definitiu, sinó que és l'acord d'inici de l'expedient), no obstant es passa també a respondre aquesta al·legació.

Mina argumenta novament la seva tesi de considerar que el servei d'abastament d'aigua és un servei privat que mai s'ha municipalitzat, en el sentit de *publicatio*, i que l'Ajuntament mai ha assumit la seva titularitat. Des del seu punt de vista, la concessió de 1941 no és un contracte de gestió d'un servei públic local, i afegeix que l'aprovació de l'Ordenança del servei de 1994 no comporta municipalització ni assumpció de l'activitat per part de l'Ajuntament. Aquesta és una qüestió que ja ha estat contestada per l'Ajuntament en altres ocasions, pel que aquí es reproduïx el mateix que consta en altres resolucions dictades en aquest tema.

En primer lloc, s'ha d'afirmar que de la lectura de l'escriptura concessional es desprèn que ens trobem davant d'un contracte de concessió de gestió de serveis públics d'abastament d'aigua a la ciutat de Terrassa. La voluntat de l'Ajuntament va ésser concedir l'explotació del servei públic d'abastament d'aigua a tota la ciutat, amb intenció d'atorgar un servei general i públic.

01 DES. 2016

CERTIFICADO

EL SECRETARI GENERAL AJUNTAMENT

També de l'evolució de la relació jurídica entre l'Ajuntament i Mina queda totalment confirmada la naturalesa de la mateixa com a concessió de gestió de serveis públics. De fet, la mateixa posició que Mina ha adoptat al llarg de tots els anys de la concessió, excepció feta dels darrers mesos en els que ha pretès defensar que no ha existit concessió, ha estat la d'irrogar-se la posició de concessionari gestor d'un servei públic municipal. Per tant, incorre ara la recurrent, amb el seu recurs, en una més que evident actuació en contra dels seus propis actes anteriors.

Ahora l'Ajuntament de Terrassa ha actuat, sempre, com a ens públic titular d'un servei públic local concedit, a mode de gestió indirecta, en règim de concessió, destacant especialment el dictat, per part de l'Ajuntament, el 27 de gener de 1994, de l'Ordenança Municipal del Servei Públic de Proveïment i Sanejament d'Aigües, aprovada per l'Ajuntament en Ple. D'aquesta Ordenança es desprèn que l'Ajuntament declara el servei d'abastament d'aigua potable com a servei públic, quina titularitat correspon a l'Ajuntament. De fet, durant la tramitació de l'expedient relatiu a l'Ordenança consten nombroses al·legacions formulades per Mina, sense que hi hagi ni una de sola que qüestionï ni l'existència del servei públic, ni la titularitat del mateix per part de l'Ajuntament.

En aquest sentit, l'article 1.282 del Codi Civil disposa que per a jutjar la intenció dels contractants, haurà d'atendre's principalment als actes d'aquests, coetanis i posteriors al contracte. I dels actes coetanis i, encara més, dels posteriors, l'únic que es pot concloure és que la voluntat d'ambdues parts va ésser la d'establir un servei públic municipal d'abastament d'aigua potable. I aquesta voluntat s'ha mantingut i reiterat al llarg de la vida de la present concessió, tenint aquesta tots els trets característics de la figura esmentada.

De la relació històrica que des d'inclús abans de la concessió atorgada l'any 1.941, fins a l'actualitat, han tingut l'Ajuntament de Terrassa i Mina relativa al servei públic d'abastament d'aigua potable a Terrassa, analitzada aquesta no ja només des de la perspectiva de la normativa aplicable, sinó també, des del contingut dels documents que vinculen ambdues parts al llarg d'aquests anys, i fins i tot, des de la pròpia posició que la mateixa Mina ha vingut adoptant durant aquest temps, només es pot concloure que el servei públic d'abastament domiciliari d'aigua potable es va establir en el passat per aquest i que l'Ajuntament, per tant, n'és el titular.

