



**Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **193/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 7 de julio de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Albudeite, mediante oficio registrado el día 29 de abril de 2015, sobre interpretación de contrato de la concesión del servicio de agua y alcantarillado en el Término Municipal de Albudeite (expte. **161/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con anterioridad a la incoación del procedimiento interpretativo en el que se inserta la consulta ahora formulada, el Ayuntamiento de Albudeite se dirigió en consulta facultativa al Consejo Jurídico, en solicitud de dictamen sobre la interpretación que venía realizando del contrato de concesión de servicio público de abastecimiento de agua potable y saneamiento del municipio, en particular acerca de la forma de cómputo del canon complementario establecido en los pliegos.

Aquella consulta dio lugar al Dictamen 73/2015, cuyos antecedentes se considera oportuno traer al presente, siquiera sea de forma sintética, en la medida en que ilustran adecuadamente acerca del contexto en que se desenvuelve la potestad interpretativa del contrato que ahora pretende ejercitar, ya de modo formalizado, el indicado Ayuntamiento:

I. Con fecha 5 de enero de 2006, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albudeite adjudica a la mercantil "..." el contrato de gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y de alcantarillado por un plazo de 25 años y un canon total correspondiente a toda la vida de la concesión de 201.556,02 euros, que se abona íntegramente por la concesionaria al inicio del contrato.

De conformidad con la Cláusula Decimocuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), además del indicado canon total (que es igual a la suma aritmética de los cánones anuales correspondientes a los 25 años de duración del contrato), el concesionario habrá de abonar al Ayuntamiento un canon anual complementario, conforme al siguiente régimen:

*"5. Canon complementario anual.*

1. Para el caso de que los m3 facturados a los usuarios de los servicios en un año natural (período enero-diciembre) se hayan incrementado en más de un 25% respecto de los m3 facturados a los usuarios en el año natural en que comenzó la ejecución del contrato (período enero-diciembre), se establece un canon complementario anual que deberá satisfacerse por el concesionario al Ayuntamiento.

2. Para cada año en que se produzca la condición origen de su aplicación, el canon complementario anual se calculará obteniendo la diferencia entre el rendimiento previsto para dicho año en aplicación de las tasas, tarifas y precios públicos de los servicios vigentes en el mismo, y el coste previsible de estos mismos servicios para el año referido, obtenido mediante la actualización a dicho ejercicio de los costes iniciales por la gestión de los servicios contenidos en la oferta del concesionario, aplicando a tales costes iniciales las sucesivas fórmulas polinómicas de revisión que hubieran tenido vigencia conforme a lo dispuesto en el Cláusula Duodécima. De esta diferencia deberá deducirse el canon anual correspondiente al año de aplicación del canon complementario anual, por haber sido ya abonado dentro del canon total. El resto, si lo hubiere, constituirá el canon complementario anual y será abonado por el concesionario al Ayuntamiento".

La Cláusula Decimoquinta PCAP establece que dicho canon complementario, cuando proceda, será abonado al Ayuntamiento cada año y de una sola vez, en el primer trimestre natural del mismo.

II. El contrato fue adjudicado a la variante contenida en la oferta del concesionario, la cual, respecto a la oferta base, contenía una minoración de los gastos fijos previstos (de 59.060 a 32.613 euros anuales), siendo la partida correspondiente al personal del servicio una de las que mayor disminución presentaba, al pasar de 32.800 euros anuales a 10.597 euros al año, referido a la primera anualidad de vigencia de la concesión. Para conseguir este ahorro, la concesionaria señalaba que en lugar de asignar personal de forma exclusiva al contrato, el servicio se prestaría por un "equipo volante, tanto a nivel administrativo como de calle, que dedicará al servicio de Albudeite el tiempo, el personal y los medios que necesite". Se basa, según la oferta variante "en el aprovechamiento de los medios personales y materiales cercanos, para acudir al servicio en los momentos que sea necesario cargando sólo aquellos gastos que esas circunstancias pudieran ocasionar".

