



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 2 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de noviembre de 2013.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la interpretación del contrato administrativo suscrito con C., S.A. para la prestación del Servicio de Abastecimiento de Agua y Alcantarillado y Depuración del Núcleo de Morro Jable y Zonas Turísticas limítrofes (EXP. 431/2013 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, es la interpretación del contrato suscrito con C., S.A. para la prestación del Servicio de Abastecimiento de Agua y Alcantarillado y Depuración del Núcleo de Morro Jable y Zonas Turísticas limítrofes, en la que difieren la Administración y el contratista.

2. La Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dispone que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se regirán por la normativa anterior. Por consiguiente, la legislación aplicable al contrato y a su interpretación viene constituida por la citada Ley 13/1995 en la redacción anterior a su reforma por la Ley 53/1999, el Real Decreto 390/1996 y, en la medida en que no contradiga las anteriores normas, por el Reglamento General de Contratación del Estado (RCE), aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, teniendo en cuenta la fecha en que se produjo la novación contractual, en cuya formalización expresamente se declara aplicable la referida legislación.

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

Dicha normativa resulta aplicable a las cuestiones de orden sustantivo o material, siendo por el contrario aplicable la vigente ordenación procedimental de carácter contractual a las incidencias que aparezcan en la vida de los contratos, como modificaciones o resoluciones, contenida actualmente en el citado Texto Refundido, como en lo que no se oponga a ella, el Reglamento General de Contratación, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

3. La preceptividad del Dictamen y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan del art. 11.D.c) de su Ley reguladora, y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el Dictamen, del art. 12.3 de la misma.

II

En relación con la interpretación contractual, el art. 60.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta, entre otras, la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

Esta norma establece la preceptividad en este procedimiento, de audiencia al contratista, así como informe jurídico e informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en caso de interpretación cuando se formule oposición por parte del contratista.

Consta en el expediente remitido a este Consejo el Acuerdo plenario de inicio del mismo de fecha 11 de julio de 2013, así como el informe emitido por el Secretario de la Corporación y el cumplimiento del trámite de audiencia al concesionario, quien presentó alegaciones en el plazo concedido, asimismo consta informe jurídico en el que se responde a las alegaciones del concesionario. Tras la emisión de la Propuesta de Acuerdo (PA), en fecha 11 de octubre de 2013 (con RE el 23 de octubre de 2013) se solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo.

III

Constan como antecedentes de este procedimiento los siguientes:

El 19 de octubre de 1990 se suscribe contrato de concesión entre el Ayuntamiento de Pájara y la UTE A.-D., para la construcción y explotación de las plantas de tratamiento para abastecimiento y saneamiento en el Polígono de Actuación "Solana-Matorral".

Dicho contrato fue modificado en diversos aspectos por el Convenio de 16 de febrero de 1993 suscrito entre el propio Ayuntamiento, la UTE y el Consorcio Insular de Abastecimiento de Aguas de Fuerteventura, entre los que cabe destacar la ampliación a todo el Pueblo de Morro Jable, a la zona turística de Solana-Matorral y otras zonas limítrofes de influencia del término municipal en lo que se refiere al servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, que sería prestado por el Consorcio al quedar subrogado en la posición contractual que tenía el Ayuntamiento. Se fijó además como plazo de vigencia el de 15 años, previéndose la posibilidad de prórrogas hasta el máximo legal permitido.

El 22 de diciembre de 1998 se suscribió entre el referido Consorcio y el Ayuntamiento un nuevo Convenio en virtud del cual el Ayuntamiento prestaría por sí, o a través de un tercero, el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento en el Polígono de actuación de Solana-Matorral, del que la UTE era concesionaria para la construcción y explotación de las Plantas Depuradoras y Potabilizadora, pero no para la distribución a los usuarios finales.