Ahora, s'ha de tenir també molt present que la prestació d'aquest servei públic s'ha dut a terme sempre amb la distribució de l'aigua quin dret de captació era titularitat de l'Ajuntament de Terrassa. No ens trobem davant d'un servei que sigui prestat mitjançant concessions demaniales de captació d'aigües de titularitat privada, sinó que també la concessió demanial de captació és de titularitat municipal i, de fet, va ésser l'objecte inicial de la concessió de gestió de serveis públics, sense perjudici que Mina hagi utilitzat altres fonts d'abastament.

Per tant, vistos els arguments exposats de forma molt succinta, s'ha de ratificar una vegada més que el servei d'abastament d'aigua domiciliària a la ciutat de Terrassa és un servei públic quina titularitat correspon a l'Ajuntament de Terrassa, qui, previs els tràmits legals que siguin d'aplicació a la finalització de la concessió actual atorgada l'any 1.941 a Mina, i fets els estudis pertinents, podrà prestar el mateix en el futur mitjançant el sistema de gestió que es conclouï que sigui més adient.

Pel que fa a l'argument exposat per Mina relatiu a considerar que part del servei i les seves instal·lacions són titularitat de Mina com a empresa privada, no es pot admetre en cap cas, donat que, com s'ha exposat, la concessió de 1941 inclou la construcció de la xarxa distribuïdora de tot el municipi. En concret, l'escriptura signada el 10 de desembre de 1941 preveu que el concessionari assumeix l'obligació de fer servir les xarxes privades preexistents en el municipi i gestionar-les fins que les pugui anar substituint per la nova, el que constitueix l'objecte del contracte de concessió, la construcció de les instal·lacions i explotació del servei.

Dins de les condicions establertes en l'escriptura del 1941, quedat expressat el següent en el seu tenor literal "*les obres començaran immediatament o en el moment en el què l'Ajuntament pugui realitzar-les, comprenent entre les que l'oferent ha de construir, les de captació, així com totes les d'elevació, conducció i xarxa de distribució interna que per a l'abastament complet de la ciutat s'hagin de realitzar...*". I la condició tercera diu en el següent tenor literal: "*Amb el propòsit de no demorar el subministrament de l'aigua als consumidors, el qui subscriu proponent o qui en les seves obligacions i drets succeeixi, queda obligat també a gestionar pel seu compte, la utilització pel servei distribuïdor d'aigua de la xarxa ja existent, sense perjudici d'anar substituint-la a mesura que la nova construcció es pugui utilitzar en aquells sectors de la ciutat en què s'hagi instal·lat i acabat*".

01 DES. 2016 CERTIFICADO

En la mateixa escriptura de concessió de 1941 queda establerta la següent condició segons el seu tenor literal: *"Transcorregut el termini de setanta-cinc anys, es tindrà per amortitzat i indemnitzat el capital, de les obres i instal·lacions, més les despeses originades, i en conseqüència per extingida o caducada la concessió, quedant de propietat i plena disposició de l'Ajuntament, així l'explotació d'aquesta concessió, com la plena propietat de les conduccions, edificacions, instal·lacions i obres realitzades per la captació, elevació, conducció i distribució de les aigües procedents de la captació concedida a aquest Ajuntament al 1934 i tots els drets que d'aquesta explotació i propietats derivin, sense que això suposi l'acabament de la utilització de la xarxa per part de la concessionària o empresa que la substituï, per la conducció de les aigües dels cabals de la seva pertinença."* Aquesta clàusula implica que Mina conserva un dret de pas per la xarxa distribuïdora de l'Ajuntament que reverteix íntegrament al municipi, que caldrà que es reguli convenientment entre les parts, sense que, en cap cas, sigui gratuït.

6. La concessió de 1941 no finalitza el dia 9 de desembre de 2016 sinó el 31 de desembre de 2016.

A l'escriptura de 10 de desembre de 1941 es disposa, literalment, que la concessió *"es fa per termini de setanta-cinc anys"*. Per tant, és clar que la concessió finalitza al final de dia 9 de desembre de 2016, i més prenent en consideració que no hi caben prorrogues que allarguin el termini legalment previst com a màxim.

