



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de (...) solicita, mediante escrito de fecha 5 de octubre y registro de entrada en Diputación el día 8 del mismo mes, la emisión de un Informe por parte del Departamento de Asistencia a Municipios y Formación, en relación con la reclamación presentada en el Ayuntamiento por la empresa (...) para el cobro de una determinada cantidad de dinero, como consecuencia de la finalización de la concesión otorgada en su día a la citada empresa para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio.

Entre las diversas cuestiones planteadas, la primera autoridad municipal desea, ante todo, conocer nuestra opinión *“sobre si la pretensión del concesionario de que el Ayuntamiento le abone las tarifas no cobradas a los usuarios a la finalización de la concesión es ajustada a derecho o no”*; así como, saber en qué medida la reclamación planteada pudiera estar relacionada con la aplicación de los principios de equilibrio financiero de la concesión o riesgo y ventura del contratista, o si, por el contrario, podríamos estar ante un supuesto de mala gestión del servicio achacable al concesionario. En resumidas cuentas, el Sr. Alcalde quiere saber *“si el Ayuntamiento está obligado a compensar al concesionario por esas tarifas no cobradas, con el subsiguiente derecho del Ayuntamiento de exigir su pago al usuario”*.

A tal efecto, además de una copia de la liquidación efectuada y remitida por la referida mercantil al Ayuntamiento, éste nos remite también sendas copias, tanto del Contrato suscrito en su día con la citada empresa, como del Pliego de Condiciones de Cláusulas Administrativas Particulares que sirvió de base para la licitación.

Pues bien, a la vista de la mencionada documentación, una vez leído su contenido y, más concretamente, la cláusula decimoctava del Pliego invocada por la empresa en apoyo de su derecho al cobro, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

Con carácter previo, vamos a tratar, de forma breve, de dar respuesta a las dudas que se le plantean al Ayuntamiento en relación con los principios del equilibrio



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

financiero de los contratos y el riesgo y ventura asumido por los particulares que contraten con la Administración en régimen de derecho administrativo.

En este sentido, conviene señalar cómo el primero de los principios mencionados –esto es, el mantenimiento del equilibrio financiero–, no debe ser invocado en el presente caso, pues, en nuestra opinión, su aplicación se encuentra estrechamente relacionada con la potestad reconocida legalmente¹ a las distintas Administraciones públicas para modificar algunos de los elementos integrantes de los contratos administrativos, una vez que éstos se han perfeccionado, por razones de interés público, siempre que tales modificaciones sean debidas a necesidades nuevas surgidas tras el perfeccionamiento del contrato o de difícil previsión en dicho momento.

Más concretamente, y centrándonos ya en el ámbito específico de los contratos de gestión de servicios públicos, el artículo 258² de la vigente Ley 30/2007, de 30 de

¹ Puede verse, a tales efectos, el artículo 101 del derogado **Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo contenido esencial ha sido reproducido en el artículo 202 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de **Contratos del Sector Público**.

² **Artículo 258. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.**

1. *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.*

2. *Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, 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.*

3. *En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.*

4. *La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

a) *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.*

b) *Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

c) *Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.*

5. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

octubre, de Contratos del Sector Público, establece en qué casos y de qué modo la Administración deberá compensar a los contratistas, con el fin de que se mantenga el equilibrio económico del contrato.

Por lo que respecta al segundo de los principios mencionados, aun cuando cabe admitir de entrada que en la contratación administrativa existe un principio general de riesgo y ventura del contratista – si bien la jurisprudencia ha venido matizando su aplicación en aquellos supuestos de contratos de gestión de servicios públicos que, como la concesión, son prestados en régimen de gestión indirecta, admitiendo, en tales casos, el empleo de la técnica de la revisión de precios, con el único fin de mantener en todo momento el equilibrio financiero de la misma –, desde nuestro punto de vista, no parece apropiada su invocación en el presente caso, pues, en primer lugar, se trata de un principio vigente e invocable durante la ejecución del contrato y no tras su finalización, y, en segundo lugar, por parte de la concesionaria no se ha solicitado la restauración de un hipotético desequilibrio financiero derivado de la ejecución del contrato, sino la compensación económica a cargo del Ayuntamiento por los derechos liquidados y pendientes de cobro a la finalización del contrato.

Por consiguiente, y de acuerdo con las razones que han quedado expuestas, no creemos de aplicación al supuesto sometido a nuestra consideración, ni uno ni otro de los mencionados principios contractuales, como, a priori, tampoco pensamos en la existencia de un caso de mala gestión, pues, fatalmente los impagos en el sistema tributario español no son infrecuentes.

SEGUNDO

Ahora bien, con independencia de lo dicho en el punto anterior, lo que el Ayuntamiento quiere saber, en definitiva, es si constatada la existencia de un indeterminado número de recibos pendientes de cobro a la finalización del contrato de concesión, resulta ajustada a derecho la pretensión del concesionario de que sea el propio Ayuntamiento quien se haga cargo de su pago, anticipando y abonando a la



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

empresa concesionaria del servicio el importe equivalente al total de los cobros pendientes de realizar.