Mediante Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Pájara, adoptado en sesión de 18 de mayo de 1999, se acordó la novación de la concesión administrativa al objeto de que la entidad concesionaria prestara el servicio de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración del Polígono de actuación Solana-Matorral, núcleo de Morro Jable, toda la zona turística del Municipio y las zonas de ampliación que en dichas áreas se produzcan, así como la distribución domiciliaria a los usuarios finales. Este contrato fue formalizado el 28 de diciembre de 1999.

Establecido así el vínculo entre la Corporación y C., S.A., el contrato fue nuevamente modificado mediante acuerdo adoptado en sesión plenaria de 25 de mayo de 2001, ampliando el objeto del mismo para incluir la prestación del Servicio de Saneamiento a los núcleos poblacionales de Pájara casco, Toto y Ajuy, así como la ejecución de nuevas infraestructuras con que se debía dotar el servicio en la zona objeto de ampliación, fijándose como compensación económica al contratista la cuantía de 488.305,07 euros.

El 15 de mayo de 2002 fue acordada una nueva ampliación con el objeto de que se prestara el servicio de mantenimiento de la Central Eólico-Diésel y de las redes de distribución de agua y energía eléctrica y alumbrado público de El Puertito de la Cruz, conforme a las prescripciones técnicas aprobadas al efecto, por plazo de diez

años. La retribución económica de la concesionaria quedó fijada en 143.965'54 euros anuales.

El 4 de diciembre del mismo año se produce otra ampliación del objeto del contrato para incluir en el mismo el mantenimiento de la red de saneamiento y la estación depuradora existente en el Puertito de la Cruz. Tras varios acuerdos plenarios adoptados a efecto de revisar la retribución económica de esta ampliación, se determinó la cantidad de 17.878'90 euros anuales.

Las dos últimas modificaciones contractuales relativas a las prestaciones en el núcleo del Puertito de la Cruz fueron formalizadas mediante documento administrativo el 10 de junio de 2003.

El 14 de febrero de 2003 se adoptó un nuevo acuerdo de ampliación en virtud del cual habrían de ejecutarse nuevas infraestructuras de saneamiento en el núcleo de La Lajita y se incluyó la limpieza periódica de pozos negros de titularidad municipal situados en zonas sin conexión a la red de alcantarillado. Se aprobó además la revisión de la retribución económica fijada en concepto de ampliación de la concesión administrativa para la prestación del servicio de saneamiento en el núcleo de Pájara, Toto, Ajuy y La Lajita. En el concepto referenciado se determina una compensación económica para la entidad concesionaria de 102.473'68 euros anuales.

En este acuerdo plenario se estipula también que ha de deducirse de la retribución económica que corresponde a la entidad C., S.A. en concepto de la ampliación del objeto de la concesión administrativa para la prestación del servicio de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración, en aras a la prestación del servicio de saneamiento a los núcleos poblacionales de Pájara casco, Toto y Ajuy, el coste relativo al emisario submarino de Morro Jable, en cuanto no se procederá a su ejecución, por importe de 49.836,91 euros anuales, por lo que se determina la compensación económica de la entidad concesionaria por la referida ampliación en 438.468,16 euros anuales, en lugar de los 488.305,07 euros fijados.

Finalmente, el 27 de diciembre de 2005 fue formalizado entre el Ayuntamiento y C., S.A. documento administrativo relativo a "Modificación del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, mediante concesión, para la prestación del servicio municipal de agua y saneamiento", conforme a los acuerdos plenarios adoptados en sesiones de fecha 25 de octubre de 2005 y 23 de diciembre de 2005, con materialización de la prórroga contractual prevista como posible, fijándose la duración del contrato hasta el año 2040.

IV

1. El expediente que nos ocupa se inicia como consecuencia del escrito presentado por C., S.A. el 22 de mayo de 2013, en relación con alegaciones realizadas en escritos presentados el 2 de enero de 2009 y el 25 de octubre de 2011, en los que se ponía de manifiesto la necesidad de incluir en los estudios tarifarios la amortización del canon previsto en el documento administrativo de 28 de diciembre de 1999, solicitando tal inclusión o, en su defecto, el inicio de procedimiento de interpretación contractual en lo relativo a este punto.

