



FV

INFORME 3/2004 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, SOBRE DETERMINACIÓN Y REVISIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA DE UN CONTRATO DE GESTIÓN DE UN SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUA Y MANTENIMIENTO DE ALCANTARILLADO.

[Grupo: 5.4; Grupo: 22.4; Grupo: 22.6]

El Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio, mediante escrito de fecha 9 de septiembre de 2004, formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre diversos aspectos relativos al sistema de determinación y revisión de la contraprestación económica establecido en el contrato suscrito para la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua y mantenimiento de alcantarillado. Adjunto al contrato de referencia, remite los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen dicha contratación, así como certificación de acuerdo del Pleno de la Corporación sobre aprobación de la revisión de tarifas para abastecimiento de agua y mantenimiento del alcantarillado, en la que se incluye la transcripción de los informes que el Interventor y el Secretario de la Corporación han emitido al respecto.

Partiendo de los términos contenidos en el contrato y en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas respecto al sistema de retribución al concesionario, la consulta plantea las siguientes cuestiones:

1ª.- ¿Es legal la cláusula quinta del contrato cuando deja al concesionario que determine la previsión de subvención y se está obligando a compensar la diferencia con la realmente obtenida? ¿No queda la determinación del precio a la previsión del concesionario?

2ª.- ¿Cómo se mantiene el equilibrio financiero con la limitación del incremento de tarifas hasta el IPC, la previsión de que el contrato no genera obligaciones de contenido económico para el Ayuntamiento y la obligación de compensar las diferencias entre la subvención concedida y la prevista por el concesionario?



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

¿La limitación del incremento del IPC significa que por encima de dicho límite lo debe asumir el concesionario a su riesgo y ventura, por cuanto el equilibrio financiero, en cualquier caso, se consigue con el incremento hasta dicho límite?"

Antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión planteada, resulta necesario dejar bien sentado que la función consultiva encomendada a esta Junta Consultiva en ningún caso puede suplir ni debe interferir las funciones de asesoramiento jurídico que en los procedimientos de contratación han de prestar, preceptiva o facultativamente, los órganos que tienen atribuida tal competencia en las correspondientes Administraciones públicas.

La respuesta a las cuestiones planteadas en la consulta pasa necesariamente por concretar con claridad el sistema de retribución del concesionario establecido en el contrato, así como analizar los criterios de revisión o actualización de los aspectos económicos de la explotación del servicio que, para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, se hayan estipulado en el clausulado contractual. Analizadas tales estipulaciones, procederá comprobar su adecuación a las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos contenidas en los artículos 154 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y demás normativa que resulte de aplicación, y, en su caso, apuntar las conclusiones que, a la vista de tales preceptos, permitan dar solución a las cuestiones planteadas.

De acuerdo con el contenido de la estipulación tercera del contrato, en relación con la cláusula 15.1 del pliego de prescripciones técnicas, **la retribución de la gestión del servicio esta integrada por** los ingresos procedentes de los siguientes conceptos:

- Cobro de las tarifas aplicables al abastecimiento de agua potable y de riego agrícola y al alcantarillado, que, de acuerdo con lo estipulado en la estipulación cuarta del contrato, son las vigentes en el momento de la firma de éste.
- Importes abonados por los usuarios del servicio con motivo de la instalación y conservación de acometidas y contadores, así como por otros trabajos realizados por



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

cuenta de aquéllos, de conformidad con las Ordenanzas municipales y con el propio contrato de gestión del servicio.

- Importes de las subvenciones otorgadas al Ayuntamiento por la Mancomunidad Intermunicipal del Sudeste, en concepto de subvención al metro cúbico de agua producida por la desaladora de la que aquél es partícipe.

Por otra parte, según lo establecido en la estipulación séptima del contrato, en concordancia con la cláusula 6 del pliego de cláusulas administrativas particulares, **el concesionario**, de acuerdo con su oferta, **abonará al Ayuntamiento un canon anual** equivalente al 54'08% del incremento de facturación del año 2001 derivado del incremento de volumen de agua suministrado.