En defensa de su derecho inmediato al cobro, la empresa invoca el contenido de la cláusula decimoctava del Pliego de Condiciones, en su epígrafe relativo a “Retribución del Concesionario”, apartado A, que, entre las diversas fuentes de posibles ingresos a percibir, reconoce a aquélla el derecho a *“La tarifa vigente en cada momento que cubra la retribución del adjudicatario, así como...”*. Lo que ha llevado a la empresa a interpretar *pro domo sua* que, una vez finalizado el contrato y acreditados los impagos ahora reclamados, deberá ser el Ayuntamiento quien corra con los importes facturados y pendientes de cobro.

Pues bien, aun admitiendo la obligación legal que, como titular del servicio y de la potestad tributaria, corresponde en último término al Ayuntamiento, hasta el punto de que deberá ser éste quien continúe con el procedimiento de cobro de los recibos pendientes a la finalización de la concesión, en virtud, no del cumplimiento de alguna de las cláusulas de la concesión, sino como consecuencia directa del principio de irrenunciabilidad de las competencias, cuyo ejercicio resulta obligado para las Administraciones públicas, lo cierto y verdad es que, desde nuestro punto de vista, dicha contraprestación, esto es, el reconocimiento de un derecho a favor del concesionario, en forma de compensación del total de la deuda pendiente tras la finalización del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua potable, al no haberse contemplado de forma expresa en el correspondiente Pliego de Condiciones, no puede ser exigida legalmente al Ayuntamiento. Y ello, sin perjuicio de tener que reconocer el deber del Ayuntamiento de proceder al reintegro del principal de la deuda pendiente de cobro, a medida que ésta se vaya haciendo efectiva, bien de forma voluntaria o mediante la aplicación del oportuno procedimiento ejecutivo.

En resumidas cuentas, ante la ausencia de concretas y precisas estipulaciones recogidas tanto en el Pliego como en el contrato, que pudieran servirnos de guía para resolver sin ningún género de dudas la controversia planteada, el criterio expuesto en el párrafo anterior resulta, a nuestro juicio, el que mejor cohoneste los intereses de ambas partes, pues, por un lado, el Ayuntamiento asume el deber de cobrar los recibos pendientes, cumpliendo así con la aplicación del principio de justicia tributaria entre los



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

diversos usuarios del servicio de abastecimiento de agua potable, y, por otro, la empresa concesionaria recibe el importe de los referidos recibos, a medida que estos se vayan haciendo efectivos, en contraprestación del servicio prestado durante la vigencia de la concesión. De no hacerlo así, y como quiera que, según el documento de liquidación presentado por la empresa, existen deudas de 2004 y 2005, podría suceder que algunos de los recibos pendientes de cobro hubieran ya prescrito en el momento de su traspaso al Ayuntamiento, en cuyo caso éste no podría continuar con el procedimiento de cobro y la empresa habría perdido como consecuencia directa de su gestión su derecho al cobro de la deuda prescrita.

A mayor abundamiento, conviene también recordar que, según la cláusula segunda, párrafo tercero, del contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa concesionaria, las tarifas del servicio serán percibidas directamente por ésta de los usuarios, pactándose expresamente a favor del concesionario el abono de un pago único a cargo del Ayuntamiento, únicamente en el supuesto de existir alguna diferencia entre las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento, con carácter previo a la entrada en vigor del contrato de concesión, y las previstas en la propia cláusula citada. Sin mención alguna, por tanto, a cualquier otra compensación puesta a cargo del Ayuntamiento, como pudiera ser, por ejemplo, la falta de pago de los recibos por parte de algunos usuarios. Precisamente, para evitar esta última circunstancia, es por lo que, según la cláusula decimoctava del Pliego de Condiciones, en el epígrafe titulado "Utilización de la vía de apremio", párrafo primero, el Ayuntamiento se compromete a otorgar al adjudicatario *"los medios de cobro en periodo voluntario y ejecutivo, por vía de apremio, de las tarifas de la concesión"* (sic).

Finalmente, entre los derechos del concesionario, recogidos en la cláusula decimosexta del Pliego de Condiciones, en su apartado séptimo, a aquél sólo se le reconoce el derecho a la adecuada compensación económica *"(...) para mantener el equilibrio económico de la concesión, en el supuesto de modificaciones del servicio impuestas por la Corporación que aumenten los costos o disminuyan la retribución(...)"*; o *"en los casos de asunción directa de la gestión del servicio, si ésta se produjese por razones de interés público"*; o en el caso de producirse el *"rescate de la concesión o supresión del servicio"*. Circunstancias todas ellas ajenas a los verdaderos motivos de



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

finalización del contrato de concesión, que no han sido otros que la voluntad de la Corporación de (...) de dar por terminada la vigencia de la concesión y recuperar para sí la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable a la población.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no sufre en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 21 de Octubre de 2009