En este sentido, antes de entrar en el fondo del asunto, es preciso traer aquí el texto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada el 4 de diciembre de 2006, en relación con un asunto similar al nuestro.

Se viene a señalar en el fundamento tercero de aquella Sentencia: *“(...) la jurisprudencia tiene reiteradamente manifestado que en el contrato de gestión de servicios públicos mediante concesión la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratista que rige de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas, aplicable a los contratos de las Entidades Locales, y en virtud del cual el concesionario asume, en principio, los riesgos económicos de la explotación, ha de enjugarse con el deber de la Administración de mantener el equilibrio financiero de la concesión, principio éste recogido de la doctrina francesa de la necesidad fundamental de mantener la continuidad de la prestación del servicio público, y cuya plasmación en el régimen local se encuentra en los arts. 126.2.b), 127.2.2º y 128.3.2º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Así, el citado art. 126.2.2º.b) dispone que en la retribución económica del concesionario, el 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 la concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial, y por su parte, en el art. 128.3 se establece una relación de derechos del concesionario, entre la que se incluye, en el punto 2º, el de «obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2, 3 y 4 del párrafo 2 del artículo anterior». Esa remisión comporta que, como sostiene el párrafo 2º del art. 127.2 del propio Reglamento, la Corporación concedente deba mantener el equilibrio*

financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará 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. Por último, cabe señalar que el art. 129.5 del mencionado R.S.C.L., cuando se refiere a la retribución del concesionario, señala que la retribución será revisable en los casos a que aluden los arts. 127 y 128. Como ha declarado la jurisprudencia, la índole excepcional de este tipo de disposiciones, que rompen transitoriamente la normalidad económica en los contratos administrativos, determina que hayan de ser aplicadas con sujeción estricta a sus términos, sin que sea posible ampliaciones analógicas, ni su extensión a casos no previstos expresa y categóricamente.

El fundamento del necesario equilibrio económico que las partes deben mantener durante el desarrollo de la concesión se encuentra en la finalidad última de la misma, que es la de hacer viable la realización del servicio público que constituye su objeto, logrando así una continuidad en su prestación, y es por ello que el Tribunal Supremo ha manifestado que el mantenimiento de dicho equilibrio es un principio básico de la concesión, así como un deber de la Administración sin el cual aquélla no puede subsistir (STS 3ª Sec. 7ª, de 2 de octubre de 2000 -rec. 1991/1995 -, entre otras).

Más concretamente, por lo que se refiere al restablecimiento del equilibrio económico de la prestación contemplado en el citado art. 127.2.2º.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, precepto en el que se ampara la actora para fundar sus pretensiones, cabe significar que tal precepto, según ha sido referido supra, indica que la Corporación Local revisará las tarifas cuando aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión. En similares términos se expresa el art. 152.3 del mismo Reglamento, cuando considera procedente la revisión extraordinaria de las tarifas bien de oficio o a petición del concesionario si se produjere un desequilibrio en la economía de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de la misma. Conforme a la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, la Administración ha de compensar la mayor onerosidad en la explotación del servicio producida al margen de las actuaciones directas o indirectas de aquélla y por circunstancias sobrevenidas, extraordinarias e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato que hayan

dado lugar a una verdadera «subversión de la economía de la concesión», y que sean independientes de la buena gestión del concesionario. La jurisprudencia señala que para que proceda la compensación por riesgo imprevisible, a tenor de la regulación contenida en el expresado art. 127.2.2º.b) del R.S.C.L., se requiere que se trate de circunstancias sobrevenidas e imprevistas que tengan una incidencia económica de tal magnitud que rompa el equilibrio económico de la concesión, y en este sentido la S.T.S. de 17 de julio de 1.991 establece la necesidad de que la «procedencia de la revisión se acredite mediante un estudio económico financiero que ponga de manifiesto su pertinencia y la cuantía, para así poder fiscalizar si la Corporación ponderó adecuadamente las circunstancias económicas y sociales relevantes para el servicio, como prevé el artículo 151.1º del Reglamento de Servicios»”.