En la variante considerada en la adjudicación, se oferta por el concesionario un Jefe de Servicio, que será un Jefe de Explotación de la empresa en la comarca de Mula, y un equipo de servicio compuesto por auxiliar administrativo, lector, oficial fontanero y operarios. Este personal "será el encargado de realizar la gestión y explotación del mismo, conservar las instalaciones, el parque de contadores, arreglo de las averías que se produzcan, y también realizar las acometidas de los abonados que se den de alta en el servicio de abastecimiento o alcantarillado; pequeñas obras de ampliación de redes, cambios de tuberías por orden del Ayuntamiento, etc.".

El total de gastos de personal presupuestado es, como se ha dicho, de 10.597 euros/año, que cubre el coste total de empresa ("Seguridad Social, pagas extraordinarias y beneficios, seguro de accidentes de trabajo, etc.").

En el estudio económico de las dos ofertas (base y variante) realizadas por la concesionaria para optar a la adjudicación del contrato se consigna una dotación de insolvencias del 1,25%, que multiplicado por el total de ingresos previstos para cada año, da como resultado el gasto por insolvencias a considerar para cada ejercicio.

El rendimiento esperado de la red de abastecimiento es de un 81% para toda la vida de la concesión, según consta en el cuadro de explotación del servicio.

III. En el acto de adjudicación del contrato, la oferta variante de -- obtiene la puntuación mayor (70,16 puntos) de las cinco consideradas, mientras que la oferta base, que preveía un canon negativo para toda la vida de la concesión, obtuvo la calificación menor de todas ellas (22,91 puntos).

IV. La condición establecida en el pliego para el nacimiento de la obligación del concesionario de abonar el canon complementario anual se cumple desde el año 2011, efectuando el concesionario una previa propuesta de liquidación del canon correspondiente a dicho año por importe de 4.411 euros.

El cuadro de explotación aportado por el concesionario para efectuar dichos cálculos refleja una gran disparidad entre los cálculos contenidos en la oferta que resultó adjudicataria y los datos reales de la explotación, de modo que frente a unos ingresos previstos en la oferta para el año 2011 de 95.315 euros, se obtuvieron 231.596. Del mismo modo, frente a unos gastos de explotación totales previstos de 81.981 euros, la ejecución del contrato durante dicha anualidad conllevó unos gastos totales reales de 213.850 euros.

La indicada liquidación del canon complementario no es aceptada por el Ayuntamiento, que considera que se han imputado al servicio unos gastos en concepto de personal muy superiores a los consignados en la oferta (33.796 frente a 10.919 euros), requiriendo al concesionario para que abone al Ayuntamiento la cantidad resultante de computar esta última cantidad en el cálculo del canon.

V. El 9 de julio de 2013, el Alcalde exige que se cumpla el pliego de condiciones y la oferta del concesionario, instándole a ingresar la cantidad que resta por abonar en concepto de canon complementario del año 2011 (29.384,80 euros) y proceda a liquidar y abonar también el canon del año 2012, que debió haberlo abonado en el primer trimestre.

VI. El 12 de agosto de 2013, por el Ayuntamiento se aprueba la liquidación del canon complementario anual correspondiente al año 2012 presentada por el concesionario, por importe de 71.991 euros.

VII. Con fecha 23 de enero de 2014, el Jefe de Explotación del concesionario dirige comunicación vía e-mail al Secretario-Interventor del Ayuntamiento con el siguiente texto: *"salvo error el canon complementario que me sale a pagar en 2014 es de 66.141 euros"*.

VIII. No obstante, el 15 de julio el concesionario dirige al Alcalde un escrito en orden a determinar la forma en que ha de calcularse el canon complementario correspondiente al año 2013, año en que también se cumple la condición establecida en el Pliego para su devengo.

Entiende que en aplicación de la Cláusula 14.5 PCAP, ha de calcularse en primer lugar el rendimiento previsto para 2013, a cuyo efecto extrae las tarifas medias reflejadas en la oferta actualizadas al año 2013 mediante la

aplicación de las distintas revisiones realizadas a los m3 facturados y abonados en el año 2013.

