



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 9 de febrero pasado y registro de entrada en Diputación el día 12 del mismo mes, la emisión de un Informe por parte de este Departamento de Asistencia a Municipios y Formación, en el que se recojan los aspectos más relevantes de la *“contratación de la gestión indirecta de los servicios de Abastecimiento domiciliario de agua y Alcantarillado”*, procedimiento de adjudicación e incidencia fiscal que, en su caso, dicha forma de gestión pudiera tener sobre la regulación y aplicación de la tasa establecida en la actualidad para financiar los citados servicios municipales.

A tales efectos, la primera autoridad municipal, tras proporcionarnos algunos datos relativos a la situación actual de los indicados servicios – como son, su forma de prestación mediante gestión directa por el propio Ayuntamiento y el desfase producido entre los ingresos presupuestarios previstos, en concepto de cobro de la tasa, y los costes previstos por la prestación del servicio de suministro de agua realizado por una Entidad pública dependiente de la Administración autonómica –, nos informa también de la pretensión del Ayuntamiento de contratar la prestación de los mencionados servicios de Abastecimiento de Agua y Alcantarillado, así como, su tratamiento y depuración, mediante gestión indirecta.

Precisamente, con dicha finalidad, el Ayuntamiento cuenta, al parecer, con una oferta verbal y diversos documentos proporcionados por una empresa interesada en la referida contratación, que fijaría el precio de licitación en 300.000 € anuales – muy por encima de los actuales ingresos comunicados por el propio Ayuntamiento, fijados en unos 91.000 € aproximadamente, y superior también al coste previsible del servicio de suministro de agua prestado por la Entidad pública autonómica, cifrado en 215.000 € aproximadamente – y sugiere como plazo de *concesión* el de 5 años, prorrogables en sucesivos periodos de otros tantos años, hasta completar los 25 años.

En base a los antecedentes que han quedado expuestos y con el objetivo último de poder dar una adecuada respuesta a la pretensión manifestada en el escrito de petición de Informe, en el sentido de modificar la actual forma de prestación de los indicados servicios, pasando de la gestión directa realizada por el propio Ayuntamiento



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

a una gestión indirecta realizada por terceros, el Sr. Alcalde nos plantea una serie de cuestiones que, sucintamente, pasamos a enumerar:

1ª ¿Cuál sería el procedimiento más adecuado de adjudicación del contrato, considerando un precio estimado de licitación de 300.000 € y un plazo de *concesión* total de 25 años? Apuntando el propio Ayuntamiento, a continuación, la opción del Concurso como la vía procedimentalmente más adecuada.

2ª Teniendo en cuenta que no está prevista ninguna aportación económica directa por parte del Ayuntamiento – y si no hemos entendido mal el planteamiento de la cuestión –, se nos pregunta si, en tales circunstancias, ¿sería preceptivo, durante el presente ejercicio de 2010, proceder a la aprobación del coste total de la inversión, previo su reconocimiento presupuestario y tramitación posterior del correspondiente expediente de gasto?

3ª Considerando, en palabras del propio Ayuntamiento, lo dispuesto, en primer lugar, en los artículos 24.2 y 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), aprobado por Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, referentes al necesario equilibrio que deberá presidir la relación entre el importe percibido del cobro de tasas por la prestación de los indicados servicios y el coste real o previsible de éstos – expresado a través de la fórmula de que los ingresos no podrán exceder, en su conjunto, el importe previsible de los gastos –, y a la previa y preceptiva elaboración de los informes técnico-económicos en los que habrá de ponerse de manifiesto la previsible cobertura del coste de aquéllos; y, en segundo lugar, las importantes diferencias existentes entre el mencionado precio de licitación – 300.000 € – y el valor de los costes previsibles del servicio prestado por el Ayuntamiento mediante gestión directa – 215.000 € – [sin que acertemos a comprender muy bien el motivo existente para realizar dicha comparación], el Sr. Alcalde nos formula las siguientes cuestiones:

¿Puede llegar a considerarse el precio de licitación referido, como coste previsible del servicio, en el preceptivo informe técnico-jurídico y, por consiguiente, ser tenido en cuenta en la modificación de la correspondiente Ordenanza fiscal?



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

¿No debería elaborarse previamente el mencionado informe técnico-jurídico y determinarse en él el coste estimado del servicio, en lugar de utilizarse el citado precio de licitación como base del procedimiento de adjudicación?