Estos son pues, los elementos que configuran el régimen económico de la explotación del servicio, y, en consecuencia, **la cuantificación de sus importes** en el momento de entrar en vigor el contrato, unida a la previsión de los costes derivados de la gestión del servicio, **determinan las condiciones económico-financieras pactadas en el momento de iniciarse el contrato**. En lo que respecta a la retribución del concesionario, todas las partidas que integran sus conceptos retributivos incluyen el elemento necesario para su determinación en el momento del devengo: las tarifas vigentes para el abastecimiento de agua y mantenimiento del alcantarillado y el importe de la subvención que se otorgue por metro cúbico de agua desalada.

Cumplido de esta forma lo preceptuado en el artículo 158.1 del TRLCAP y en el artículo 67.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RG), en relación con los aspectos económicos del contrato, analicemos a continuación las estipulaciones contractuales relativas a los **criterios de revisión** o actualización de tales aspectos económicos de la explotación del servicio, destinadas a garantizar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión durante todo el período de su vigencia.



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

A este respecto, la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares, recordando de forma expresa el principio del equilibrio económico-financiero de la concesión, que opera de forma especialmente determinante en esta modalidad de contratos, impone al Ayuntamiento el compromiso de velar para que tal equilibrio se mantenga en todo momento, y, a tal fin, la cláusula 15.3 del pliego de prescripciones técnicas, en relación con la **actualización de las tarifas**, dispone lo siguiente:

"15.3.- Revisión de las tarifas:

a) El Ayuntamiento podrá aprobar la revisión de las tarifas cuando, transcurrido el primer año de la concesión, se haya producido un incremento en los costes de los servicios, previa solicitud razonada y justificada del mismo, que deberá ir acompañada del correspondiente estudio económico ...

c) El porcentaje de revisión no podrá en ningún caso superar los incrementos de los gastos que deba soportar el concesionario, ni ser superior, en su conjunto, al IPC

d) La revisión no se aplicará nunca con carácter retroactivo, y su entrada en vigor estará supeditada a la aprobación previa ...

e) Así mismo se podrá solicitar la revisión de las tarifas en los casos establecidos en la cláusula 4.2.b) del presente pliego"

La citada cláusula 4.2.b) estipula que el Ayuntamiento deberá:

"b) Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo que ... revisará las tarifas cuando, aún sin mediar modificaciones en los servicios, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión."

Resulta evidente que el apartado c) de la cláusula 15.3 transcrita, contiene una deficiencia manifiesta respecto a la utilización de la revisión de las tarifas como instrumento adecuado para evitar los posibles desequilibrios económico-financieros que se puedan producir durante la vigencia de la concesión, pues, al supeditar al IPC el límite máximo de los posibles incrementos tarifarios, está impidiendo, en contradicción con la citada cláusula 4.2.b) del propio pliego, que su actualización compense, de forma real y en su integridad, posibles incrementos de costes que, al margen de la mera evolución del índice de precios al consumo y "derivados de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles", puedan gravar la explotación del servicio, provocando la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.

No obstante, es igualmente evidente que la limitación estipulada respecto al posible incremento de las tarifas a pagar por los usuarios del servicio, que puede formar parte de una



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

política pública dirigida a subvencionar a los usuarios respecto al precio a pagar por determinados servicios, no es impedimento para que el restablecimiento del equilibrio económico-financiero se produzca mediante el abono por parte de la Administración titular del servicio de los importes complementarios que resulten necesarios, utilizando para ello alguna de las alternativas que comentaremos posteriormente.

Respecto a las subvenciones otorgadas al Ayuntamiento por la Mancomunidad Intermunicipal, cuyos importes van destinados a retribuir parcialmente al concesionario por la gestión del servicio, resulta necesario destacar que, su inclusión en el contrato como elemento integrante de las retribuciones del concesionario, cumple una doble finalidad: adscribir directamente recursos municipales al pago de la concesión, de forma que, complementando lo recaudado en concepto de tarifas del servicio, evita al Ayuntamiento la necesidad inicial de contraer crédito presupuestario para hacer frente a obligaciones económicas derivadas del contrato y, por otra parte, la cuantificación del importe de la subvención, considerado en el momento del comienzo de la vigencia del contrato, constituye uno más de los sumandos que integran la referencia de los ingresos básicos iniciales determinantes del equilibrio económico-financiero de la concesión.