En cuanto a los costes, parte de los contenidos en la oferta del concesionario, actualizados aplicando las sucesivas fórmulas polinómicas de revisión que hubieran tenido vigencia y conforme a las siguientes consideraciones: a) se aplica un 1,25% de los ingresos en concepto de dotación de insolvencias; b) el coste de personal se computa como un 10,9% de los ingresos del servicio; y c) el rendimiento previsto del servicio es del 81%, por lo que los metros cúbicos suministrados se calculan para ese rendimiento ofertado.

Aplicando tales reglas de cálculo, el canon complementario anual resultaría negativo.

IX. Por Resolución de la Alcaldía 102/14, de 30 de septiembre, se deniega la liquidación presentada por el concesionario en la medida en que éste se atribuye facultades de interpretación del contrato y se aparta del criterio seguido por él mismo y por el Ayuntamiento en ejercicios pasados.

Entiende el Ayuntamiento que el canon debe liquidarse conforme a los ingresos y tasas que se encuentren vigentes en el año objeto de cálculo menos los costes previsibles del servicio conforme a la oferta, debidamente actualizados estos últimos, y no, como sostiene la mercantil, acudiendo a los ingresos previstos en la oferta, con independencia de las tasas y precios públicos vigentes, imputando gastos de personal que no se corresponden con la oferta presentada y calculando el rendimiento del servicio y la dotación por insolvencia a su interés.

Se aprueba, por consiguiente, la liquidación realizada por el propio Ayuntamiento tomando como ingresos los establecidos por las tasas y precios públicos indicados por la empresa en el documento enviado al Secretario-Interventor del Ayuntamiento en el mail ya reseñado supra, y los gastos previstos en la oferta debidamente actualizados. El resultado es de un canon complementario anual correspondiente al ejercicio 2013, de 66.141 euros, cuyo abono se requiere al concesionario en el plazo de diez días desde la notificación de la indicada Resolución.

X. Notificada la indicada resolución al concesionario el 2 de octubre de 2014, con fecha 14 de octubre presenta recurso de reposición previo a la vía contencioso-administrativa, reiterando su interpretación del PCAP en orden al cálculo del canon controvertido y alegando la nulidad de la resolución impugnada y, subsidiariamente, su anulabilidad.

Asimismo, se solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución, presentando aval por importe de 66.141 euros.

XI. Con fecha 21 de octubre, se dicta Resolución de la Alcaldía 111/2014, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto, y que en lo que atañe a la interpretación del régimen de cálculo del canon complementario contenido en el PCAP, se fundamenta en los siguientes razonamientos:

- El cálculo de los ingresos ha de realizarse con base a las tasas y precios públicos vigentes en el año en curso,

no los contemplados en la oferta actualizados con los incrementos de retribución.

- La dotación por insolvencia es una dotación y no puede ser considerado un gasto salvo que se justifique que efectivamente se ha producido.

- El coste de personal ha de computarse según el establecido en el cuadro de explotación contenido en la oferta, que es una determinada cantidad, no un porcentaje sobre el coste del servicio. No consta que el Ayuntamiento haya autorizado modificación del contrato o incremento de dicho coste.

- La consideración del rendimiento previsto en el cálculo de los costes del servicio únicamente pretende justificar un menor rendimiento para aumentar los costes y que el canon se reduzca. Es una mera interpretación interesada de la empresa.

Se acuerda la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido.

XII. Con fecha 29 de diciembre de 2014 se recibe en el Consejo Jurídico consulta facultativa que formula el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Albudeite, *"sobre si la interpretación que hace el Ayuntamiento es o no la correcta y, subsidiariamente, cómo debería calcularse el canon complementario en caso contrario, así como cualquier otra cuestión conexas que el Consejo estimara oportuno indicar"*.