En caso de responder afirmativamente a la pregunta anterior, nos pregunta el Ayuntamiento, finalmente, ¿qué porcentajes habrían de ser tenidos en cuenta, en concepto de gastos generales y beneficio industrial, a la hora de elaborar el referido informe técnico-jurídico, para poder determinar así el coste final del servicio y el consiguiente cálculo del importe de la tasa?

Así pues, a la vista de las cuestiones formuladas y demás antecedentes que han quedado expuestos, y una vez consultada la legislación que consideramos de aplicación al caso, y que después diremos, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

Vamos, en primer lugar, a tratar de dar respuesta a todas y cada una de las concretas cuestiones planteadas por el Ayuntamiento, a pesar de que a primera vista y en su conjunto el tema planteado nos parece susceptible de otro tipo de planteamiento – que posteriormente haremos – más acorde con la realidad actual de los servicios públicos municipales y su prestación a través de formas de gestión indirecta.

Así, la primera pregunta que se nos formula tiene que ver con el procedimiento que podría resultar más adecuado con vistas a la adjudicación de un hipotético contrato de gestión de servicios, en el que se integrarían tanto el servicio de Abastecimiento de agua y Alcantarillado, como el tratamiento y depuración de aquélla, considerando un presupuesto base de licitación de 300.000 € y un plazo de *concesión* total de 25 años. Luego, desde un principio el Ayuntamiento parece inclinarse de forma explícita por la fórmula de la concesión, como forma de gestión de los mencionados servicios

Pues bien, admitiendo como válida y adecuada dicha forma de gestión, cabe comenzar recordando que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 122 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la adjudicación de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas se realizará,



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el restringido y, excepcionalmente, en los supuestos expresamente previstos en los preceptos 154 a 159 del citado texto legal, el procedimiento negociado, con o sin publicidad, así como, el dialogo competitivo, en los casos expresamente previstos en el artículo 164 siguiente.

El artículo 154 de la LCSP, por su parte, establece los supuestos generales en que podrá utilizarse el procedimiento negociado en cualquier tipo de contrato que celebren las Administraciones, encargándose el siguiente artículo 156 de precisar los supuestos específicos en que podrán celebrarse contratos de gestión de servicios públicos por procedimiento negociado. Ahora bien, dadas las características del contrato que se pretende llevar a cabo por el Ayuntamiento de..., por un importe estimado de licitación de 300.000 € y un plazo de ejecución de hasta 25 años, parece evidente que dicha relación contractual no tendría encaje en ninguno de los supuestos previstos en los preceptos legales citados.

En cuanto al procedimiento de dialogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que a priori no resulta fácil definir el objeto del contrato, no parece tampoco que concurren las circunstancias previstas en el artículo 164 de la LCSP. Por lo que, a nuestro juicio, para la adjudicación del contrato el Ayuntamiento sólo podrá optar por el procedimiento ordinario en cualquiera de sus modalidades, abierta o restringida.

Por otra parte, y al hilo de la referencia al *concurso* realizada por el Ayuntamiento como procedimiento más probable de tramitación, cabe también recordar que a partir de la LCSP el legislador ha optado por abandonar algunas denominaciones tradicionales de nuestra anterior legislación de contratos, sustituyéndolas por otras más ajustadas al contexto europeo. De este forma, los términos *concurso* y *subasta* utilizados con anterioridad como formas de adjudicación de los contratos y referentes claros de las dos modalidades típicas del procedimiento licitatorio, a partir de los criterios tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, han visto como su respectivo contenido conceptual ha sido subsumido hoy bajo la expresión *oferta económicamente más ventajosa*, que ha venido a poner ambos conceptos bajo una misma rúbrica, ya se tenga en cuenta el único criterio del precio utilizado en la antigua subasta, o los múltiples criterios que caracterizaban al concurso.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

SEGUNDO

La segunda cuestión planteada por el Ayuntamiento – si, como apuntábamos más arriba, no hemos entendido mal la pregunta formulada por éste – tiene que ver con la operatoria de autorización y compromiso del gasto correspondiente a la inversión prevista y su posible incidencia sobre el presupuesto corriente de la Entidad. En este sentido, sólo cabe decir que de la forma en que ha sido planteada la operación por el Ayuntamiento, es decir, mediante licitación de la gestión indirecta de los mencionados servicios públicos sin contrapartida de pago o canon a cargo del concesionario, sino mediante la valoración del coste de prestación de los servicios y el correspondiente abono de su contraprestación económica, es evidente que, como en cualquier otro proyecto de gasto municipal, el Ayuntamiento titular de los servicios prestados hasta ahora de forma directa deberá asumir el gasto correspondiente al importe del contrato y, como tal, desplegar la actividad necesaria hasta lograr la preceptiva autorización y compromiso del gasto, bien con cargo a los créditos inicialmente previstos en el presupuesto municipal, bien mediante la aprobación de nuevos créditos presupuestarios o suplementos de crédito, instrumentados ambos a través de la oportuna modificación presupuestaria de créditos.