En consecuencia, de cara a los criterios de actualización de la retribución del concesionario, la subvención procedente de la Mancomunidad Intermunicipal **no es un elemento retributivo revisable en sí mismo**, sino tan sólo una referencia que, partiendo del importe que se abone cada año en relación con el importe considerado en el momento de la adjudicación del contrato, permite determinar si se mantiene o no el equilibrio económico-financiero considerado como básico en el inicio del contrato. De esta forma, el estudio económico que, de acuerdo con la cláusula quinta del contrato, el contratista ha de aportar para justificar la actualización de sus retribuciones, ha de estar referido, en lo que concierne al importe de la subvención, a la diferencia, positiva o negativa, que pudiera existir entre el importe del primer año y el importe realmente abonado en el año de que se trate. Es decir, **la previsión de aumento o disminución de ingresos** a que se refiere la citada cláusula, no ha de obtenerse por comparación entre la subvención inicial y una previsión de subvención a percibir, como parece haberlo hecho el contratista en su estudio económico, según se

5



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

desprende del escrito en el que se formula la consulta, sino que **habrá de obtenerse comparando dicho importe inicial y el importe realmente abonado** en el año en el que se propone la actualización de las retribuciones, considerándolo, además, no aisladamente, sino formando parte del cómputo total de ingresos del concesionario. A esta misma conclusión llegan el Interventor y el Secretario de la Corporación en los informes incluidos en la certificación que se adjunta al escrito de consulta.

Obtenidas estas conclusiones respecto a los criterios estipulados en el contrato para llevar a cabo la posible actualización de la retribución del concesionario, restaría por dilucidar cómo podría llevarse a cabo tal actualización, en el supuesto de quedar acreditada la ruptura del equilibrio económico-financiero inicial de la concesión en perjuicio del contratista.

El art. 163 TRLCAP dispone, en su apartado 1, que *“La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.”* Asimismo, el apartado 2 de dicho artículo prevé que *“... la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.”*

En el mismo sentido expuesto, habrá que tomar en consideración los siguientes preceptos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en relación con la concesión, como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos:

- Artículo 126.2.b: *“En el régimen de la concesión se diferenciará:
b. La retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal benéfico industrial.”*

- Artículo 127.1: *“La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:
1. Ordenar discrecionalmente ... las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:
b. La alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario”.*



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

- Artículo 127.2.2: *“la Corporación concedente deberá:*
 2. *Mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual:*
 - a. *Compensara económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución, y*
 - b. *Revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.”*

- Artículo 128.3: *“Serán derechos del concesionario:*
 2. *Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquier de las circunstancias a que se refieren los números 2, 3 y 4 del párrafo 2 del artículo anterior.”*

- Artículo 129:
 1. *El concesionario percibirá, como retribución:*
 - b. *Las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a tarifa aprobada en la forma dispuesta por el artículo 179 de la Ley.*
 2. *También podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación.*

A la vista de la normativa transcrita, y partiendo de la base de que la compensación de la disminución de ingresos del concesionario en un determinado año, sólo ha de alcanzar hasta el límite en que tal disminución haya provocado en dicho año la ruptura del equilibrio económico-financiero básico entre ingresos y gastos de la concesión (la disminución de ingresos que pudiera existir al margen de dicho límite, deberá ser asumida por el concesionario, por ser imputable al margen de riesgo y ventura propio de la explotación del servicio), **varias son las posibles vías** que, a juicio de esta Junta Consultiva, podrían emplearse por el Ayuntamiento **para realizar tal compensación**, teniendo en cuenta, además, que el hecho de que el sistema retributivo estipulado en el contrato evite al Ayuntamiento la contracción inicial de crédito presupuestario (cláusula 8 del pliego de cláusulas administrativa), no impide, sin embargo, que tal disponibilidad de crédito pueda resultar posteriormente necesaria para hacer frente a obligaciones económicas a las que el Ayuntamiento deba hacer frente lo largo de la vigencia de la concesión, como consecuencia de lo estipulado en el propio contrato o en cumplimiento de la normativa antes reproducida.