Tal i com es va fer constar en l'acord adoptat per la pròrroga forçosa del servei, és cert que s'ha constatat l'existència d'algun antecedent al llarg de la relació entre Ajuntament i Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA on es fa constar com a data de finalització de la concessió la del 31 de desembre de 2016, principalment, a l'acord de Ple de 29 de novembre de 2001, en el què s'aprova el Conveni entre Ajuntament i concessionària per tal de determinar el fons de reversió de la concessionària i d'altres aspectes relacionats amb la finalització de la concessió. El fet, però, és que, independentment de que des d'un punt de vista comptable resultés més pràctic considerar la data de 31 de desembre de 2016 com a data de finalització de la concessió, el cert és que, analitzats els preceptes normatius aplicables al present negoci jurídic, s'ha de concloure que això suposaria un perllongament del termini completament contrari a dret. La concessió atorgada l'any 1941 és improrrogable, i per tant, s'ha de considerar com un error involuntari esmenable el fet que en els antecedents d'algun acord de l'Ajuntament hi figuri la data del 31 de desembre de 2016 com la data de fi de la concessió, esmena que ve continguda al present acord de Ple.

Les amortitzacions pendents dels béns revertibles per la qüestió de la data seran objecte de valoració en la liquidació de la concessió.

7. Les condicions de la pròrroga forçosa recollides en l'annex 1 són manifestament contràries a Dret.

Mina argumenta novament en l'exposició d'aquest motiu que l'Ajuntament està portant a terme una intervenció del servei sense seguir el procediment legalment establert. L'annex 1 incorpora, entre les condicions tècniques, econòmiques i administratives reguladores del perllongament de la prestació del servei públic d'abastament d'aigua a Terrassa, un conjunt d'obligacions del gestor del servei dirigides a fer efectives les facultats d'intervenció i fiscalització reconegudes a favor de l'Ajuntament. La inclusió d'aquestes previsions es troba emparada legalment i ha estat suficientment justificada en els propis acords de 30 de juny de 2016 i de 29 de setembre de 2016.

En efecte, l'article 248.b) del ROAS estableix, com a potestat de l'ens concedent *fiscalitzar la gestió del concessionari. A aquest efecte, l'ens local pot inspeccionar el servei, les obres, les instal·lacions i els locals, i la documentació relacionada amb l'objecte de la concessió, i dictar les ordres per mantenir o restablir la prestació corresponent.*

Com ja s'ha exposat anteriorment, l'acord de pròrroga forçosa preveu la contractació d'unes assistències tècniques, d'acord amb uns plecs i la selecció de l'oferta en la mesa paritària constituïda a tal efecte. Si bé és cert que es preveu que l'interventor de la concessió, designat en els termes de l'article 262 del ROAS, té vot de qualitat, això no vol dir que l'Ajuntament no prengui en consideració les manifestacions que Mina vulgui fer en quant a aquesta contractació. Així mateix, s'ha previst que la despesa de la contractació d'aquestes assistències tècniques vagi a càrrec de tarifes, pel que no produeix cap perjudici econòmic al concessionari.

01 DES. 2016 CERTIFICAT

EL SECRETARI GENERAL ACCTAL

D'altra banda, Mina manifesta que si l'Ajuntament pretén que les relacions de Mina amb el seu personal s'extingeixin a la fi de la pròrroga forçosa, això comportaria una vulneració de la Directiva 2001/23/CE, l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de l'Unió Europea. Al respecte, cal recordar que l'Ajuntament ha requerit a Mina en diverses ocasions totes les dades dissociades de les persones que treballen en el servei d'abastament d'aigua de Terrassa, i en cap moment ha manifestat ni fet cap actuació que condueixi a extingir els contractes laborals existents. Al contrari, l'Ajuntament té la voluntat de fer que el procés de finalització de la concessió i la implantació del model futur, sigui quin sigui, es faci amb el màxim respecte tant a les persones que treballen en aquest servei com als drets que a aquestes els atorga la normativa vigent. Aquesta manifestació de Mina és una mostra de l'estratègia d'obstaculitzar el normal procés d'extinció i liquidació de la concessió.