A ello añade la Sentencia que venimos citando, en su fundamento cuarto:

“(…) en cuanto a ese elemento reseñado por la recurrente como justificación final del incremento de la tarifa, relativo a permitir la recuperación y amortización del pago del canon realizado al tiempo de la concesión, de un lado, ni en el Pliego de Condiciones se configura al canon como coste, y de otro, tampoco viene configurado como tal por la normativa aplicable, al configurarse el canon en el art. 115.8ª de dicho Reglamento como una participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación (…).”

Pues bien, la interpretación ofrecida por la Administración, según se señala en la PA que recoge los informes obrantes en el expediente, se fundamenta en lo señalado en la sentencia anteriormente transcrita.

Así, frente a las alegaciones presentadas por el concesionario, viene la Administración a señalar, a partir de la exposición de las vicisitudes habidas desde que se suscribió el contrato que nos ocupa, la diferenciación entre dos fases fundamentales:

1.- Por un lado, el contrato original de 1990, con sus sucesivas modificaciones (en 1993, 1997 y 1998).

Debe distinguirse la amortización de las instalaciones que en virtud del contrato original la concesionaria tenía obligación de construir, y que ya se amortizaron pasando desde ese momento su propiedad al Ayuntamiento, de la amortización del canon, dejando patente que en el contrato original no se estableció canon alguno por el uso de las instalaciones municipales. Asimismo, cabe recordar, conforme dispone el

art. 115.8ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), que el canon no se configura como coste sino como una participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación.

Pues bien, en 1990 se adjudica al contratista la concesión administrativa para construir y explotar las Plantas de Tratamiento para Abastecimiento y Saneamiento en el Polígono de Actuación Solana-Matorral según el Proyecto presentado por el contratista a tales efectos. Como contraprestación del contratista se establece (Estipulación 1.2) que éste percibirá durante los diez años de vigencia del contrato la cantidad de 210 ptas. por m³ de agua potable producida y 120 ptas. por m³ de agua depurada, conforme al desglose de dichos precios que se establece al efecto, en el que consta en concepto de amortización de la Planta para la producción de agua potable 132 ptas. y para la Planta de tratamiento de aguas residuales 74 ptas.

A tal efecto se impone al contratista tanto la producción de un determinado volumen de agua potable como del tratamiento de aguas residuales, 700.000 m³ anuales y 1.050.000 m³ anuales, respectivamente, a fin de que sean amortizadas las instalaciones.

Así, en la Estipulación Decimoquinta de dicho contrato se regula la amortización de las instalaciones en los términos siguientes: *“la amortización de las instalaciones se producirá al alcanzarse 7.000.000 m³, (siete millones de metros cúbicos) de agua potable y 10.500.000 m³ (diez millones quinientos mil metros cúbicos) de aguas residuales, momento en el cual se transferirá la propiedad de las plantas a la Administración, existiendo hasta entonces la propiedad de las mismas a favor del contratista, así como su pleno dominio”.*

Ello sin perjuicio de que la Estipulación Decimoctava del contrato preveía que al finalizar la vigencia del contrato ambas partes podrán acordar la continuación en la explotación de las plantas según precios y condiciones que acuerden llegado este caso.

Asimismo, la Estipulación Vigésimoprimera señala que el concesionario tendrá derecho a *“percibir los precios del suministro de agua potable y canon de agua residual indicados en el apartado 1.3 de este contrato”*, constituyendo las cantidades indicadas su retribución económica *“cuyo equilibrio se deberá mantener durante el plazo de la concesión”*.