Tales vías de solución podrían ser las siguientes:



FV

a) **Compensar** la disminución de los ingresos del concesionario **mediante disminución del importe anual** a pagar por éste en concepto de **canon** (con base en el artículo 128.3 del RSCL citado). Esta posibilidad resulta respaldada por los términos en que está redactada la estipulación séptima del contrato, al disponer que el importe inicialmente fijado para el canon anual parte de la base de considerar *“el equilibrio económico de partida en lo que respecta a ingresos y costes, así como que la proporcionalidad entre costes fijos y variables se mantiene a lo largo de la concesión”*, lo que, interpretado a sensu contrario, equivale a admitir que, de no darse tales condicionantes, podría alterarse consecuentemente el importe del canon anual.

b) Modificar el régimen retributivo de la concesión, en el sentido de incluir en el contrato la posibilidad de complementar circunstancialmente las partidas retributivas del servicio, mediante una **subvención municipal adicional** por importe equivalente al desequilibrio producido en los parámetros económicos iniciales de la explotación (con base en los artículos 127.1 y 127.2 del RSCL citados).

c) Modificar la cláusula 15.3.c) del pliego de prescripciones técnicas, en el sentido de **suprimir la supeditación de la revisión de las tarifas al límite del IPC** (con base en el artículo 127.1 del RSCL citado).

d) **Abonar coyunturalmente** al concesionario el importe que resulte procedente, en concepto de **compensación, como incidencia** derivada del propio contrato y en cumplimiento de la normativa vigente, en lo que respecta a la específica obligación del Ayuntamiento de llevar a cabo tal compensación (con base en el artículo 128.3 del RSCL citado). Esta solución parece ser compartida igualmente por el Interventor de la Corporación en el informe antes citado.

En base a las consideraciones expuestas, la respuesta a los distintos apartados de la consulta planteada se concreta en las siguientes

CONCLUSIONES

1ª.- La cláusula quinta del contrato no deja al criterio del concesionario la determinación del precio, pues dicha cláusula ha de ser interpretada en el sentido de que



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

aquél habrá de incluir, en el estudio económico en el que fundamente la revisión de las retribuciones de la concesión, el importe de la diferencia, positiva o negativa, entre la cuantía de la subvención inicialmente considerada en el momento del inicio del contrato y el importe realmente abonado en concepto de subvención en el año en que se propone la actualización de las retribuciones.

2ª.- El equilibrio económico-financiero de la explotación del servicio se puede recuperar, en el supuesto de que haya sido provocado por la disminución de ingresos del concesionario que exceda los parámetros básicos de ingresos y gastos inicialmente considerados en el inicio del contrato, por alguna de las vías siguientes:

a) Compensar la disminución de los ingresos del concesionario mediante disminución del importe anual a pagar por éste en concepto de canon.

b) Modificar el régimen retributivo de la concesión, en el sentido de incluir en el contrato la posibilidad de complementar circunstancialmente las partidas retributivas del servicio, mediante una subvención municipal adicional por importe equivalente al desequilibrio producido.

c) Modificar la cláusula 15.3.c) del pliego de prescripciones técnicas, en el sentido de suprimir la supeditación de la revisión de las tarifas al límite del IPC.

d) Abonar coyunturalmente al concesionario el importe que resulte procedente, en concepto de compensación, como incidencia derivada del propio contrato.

3ª.- La compensación de la disminución de ingresos del concesionario en un determinado año, sólo ha de alcanzar hasta el límite en que tal disminución haya provocado en dicho año la ruptura del equilibrio económico-financiero básico de la concesión. La disminución que pudiera existir al margen de dicho límite, deberá ser asumida por el concesionario, por ser imputable al margen de riesgo y ventura propio de la explotación del servicio.

Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de octubre de 2004.