Així mateix, Mina manifesta, com ja ho va fer en el tràmit d'audiència de l'acord inicial, que s'ha alterat de manera radical el règim econòmic de la concessió de 1941. Es discuteix concretament la supressió del principi de risc i ventura en el període de pròrroga forçosa, i es reproduïx novament el què ja es va recollir en l'acord de 29 de setembre de 2016. La inaplicació del principi del risc i ventura a què es refereix l'acord persegueix protegir els interessos del concessionari atès que la nova relació no és voluntària sinó forçosa, i es preveu que totes les despeses relacionades amb la prestació del servei queden cobertes per la tarifa, inclosa la despesa del marge de benefici industrial que ha vingut percebent aquests darrers anys.

És sorprenent que es manifesti que hi haguéssim una alteració radical de les condicions previstes, quan en cap moment el concessionari patirà un perjudici econòmic pel fet de prestar forçosament aquest servei durant sis mesos més. Se li garanteix que quedaran cobertes totes les despeses, ara bé, caldrà que aquestes siguin justificades documentalment. I és precís recordar en aquest punt que una de les assistències tècniques que es preveuen a l'annex 1 tenia la seva motivació en assegurar una liquidació pacífica, el que en cap cas era desfavorable pel concessionari.

La supressió del principi de risc i ventura juga doncs, com a garantia de la prestadora del Servei, que no haurà de suportar costos imprevistos, sense que s'exclouï el benefici empresarial normal, que es reflecteix a l'Annex 1. Pel que fa a les possibles ineficiències no s'han de donar, atenent que tant l'Ajuntament com el gestor del servei efectuaran el control necessari per assegurar la qualitat i garantia de la prestació del mateix, i la pertinença de les despeses que es generin.

En definitiva, el Servei es continuarà prestant per Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA durant la pròrroga forçosa en els mateixos nivells de qualitat i garantia pels usuaris que té a data d'avui. La diferència es troba en que durant aquest període l'Ajuntament està obligat ha vetllar perquè la transició a un nou gestor es faci sense incidents. Per aquest motiu s'han afegit determinades previsions en les condicions que regiran la prestació del servei, doncs fan efectives les facultats de fiscalització i inspecció de l'Ajuntament de Terrassa en la seva gestió.

Per últim, pel que fa al detall de canvis que sol·liciten introduir a l'annex, aquests no són admesos, atès que es tracta d'estimacions orientatives tant de despeses com d'ingressos en base a la informació disponible en els expedients de tarifes i plans d'inversions, però és evident que es podran incorporar a la liquidació les despeses, incloses les de personal, les inversions i els ingressos de qualsevol mena afectes al servei, que caldrà que el concessionari justifiqui degudament.

4. Petició de suspensió de l'execució de l'acord de data 29 de setembre de 2016

Mina ha sol·licitat per atressí dic que s'acordi la suspensió dels acords adoptats pel Ple en data 29 de setembre de 2016 per considerar que aquests comporten perjudicis irreparables per Mina, en afectar el seu dret a la llibertat d'empresa i els drets privats al marge de la concessió de 1941, a l'empara del que preveu l'article 111 de la Llei 30/1992 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

Aquest Ajuntament considera que es produiria un perjudici a l'interès públic en el cas d'acceptar la petició de suspensió presentada per Mina, perquè la motivació d'adoptar l'acord de pròrroga forçosa no és altre que assegurar la continuïtat del servei públic d'abastament d'aigua. Els presumptes perjudicis que al·lega Mina ja han estat valorats en aquest recurs, en el que queda clar que el fet d'imposar al concessionari que continuï prestant el servei no pot suposar-li un perjudici econòmic, motiu pel qual se li garanteix una retribució on s'inclouen totes les despeses relacionades amb la prestació del servei i un marge de benefici industrial. És difícil que aquesta Administració consideri que li està causant un perjudici

01 DES. 2016

CERTIFICADO

d'impossible o difícil reparació a una empresa a la que se li està assegurant que guanyarà un benefici industrial per continuar prestant un servei.