Ahora bien, el 16 de febrero de 1993 se formaliza *“Convenio de Colaboración suscrito entre el Consorcio de Abastecimiento de Aguas de Fuerteventura, el Ayuntamiento de Pájara y la Unión Temporal de Empresas S.A.E. D.- A., S.A. para regular la subrogación del Consorcio, en la posición contractual ocupada por el Ayuntamiento en el Contrato por el que se adjudicó a la mencionada UTE la construcción y explotación de Plantas de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas en el Polígono de Actuación Solana-Matorral”*.

En la Estipulación Primera del citado Convenio se amplía el objeto del contrato, permitiéndose, asimismo, el uso, además de sus propios bienes, de los demaniales del Ayuntamiento de Pájara a efectos de la prestación de tales servicios públicos, y, por su parte, en la Estipulación Tercera se amplía el plazo concesional de forma que la vigencia se establece en quince años a partir de la fecha de formalización del mismo, ampliando, asimismo el plazo de amortización de la Planta Potabilizadora de Agua, que se fija en quince años, “y en consecuencia al alcanzar los 10.500.000 m³ producidos o amortizados”, pasando a integrar parte del patrimonio del Consorcio una vez amortizada.

En este convenio, tampoco se fija, canon por el uso de las instalaciones municipales o del Consorcio, en su caso, determinándose la retribución de la UTE sobre una producción de agua concreta, estableciéndose, para cuando no se alcance la facturación fijada, determinadas reglas de compensación por el Ayuntamiento.

Por otro lado, aumenta el plazo de amortización de la planta potabilizadora, amortizándose en función de los metros cúbicos producidos, al establecer un precio por metro cúbico donde una parte se destina a amortización, abonando la Administración un mínimo determinado de agua producida para tal amortización, aunque no se demande tal producción.

Se recoge, asimismo, en la letra g) de la Estipulación Tercera de dicho Convenio la previsión de que cuando la demanda de agua potabilizada supere las previsiones pactadas, conllevando una disminución de los costes, se deban analizar y pactar los precios contradictorios que correspondan.

El mismo criterio se aplica a la Planta de tratamiento de aguas residuales proviniendo la deuda que el Ayuntamiento mantiene con la empresa concesionaria de este servicio, deuda sobre la que se establecen los criterios de compensación con el canon.

Además se establece (Estipulación Cuarta d) que el Ayuntamiento se obliga a fijar sus tasas por el servicio de depuración de aguas residuales en cuantía suficiente para llegar a cubrir, gradualmente, pero en un plazo máximo de dos años, el coste del servicio una vez deducidos los ingresos por venta de agua residual.

Así, se observa que a lo largo de esta fase se ha establecido siempre, como única fórmula de retribución al contratista y de amortización de las instalaciones construidas por éste, la producción/facturación de agua potable y el volumen de agua residual tratada y agua residual vendida.

2.- Por otro lado, a partir de la novación contractual formalizada el 28 de diciembre de 1999, según el concesionario, la introducción de la Cláusula Octava, junto con la Sexta, modifica el sistema retributivo pues, por un lado, *“de una contraprestación abonada directamente por el Ayuntamiento se pasa a la percepción de las tarifas satisfechas por los usuarios del Servicio”*, y por otro lado *“se impone un canon por el derecho de uso de las instalaciones municipales afectas a la prestación del servicio”*.

En este punto, que es donde se centra el problema interpretativo, ha de decirse que, efectivamente a raíz de esta modificación se cambia la retribución del concesionario que a partir de este momento estará compuesta por las tarifas, mas su relación con el canon no es la pretendida por el concesionario.