En cualquier caso, lo que sí hay que dejar meridianamente claro es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la LCSP, la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requiere siempre la previa tramitación del oportuno expediente, al que, además de los documentos mencionados en el citado precepto legal, deberá incorporarse de manera ineludible el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente lo sustituya, así como, la acreditación de la plena disponibilidad de los recursos comprometidos, cuando su financiación se realice con aportaciones de distinta procedencia.

No puede, por tanto, iniciarse ningún proceso de licitación sin tener resuelto, de manera formal al menos, el apartado correspondiente a su financiación. Otra cosa es, como luego veremos, plantear un modelo de gestión indirecta de los mencionados servicios en el que el concesionario no sólo no recibe aportación alguna del Ayuntamiento, salvo las tasas pagadas por los propios usuarios, sino que, en la medida



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

en que utiliza y gestiona instalaciones ya establecidas y en funcionamiento propiedad del Ayuntamiento, venga obligado a abonar a éste como contraprestación un canon. En este caso, es evidente que no existe gasto alguno imputable al Ayuntamiento, sino la generación de un nuevo ingreso en forma de canon de la concesión.

TERCERO

La tercera de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento, formulada en forma de preguntas múltiples, tiene que ver con el contenido de los artículos 24.2 y 25 del TRLRHL, y la exigencia legal del principio de equilibrio financiero que debe existir entre el coste real o previsible de los servicios públicos y el importe de los ingresos percibidos en concepto de tasas por su prestación, cuya previsión y su adecuada cobertura de los costes deberá quedar debidamente acreditada en el preceptivo Informe técnico-económico a emitir por Intervención.

En primer lugar, el Sr. Alcalde nos pregunta si, a la vista del precio de licitación de 300.000 € – apuntado como coste previsible del servicio por una empresa interesada en la contratación –, puede éste ser mantenido como tal en el informe técnico-económico que a tales efectos habrá de elaborarse, sirviendo de referencia, al mismo tiempo, tanto para la fijación del tipo de salida en la adjudicación del contrato, como para la determinación del coste previsible de prestación del servicio y la consiguiente modificación de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa. O si, por el contrario, debería elaborarse, con carácter previo, el mencionado informe técnico-económico a través del cual pudiera determinarse, tanto el coste estimado del servicio, como su verdadero precio de licitación.

Finalmente, y para el caso de que la respuesta lo sea en el sentido de ser necesaria la elaboración previa del mencionado informe técnico-económico, el Sr. Alcalde nos pregunta qué porcentajes habrían de ser tenidos en cuenta en concepto de gastos generales y beneficio industrial del contratista, con el fin de poder determinar el coste final del servicio y ajustar, en su caso, el consiguiente cálculo de la tasa.

Pues bien, respecto de la primera de las cuestiones planteadas, es evidente que la cifra de 300.000 € como coste previsible del servicio, proporcionada de manera informal por el representante de una empresa interesada en la adjudicación de la



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

concesión, no tiene, en principio, más valor que el meramente prospectivo o indicativo del posible valor de su oferta, sin que, por tanto, el Ayuntamiento deba prescindir de la realización de su propio estudio económico-financiero sobre el coste previsible del servicio, en función de las condiciones de prestación del mismo, cuya determinación y fijación, según el artículo 117.1 de la LCSP, deberá hacerse, en todo caso, de conformidad con las normas reguladoras del régimen jurídico del mismo, y a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, en los que podrán fijarse también las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, así como, los procedimientos para su revisión y, en su caso, el canon o participación que hubiere de satisfacerse al Ayuntamiento.