Cal tenir en compte que seria molt greu que l'Ajuntament no prengués l'acord de pròrroga forçosa, deixant als ciutadans i ciutadanes de Terrassa sense un bé tan bàsic com és l'aigua, que constitueix un dret universal que cal garantir per sobre de les relacions jurídiques que tingui l'Ajuntament amb una empresa privada.

5. Rectificació d'error

Cal rectificar els següents errors materials continguts en l'Annex 2 amb els indicadors d'explotació del servei, que s'acompanya, per tal que on diu m^3 referits al sector comercial ha de dir *quotes*, i on diu *domèstic* en el tercer quadre ha de dir *industrial*, d'acord amb l'article 109.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

6. Fonaments de Dret:

L'article 260 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS), preveu que la concessió s'extingeix, entre d'altres causes, per l'acabament del termini.

L'article 262 del ROAS disposa que els béns i elements afectats al servei concedit que siguin necessaris per a la prestació d'aquell i que hagin estat objecte d'amortització durant el termini de la concessió reverteixen a l'acabament d'aquest a l'ens contractant, sens perjudici del que prevegi el plec de clàusules de la contractació.

L'article 59 del Reglament de les Corporacions Locals de 1953 esmentat preveu que els contractes que tinguin per objecte atendre necessitats permanents podran ser prorrogats en el seu terme final per la Corporació obligatòriament pel contractista, i que aquesta pròrroga s'estendrà fins que el nou contractista es faci càrrec del servei o la Corporació interessada comenci a prestar-lo per administració, sense que pugui excedir en cap cas de sis mesos.

Així mateix, de conformitat amb el que estableix l'article 235 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS), és obligació del contractista prestar el servei amb la continuïtat i la regularitat que hagi acordat l'ens local contractant sense altres interrupcions que les que es produïrien si la gestió es prestés de forma directa. En cas d'extinció normal del contracte, el contractista ha de prestar el servei fins que un altre es faci càrrec de la seva gestió.

De conformitat amb el que estableix la disposició addicional segona del Text Refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, correspon al Ple la competència com a òrgan de contractació respecte d'aquest contracte.

Vist l'informe emès per la lletrada, el Cap dels Serveis Jurídics i la Direcció del Servei de Medi Ambient en el que proposa desestimar el recurs de reposició interposat per Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA, i l'informe emès per l'Interventor municipal.

A la vista dels antecedents esmentats, aquesta Comissió Informativa proposa elevar a la consideració del Ple de l'Ajuntament l'adopció dels següents

ACORDS

PRIMER.- Desestimar el recurs de reposició interposat per Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA contra els acords adoptats pel Ple en data 29 de setembre de 2016 en tots els seus termes.

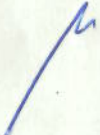
SEGON.- Rectificar els següents errors materials continguts en l'Annex 2 amb els indicadors d'explotació del servei, que s'acompanya, per tal que on diu m^3 referits al sector comercial ha de dir *quotes*, i on diu *domèstic* en el tercer quadre ha de dir *industrial*, d'acord amb l'article 109.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

TERCER.- Notificar el contingut d'aquest acord a Mina Pública d'Aigües de Terrassa SA.

No obstant això, l'Excm. Ajuntament en Ple resoldrà conforme consideri més adient.

Terrassa, 28 de novembre de 2016

**El President – Delegat de la Comissió Informativa
de Territori i Sostenibilitat**

 **Marc Armengol i Puig**

DILIGÈNCIA, APROVAT per l'EXCM.
AJUNTAMENT PLE, en sessió del dia
01 DES. 2016 CERTIFICO,
EL SECRETARI GENERAL AJUNTAMENTAL