Entiende el concesionario que el canon así estipulado (Cláusula Octava) se configura como un canon actualizable en la misma medida que los ingresos del servicio. Asimismo y según la interpretación dada por el concesionario, el citado canon *“tenía dos objetivos claros, en primer lugar satisfacer al Ayuntamiento el correspondiente abono por el derecho de uso de las instalaciones afectas al servicio, en tal forma que la Entidad local participase de los incrementos de facturación que por suministro de agua se generaron en el servicio, así cuanto mayor fuera la utilización de las instalaciones, esto es cuanto mayor fuera el volumen de agua suministrada a los usuarios a través de las infraestructuras del Servicio, mayor canon se generaría para el Ayuntamiento. En conclusión la Corporación acordó fijar un canon por el uso de las instalaciones actualizable en la misma medida que los ingresos del servicio, no fijar un canon a amortizar en función de unos determinados metros cúbicos como erróneamente se concluye en el informe.*

En segundo lugar, dicho canon se destinaba a satisfacer una deuda multimillonaria generada, como se expresa en la transcrita cláusula octava, por la inexistencia de tasas de saneamiento y depuración (...).”

Reza la Cláusula Octava: *“Como consecuencia de la inexistencia de tasas de saneamiento y depuración, la UTE gestora ha acumulado una deuda con este Ayuntamiento ascendente a la cantidad reconocida mediante acuerdo de Pleno de fecha 26 de octubre de 1997 más los intereses generados hasta ese momento, y que al 31 de diciembre de 1999 cifra una cantidad total de MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES QUINIENTAS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTAS OCHENTA PESETAS (1.314.559.680 ptas). Con el fin de poder enjugar dicha deuda de forma razonable y equilibrada para los intereses de las partes, se fijan los siguientes cánones -en concepto de retribución de la concesión, por la utilización de los bienes destinados al Servicio, -a favor del Ayuntamiento con cargo al concesionario, que en el caso de que se vayan materializando según las condiciones que a continuación se expresan, se deducirán de la deuda reconocida mediante compensación:*

- Canon de 200.000.000 pesetas, cuando exista constancia de la no impugnación por ningún medio de los presentes acuerdos, y se encuentre implantada la Tasa por la prestación de los Servicios de Alcantarillado y Depuración según lo indicado en el acuerdo cuarto.

- Canon de 500.000.000 pesetas, en el año 2003, siempre que se haya alcanzado una facturación de al menos 950.000 m3/anuales.

- Canon de 614.559.680 pesetas, siempre que se haya alcanzado una facturación de al menos 1.200.000 m3/anuales.

Las condiciones expresadas tienen la consideración de condiciones suspensivas, por tanto, únicamente se entenderá transmitido el canon y condonada y compensada la deuda cuando dichas condiciones se cumplan en todos sus términos. Hasta dicho momento, la deuda viva continuará generando los correspondientes intereses de demora, calculados en función del interés legal del dinero en vigor en cada momento y contados desde el 1 de enero de 2000”.

La interpretación dada por el concesionario ha sido adecuadamente refutada por la Administración, que señala: *“Si bien la Cláusula Octava del documento contractual de 1999 se denomina «CANON», resulta obvio que no se refiere al canon por el uso de instalaciones en un sentido estricto, pues si no lo definiría en relación con otras cuestiones establecidas igualmente en dicha cláusula, esto es, la deuda existente entre el Ayuntamiento de Pájara y la concesionaria y viceversa.*

Es decir se regula en una única cláusula dos aspectos que en esencia deberían regularse por separado ya que en principio son cuestiones distintas:

a) Deuda contraída por este Ayuntamiento a favor de la mercantil C., S.A. como consecuencia de la inexistencia de tasas de saneamiento y depuración. Deuda que además fue reconocida mediante Acuerdo plenario de fecha 26 de octubre de 1999 y que se cifró en la cantidad de 1.314.559.680 pts.

(...).

b) Canon a satisfacer por C., SA que se cifra igualmente en la cantidad de 1.314.599.680 ptas. y que será abonada a esta Administración haciendo uso también de la vía de la compensación de deudas en tres momentos distintos siempre y cuando se dieran las condiciones suspensivas establecidas en la mencionada cláusula, dependiendo dos de ellas de que se alcance una facturación mínima de metros cúbicos de agua por año.