En este sentido, en la fase de actuaciones preparatorias de los contratos de gestión de servicios públicos, como el que se propone llevar a efecto el Ayuntamiento de..., además del objeto y demás requisitos mínimos contenidos en el artículo 26.1 de la LCSP, antes de proceder a la contratación del mencionado servicio público, según lo dispuesto en el artículo 116 de la LCSP, deberá haberse establecido el régimen jurídico de aquél a través de la aprobación del oportuno reglamento, en el que, además de hacer constar, de forma expresa, las circunstancias actuales de la actividad objeto de regulación, como pueden ser su prestación por gestión directa, al tratarse de un servicio municipal de carácter obligatorio, y las competencias administrativas atribuidas al propio Ayuntamiento, deberá también determinarse el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, al tiempo que se regulan aquellos otros aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

De igual forma, tratándose de contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente, según lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LCSP, irá precedida, en todo caso, de la elaboración y aprobación administrativa de los anteproyectos de explotación del servicio y de las obras precisas para su funcionamiento, con especificación, en su caso, de las prescripciones técnicas necesarias para su realización, resultando de aplicación en tal caso los preceptos del mencionado texto legal que regulan la concesión de obras públicas. A este respecto, conviene recordar que, según el artículo 7.1 de la LCSP, el contrato de concesión de obra pública es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

algunas de las prestaciones típicas del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como, la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, percibiendo a cambio únicamente el reconocimiento del derecho a explotar la obra, o bien dicho derecho más el de recibir un precio.

No obstante, la exigencia de elaborar un anteproyecto o proyecto de explotación se reitera también para todos los contratos de gestión de servicios públicos, en cualquiera de sus modalidades, y aunque no existan obras, por el artículo 183.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹ (en adelante, RC), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, según el cual, los citados proyectos de explotación, además de estar referidos a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional, deberán incluir entre su contenido un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición. Todo lo cual deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de su aprobación.

En definitiva, y respondiendo ya a las concretas cuestiones formuladas por el Ayuntamiento, podemos concluir afirmando que antes de proceder a la contratación de los mencionados servicios será preciso elaborar, conforme a la normativa a que se ha venido haciendo referencia, un proyecto de explotación que de forma preceptiva deberá incluir un estudio económico-administrativo, a partir del cual pueda determinarse, tanto el coste estimado del servicio, como su verdadero precio de licitación.

Y llegados a este punto, sólo nos queda una pregunta por responder, relativa al porcentaje que, en concepto de gastos generales y beneficio industrial del contratista, habrá de ser tenido en cuenta a la hora de determinar los componentes de la estructura de gastos integrantes tanto del coste final de los servicios, como de los elementos de cálculo de la tasa que habrá de financiarlos.

Pues bien, a este respecto, cabe mencionar como la LCSP, en su artículo 75, regula, con carácter general, el precio de los contratos del sector público, disponiendo

¹ De plena vigencia en lo que al artículo citado se refiere, tras la aprobación del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que de forma expresa del citado Real Decreto 1098/2001 sólo deroga sus artículos 79 y 114 al 117.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

que éste constituirá la retribución del contratista y consistirá en un precio cierto que, además de expresarse en euros, los órganos de contratación cuidarán de que mediante la correcta estimación de su importe resulte adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, según el precio general de mercado. La pretensión del legislador con la regulación de los precios establecida a través del citado precepto es la de lograr precios acordes a la realidad del mercado, rechazando aquellos que por exceso o por defecto no se ajusten a dicha realidad, pero sin aclararnos nada acerca de los conceptos de gastos generales y beneficio industrial. Por otra parte, ni en la LCSP ni en el RC hemos encontrado preceptos que referidos a los contratos de gestión de servicios públicos hagan referencia a los mencionados componentes de la estructura general de gastos de los servicios.

En consecuencia, consideramos que la forma más adecuada para conocer, primero, los conceptos que deben estimarse incluidos en el precio de los contratos, será la que se establezca a partir del contenido de la propia documentación incorporada al expediente de contratación, y, en defecto de concretas alusiones en ella, deberá estarse a la aplicación analógica de los preceptos del RC referidos al contrato de obras, cuyo régimen jurídico puede ser aplicado también, por razón de su naturaleza, a los contratos de gestión de servicios públicos. Y ello, con independencia, como luego veremos, de que dicha determinación en la estructura de costes del presupuesto base de licitación no sea, en principio, estrictamente necesaria en los supuestos de concesión de la gestión de un servicio público mediante abono de un canon.