El canon así establecido es una cantidad fija, 1.314.559.680 ptas., independientemente de que la facturación sea mayor o menor y no como dice el concesionario del servicio de que “cuanto menor fuera el volumen del agua suministrada (...) mayor canon se generaría para el Ayuntamiento”.

Y es que al intentar enjugar la deuda con el canon, el resultado fue que dicho canon se generaba conforme a la facturación de agua por la empresa concesionaria, facturación que implicaba el abono de su retribución económica por la prestación del servicio conforme a las tarifas”.

En este sentido, como argumenta la PA, recogiendo el informe de 5 de julio de 2013: “De la profusa exposición que se ha referido de los antecedentes contractuales de los que devino la novación contractual que se formaliza en el documento administrativo de 28 de diciembre de 1999, en lo que al objeto del presente informe interesa, se aprecia que cada cláusula contractual que contemplaba enjugar la deuda que contraía el Ayuntamiento frente a la concesionaria por la amortización tanto de la Planta Potabilizadora como por la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales se acudió a la fórmula del volumen de agua producida o de agua tratada.

Se aprecia asimismo que no se le exigió a la entidad concesionaria hasta el documento administrativo de 28 de diciembre de 1999 canon alguno por la utilización de instalaciones de titularidad municipal, o del Consorcio en su caso.

A mayor abundamiento, cuando se requiere a la entidad concesionaria al objeto de la novación del contrato se determina expresamente que el pago del canon

concesional se orienta a enjugar la deuda que mantiene la Corporación Municipal con la Empresa, por lo que ha de considerarse que se determina el mismo concepto para su determinación: se cuantifica en función de la facturación.

Figura en la propia propuesta de la UTE concesionaria, así recogido en el acuerdo plenario y documento administrativo de 28 de diciembre de 1999 que «(...) con el fin de enjugar dicha deuda de forma razonable y equilibrada para los intereses de las partes, se fijan los siguientes cánones a favor del Ayuntamiento con cargo a la UTE gestora, que en el caso de que se vayan materializando según las condiciones que a continuación se expresan, se deducirán de la deuda reconocida mediante compensación».

Y es que literalmente se fijó el canon, señalando la cuantía específica, para cada una de las condiciones que se señaló, que a excepción del que se devengaba por la implantación de la Tasa por la prestación de los Servicios de Alcantarillado y Depuración (la falta de la implantación de la misma y no poder cobrar al usuario dicho servicio era el origen de la deuda contraída) se ajustaba a un determinado volumen de facturación.

Es más, en relación con el canon a abonar por la facturación de 950.000 m³/anuales se determinó una fecha, el año 2003, por lo que la amortización anual hasta el 2023 ni tan siquiera se puede presuponer”.

Se observa pues que el devengo del canon viene determinado con el cumplimiento de determinadas condiciones (facturación de metros cúbicos de agua) y no con el periodo de vigencia del contrato. La exigibilidad del canon por el Ayuntamiento al concesionario ha sido siempre en función del agua facturada.

Finalmente, y en cuanto a la interpretación de la concesionaria de los cánones de 1999 y de 2005 (modificación contractual operada el 27 de diciembre de 2005), de la misma manera, compartimos la argumentación expuesta en la PA, pues se distingue con claridad que el devengo del canon que figura en el documento de 1999 se estableció en función de volúmenes de facturación del agua y el devengo del canon del 2005 se calculó sobre una previsión de facturación sobre el plazo de vigencia de la concesión, esto es, 2040.

Señala en este punto la PA, transcribiendo el informe jurídico que sirve de base para la incoación del presente procedimiento que: *“Sobre estos datos de los antecedentes que fundamentaron la adopción de los acuerdos del órgano de*

contratación, el Pleno Municipal, de los que derivaron el documento administrativo de diciembre de 2005 no puede acogerse la interpretación que el representante de la entidad C., S.A. solicita se adopte sobre el devengo del canon que se estableció en el documento contractual de 28 de diciembre de 1999 con la consiguiente repercusión a los usuarios finales del servicio vía tarifa.

El hecho de que para la cuantificación del canon que se contempla en el documento administrativo de 27 de diciembre de 2005 se utilizara como criterio la facturación previsible, con el cómputo de la facturación correspondiente a los abonados ya existentes en el servicio, sustenta la interpretación que al respecto ha hecho reiteradamente el Ayuntamiento de Pájara de no incluir la amortización anual del canon previsto en el documento de 1999 en las tarifas que se aplican al usuario, primero, porque se reafirma que el devengo del canon se ha establecido contractualmente en función de la facturación y, segundo, porque la repercusión vía tarifarla de dicho canon más el establecido en el documento administrativo de 2005 implicaría una duplicidad de pago del mismo concepto, el canon, para los usuarios del servicio.

El canon que se fijó en el documento administrativo de 1999 ha de entenderse, en todo caso, recuperado por la entidad concesionaria conforme al volumen de facturación que se determinó al efecto con la aplicación de las tarifas vigentes en aquél momento, de contrario, ha de considerarse que cuando la empresa concesionaria acepta la modificación del contrato operada en el año 2005 lo hace a su riesgo y ventura y si se ha producido el desequilibrio económico de la contrata a la reiteradamente alude en sus escritos la asunción de un error de cálculo en las ofertas, aun siendo éstas para la modificación del objeto del contrato, no procede las asuma la Administración, todo ello sin perjuicio de que no se ha constatado documentalmente tal desequilibrio”.

El art. 126.2.2º.b) RSCL dispone que en la retribución económica del concesionario, el 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 la concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho. Tal obligación no puede derivar, como pretende el concesionario, en que se tenga que repercutir vía tarifa a los usuarios del servicio los costes de amortización de unos bienes que ya han sido amortizados conforme a la modificación contractual de 1999 pues, como se dijo acertadamente por la

Administración, ello supondría una duplicidad de pagos que acarrearía un enriquecimiento injusto prohibido por la Ley.

Lo mismo sucedería en el caso de que se tratase de la ejecución de nuevas infraestructuras o ampliación de las existentes, previstas en la modificación del contrato de 2005 y cuyo coste debería ser abonado al concesionario como parte de su retribución (Estipulación Sexta). La Administración debe pagar ese nuevo coste, pero también puede no hacerlo y trasladarlo a los beneficiarios del servicio (precio por la prestación del servicio); sólo en este caso podría el concesionario repercutir el coste de lo ejecutado a esos beneficiarios introduciendo la amortización correspondiente en la estructura tarifaria. Por el contrario, si la Administración le ha pagado al concesionario el precio de esas obras, o ha reconocido dicha deuda quedando obligada a su pago, no puede el concesionario exigir nuevamente su pago a través de la tarifa por la prestación del servicio.

Por último, y retomando la Sentencia con la que comenzábamos este fundamento, y dada la exigencia legal de mantenimiento del equilibrio económico durante el contrato, ha de añadirse que, en todo caso, y a los efectos de aumento de las tarifas, no se ha acreditado por la empresa que se haya roto aquel equilibrio por "riesgo imprevisible" que exijan una revisión de las tarifas [art. 127.2.2ºb) RSCL].

Por todo lo expuesto, no puede acogerse la interpretación contractual pretendida por el concesionario, siendo conforme a Derecho la PA en la interpretación realizada tal y como se ha señalado en este Dictamen.

CONCLUSIÓN

Por las razones anteriormente expuestas en el Fundamento IV la Propuesta de Acuerdo sobre la interpretación contractual que concluye que no procede la inclusión en el régimen tarifario de la amortización anual del canon previsto en el documento administrativo de 1999 se considera conforme a Derecho.