No obstante, el artículo 131 del citado RC establece los conceptos que, incrementando el presupuesto de ejecución material del contrato de obras, deben integrar el denominado presupuesto base de licitación o de contrata, mencionando entre ellos los *gastos generales de estructura* que inciden sobre el contrato y que cifra en los siguientes porcentajes a aplicar sobre el presupuesto de ejecución material: a) del 13 al 17 por ciento, *en concepto de gastos generales de la empresa*, aplicable por el Ayuntamiento según las circunstancias concurrentes, y que comprendería tanto los gastos financieros, cargas fiscales – excluidos el Impuesto sobre el Valor Añadido y aquellos impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas –, tasas de las Administraciones legalmente establecidas y que incidan sobre el coste de las obras



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

y demás derivados de las obligaciones del contrato; y b) el 6 por ciento, en concepto de beneficio industrial del contratista.

Así pues, determinado a través del preceptivo estudio económico-administrativo el presupuesto de ejecución material del contrato – con las dificultades propias de todo contrato de gestión de servicios públicos –, y utilizando como referencia los mencionados porcentajes, el Ayuntamiento estará en disposición, tras la fijación de la cuantía de aquellos, en función de las circunstancias concurrentes en el contrato, de poder acordar libremente el presupuesto que habrá de servir de base para la licitación o presupuesto de contrata y, consecuentemente, también el coste final de prestación de los servicios, que servirá de referencia, a su vez, para la fijación del importe de las tasas.

CUARTO

Una vez contestadas todas las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento en el escrito de petición de Informe, creemos obligado por nuestra parte ampliar nuestra respuesta realizando algunas consideraciones en torno al modelo de gestión de los indicados servicios elegido por la Corporación, con la finalidad de facilitar un mejor conocimiento de su régimen jurídico y mostrar otras posibles opciones en lo que respecta a su funcionamiento y aplicación.

En primer lugar, cabe recordar que todos y cada uno de los servicios objeto del presente Informe se encuentran comprendidos entre los de prestación obligatoria por los municipios, pues, si bien la depuración de las aguas no aparece en principio entre los servicios obligatorios reseñados en el artículo 26.1² de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), el artículo 86.3 del citado texto legal, reserva expresamente a las Entidades locales el “*abastecimiento y depuración de aguas*” calificando, a su vez, dicha actividad de servicio esencial. Por su

² **Artículo 26. 1.** *Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:*

a) En todos los Municipios:

Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

parte, el artículo 85.2 del mismo texto legal, señala que los servicios públicos municipales pueden gestionarse directamente por la propia entidad local, mediante alguna de las modalidades recogidas en él, o de forma indirecta, remitiendo en este último caso, en su apartado B), a lo dispuesto en el artículo 156 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, sustituido hoy por el artículo 253 de la vigente LCSP, según el cual, los contratos de gestión de servicios públicos, como los que son objeto del presente Informe, podrán adoptar alguna de las siguientes modalidades: *Concesión*, *Gestión Interesada*, *Concierto* o *Sociedad de economía mixta*.

Así pues, para completar el régimen jurídico de los indicados tipos de contratos, además de los citados artículos 85 y 86 de la LRBRL, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 88 a 110 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), aprobado mediante Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, artículos 113 a 137 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL), aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955, y, de forma muy especial, a la legislación específica en materia de contratos, y, más concretamente, a los artículos 251 a 265 de la LCSP y disposiciones concordantes con las anteriores, como las contenidas en el citado RC.

A este respecto, si acudimos a la citada legislación de contratos, podemos comprobar cómo, además de las modalidades de contratación previstas en el citado artículo 253 de la LCSP, entre las que destacaría la concesión – en virtud de la cual el empresario asume la gestión y, en consecuencia, el riesgo y ventura asociada a la misma –, la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse también como un contrato de prestación de servicios, en el que el contratista pudiendo también ejecutar el contrato a su riesgo y ventura, sin embargo no asume el resultado de la gestión del servicio en cuanto tal, sino sólo el riesgo derivado de las circunstancias imprevistas que afectan a todo contrato o de su propio error de cálculo al formular la oferta. En este último caso, se trataría de la realización de una serie de prestaciones que, de forma inmediata y directa, sólo sirven a la Administración contratante, que las emplea como un instrumento auxiliar del servicio prestado, a su vez, a los particulares, a cambio de un precio fijado exclusivamente en función de los costes del contrato, más



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

el margen de beneficio y gastos generales, pero sin tener en cuenta el mayor o menor número de usuarios del servicio. No obstante, como quiera que el Ayuntamiento ha expresado ya su voluntad de prestación del servicio a través de la modalidad de la Concesión, nos vamos a limitar, a continuación, a analizar dicha figura y destacar algunos aspectos que parecen no haber sido tenidos en cuenta por aquél.

En este sentido, el criterio esencial, según el artículo 251.1 de la LCSP, para saber si una Administración podrá o no gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, será el de que éstos sean susceptibles de explotación por particulares. Es, precisamente, el criterio aplicado en el Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, al afirmar que para gestionar de forma indirecta un servicio público será preciso que éstos *“tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”*; esto es, que la forma de explotación pueda hacerse siguiendo criterios empresariales y con la consiguiente existencia de riesgos.

Por su parte, el Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, de la citada Junta Consultiva se encarga de precisar el significado de la expresión legal *“susceptibles de explotación por particulares”*; al afirmar que, en principio, sólo podrán ser objeto de gestión indirecta los servicios públicos que, a su vez, puedan ser objeto de explotación económica. Es decir, aquellos que el concesionario pueda gestionar obteniendo a cambio un hipotético beneficio. De no ser así, deberá ser la Administración titular del servicio quien gestione éste de forma directa, si bien podrá valerse a tales efectos de la colaboración de empresarios privados a través de los aludidos contratos de servicios.

En otro orden de cosas, ya hemos visto con anterioridad al citar el artículo 117.1 de la LCSP, referido a los pliegos y anteproyectos de obra y explotación, cómo aquellos, además de fijar las condiciones de prestación de los servicios, podrán fijar, en su caso, el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. Circunstancia ésta que no resulta descabellada, por otra parte, si tenemos en cuenta que, primero, el ámbito propio del contrato de gestión indirecta de los servicios públicos alcanza a todos aquellos que sean susceptibles de explotación por los particulares; y, segundo, que para la prestación de los mencionados servicios el Ayuntamiento deberá poner previamente a disposición del contratista todo el entramado de redes e instalaciones



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

que hacen posible su actual prestación por gestión directa. Las cuales habrán de ser necesariamente inventariadas y valoradas por la Corporación con la finalidad de, entre otras cosas, determinar la cuantía del canon a satisfacer por el contratista.

Desde esta perspectiva, ya prevista también en el artículo 115³ del viejo RSCL, no es necesario, por tanto, orientar el expediente de contratación para la prestación de los servicios hacia la forma prevista de aprobación previa del gasto correspondiente, en la que la contraprestación del Ayuntamiento se concreta en el abono de una determinada cantidad de dinero o presupuesto de adjudicación, sino, por el contrario, como una operación que, calculados los posibles beneficios de la explotación y establecidas las condiciones de prestación de los servicios, resulte atractiva para el futuro concesionario y permita, al mismo tiempo, al Ayuntamiento incrementar sus ingresos en contrapartida del aprovechamiento privativo de los bienes públicos cedidos con la concesión.

Pues, la clave para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público es que el concesionario asuma el riesgo derivado de su propia gestión, sin que, a pesar de la opinión en sentido contrario mantenida por la Dirección General de Tributos, en respuesta a una consulta planteada con fecha 28 de octubre de 2007, sea relevante, a tales efectos, de quién procedan los ingresos que perciba aquél por la prestación del servicio, si de los usuarios del mismo o de la propia Administración concedente. Lo esencial es que la gestión, realizada a su riesgo y ventura, ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. En otras palabras, los ingresos percibidos por el concesionario y derivados de la gestión del servicio no deben depender exclusivamente del mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión, sino de hechos o circunstancias ajenos por completo a la voluntad del concesionario.

Por lo demás, conviene también recordar que el servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua, ante la exigencia de la normativa comunitaria

³ **Artículo 115.** *En toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes y, como mínimo, las siguientes:*

.....
8.º Canon o participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

medioambiental de depurar las aguas residuales de las poblaciones, se está viendo ampliado en los últimos años con la incorporación tanto de la gestión de la red de alcantarillado, como de la depuración y vertido final de las aguas, extendiéndose el servicio a lo que se ha venido en denominar el “ciclo integral del agua”, compuesto por la captación, tratamiento, distribución, vertido y depuración. Así pues, junto al fenómeno indicado y ante la mayor complejidad en la gestión de los tradicionales servicios públicos municipales relacionados con el tratamiento del agua, la corriente dominante hoy día es la de gestionar de forma indirecta e integrada los indicados servicios municipales.

En este contexto, no resulta descabellado, por tanto, pensar en la unificación de la gestión de todos los servicios comprendidos en el ciclo integral del agua, unificando los tres servicios en un solo contrato. Precisamente, la conveniencia técnica de que sea una misma empresa la que gestione todos los servicios que tengan que ver con el agua, con el fin de mejorar la eficiencia en la gestión y evitar interferencias de unas empresas en los servicios que gestionan otras, ha llevado a algunos Ayuntamientos a la preparación y adjudicación de contratos en los que se incluyen todos los servicios relacionados con la gestión del suministro, vertido y depuración de agua a las poblaciones.

QUINTO

Finalmente, vamos a comentar brevemente una cuestión accesorio a cuanto venimos diciendo, pero que estimamos de indudable interés para el Ayuntamiento, como es la relativa al posible anticipo del canon de la concesión.

El Informe 67/2004, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, sobre «*Posibilidad de pago del canon concesional de una sola vez al inicio de la concesión*», no niega tajantemente dicha posibilidad, pues, en su conclusión remite a que la utilización de la fórmula figurase contemplada necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares «*con el necesario detalle de cuantos aspectos de todo orden se relacionen con tal posibilidad*». Es decir, la citada Junta Consultiva no considera imposible que pueda arbitrase dicha fórmula.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

A nuestro juicio, la base legal para admitir tal posibilidad podemos encontrarla en el artículo 25 de la LCSP, que en el ámbito de la contratación pública proclama la vigencia de la libertad de pactos, aunque con las necesarias limitaciones. Dicho artículo coincide, en esencia, con el principio de autonomía privada reconocido en el artículo 1255 del Código Civil, e implicaría, en principio, una autolimitación de la ordenación estatal, al dejar espacios libres en los que puede insertarse la actividad normativa de los particulares, si bien dicha actividad resultaría, a su vez, limitada por el interés público, el ordenamiento jurídico en su conjunto y los principios de buena administración. Límites que, lógicamente, tienen un carácter restrictivo de la autonomía de la voluntad, pero que, en base al contenido del viejo aforismo latino de que *“aquello que no está prohibido puede entenderse, en principio, que está permitido”*, nos llevaría de entrada a admitir la posibilidad de que, atendiendo a la peculiaridad propia de cada contrato, en los Pliegos de cláusulas particulares pudiera acogerse una cláusula en favor del anticipo del canon, en base al citado principio de libertad de pactos.

Lo anterior nos lleva a plantearnos en qué medida el principio dispositivo que proclama el citado artículo 25 podría utilizarse para dejar sin efecto la aplicación del régimen jurídico de los contratos contenido en la Ley. La respuesta debe ser necesariamente negativa, en la medida en que el marco que regula la actividad contractual de la Administración es un marco imperativo y necesario en casi su totalidad, y, por tanto, no meramente aplicable en defecto de pactos que libremente la Administración decida establecer.

Ahora bien, dada la ausencia de concreción, tanto en la legislación de contratos como en el citado RSCL – en ambas disposiciones se habla de canon, pero sin precisar su periodicidad o posible anticipación –, podemos bucear en el resto del ordenamiento tratando de encontrar algún precepto que ofrezca cierto grado de concreción. Y así llegamos al TRLRHL, cuyo art. 163, al determinar el ámbito temporal del presupuesto, dispone que al presupuesto del ejercicio se imputarán los derechos liquidados durante el mismo *«cualquiera que sea el período de que deriven»*. Es decir, si conforme al pliego de condiciones – Ley del contrato –, los derechos procedentes del canon concesional se liquidan de una sola vez, será al Presupuesto del ejercicio en el que se liquiden al que hayan de imputarse.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

En definitiva, la vigente normativa de contratos y la citada norma reglamentaria de régimen local, no habilitan a la Administración, de forma expresa, para incluir en los Pliegos la cláusula que obligue a anticipar el canon, pero tampoco existe normativa que lo prohíba, por lo que no cabe interpretar que exista prohibición legal de anticipo de la remuneración correspondiente a la Administración concedente.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo expresamente que las opiniones jurídicas recogidas en el presente Informe no pretenden, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual las aludidas opiniones se someten a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Toledo, 5 de Marzo de 2010