XIII. Nuestro Dictamen 73/2015 tras destacar que se emite no en el seno de un procedimiento interpretativo *ad hoc*, sino como respuesta a una consulta meramente facultativa, entra a analizar el ajuste a las cláusulas del PCAP de los criterios interpretativos ofrecidos por cada una de las partes, en los términos expresados en su Consideración Cuarta y que, en la medida en que será objeto de constante referencia en las de este Dictamen, no se considera necesario transcribir.

**SEGUNDO.-** Con fecha 10 de abril de 2015, el Pleno del Ayuntamiento de Albudeite acuerda, en ejercicio de la potestad de interpretación del contrato, proponer la siguiente en relación con la Cláusula 14.5 del Pliego de Condiciones, fijando el modo de calcular el canon complementario allí establecido:

*"Cuando se dé el supuesto de hecho previsto en el pliego de condiciones se devengará un canon complementario, el cual se calculará del siguiente modo: diferencia entre los ingresos y costes, a los que deberá deducirse el canon anual correspondiente al año de aplicación del canon complementario anual."*

*Ingresos: se deberá estar conforme a las tasas y precios públicos que se encuentren vigentes en el año en que se cumpla la condición del devengo del canon complementario.*

*Gastos: Se deberá estar ante los gastos previsibles del servicio expresado en la oferta, a los que se deberá aplicar*



las sucesivas fórmulas polinómicas de revisión que hubieran tenido vigencia conforme a lo dispuesto en la cláusula duodécima.

Especialmente en materia de gastos de personal se precisa que serán los determinados en la oferta, debidamente actualizados conforme a las fórmulas polinómicas anteriormente expresadas (actualización de los costes iniciales de 11.028 euros).

Especialmente por lo que se refiere al cómputo del coste de agua a considerar para el cálculo del canon complementario. Será el consignado en la oferta, debidamente actualizado mediante la aplicación de las fórmulas de revisión aplicadas desde el comienzo de la concesión, independientemente del rendimiento de la red pues este rendimiento ya fue considerado por el contratista en el momento de presentar la oferta".

Dicho Acuerdo, que se basa en el informe del Secretario-Interventor del Ayuntamiento de 31 de marzo de 2015, se notifica al concesionario, al que se ofrece un plazo de 10 días para alegaciones.

Asimismo, se solicita informe a la Asesoría jurídica municipal.

**TERCERO.-** El 27 de abril de 2015, el representante del concesionario presenta escrito de alegaciones en el que señala su oposición a la interpretación propuesta por el Ayuntamiento, conforme a los siguientes razonamientos:

- El procedimiento interpretativo que ahora se incoa por el Ayuntamiento sólo podrá tener efectos *pro futuro*, no siendo hábil para convalidar actos materialmente interpretativos anteriores, entre los cuales cita expresamente el rechazo de la liquidación de canon complementario correspondiente al ejercicio 2014, presentada por el concesionario al Ayuntamiento el 27 de marzo de 2015.
- En cuanto a los ingresos rechaza que hayan de tenerse en consideración los reales, sino los previstos, para cuya obtención deben extraerse las tarifas medias reflejadas en la oferta y actualizadas mediante la aplicación de las fórmulas de revisión a los m3 facturados y abonados del año objeto de revisión.
- En relación con los gastos, afirma que la oferta se realizó considerando el de personal como variable -porcentaje de dedicación-, de modo que cuanto más se facturara, más personal sería necesario y, por eso, cada año se incrementa el coste.
- En cuanto al coste de compra del agua, afirma que el Ayuntamiento no ha destinado el importe del canon complementario a mejorar el servicio ni sus infraestructuras "*como es preceptivo*", por lo que no mejora el rendimiento.

Considera que el valor del rendimiento es el riesgo y ventura del concesionario y que, "*si el rendimiento es el 81%*,

*la compra de agua será los m3 registrados dividido del rendimiento por el precio de compra de agua actualizada" (sic).*

Señala, además, que en la interpretación propuesta por el Ayuntamiento, el coste a considerar sería el de los m3 iniciales considerados en la oferta actualizado, sin tener en cuenta que se está comprando al menos un 25% más, pues tal es la condición para que se devengue el canon complementario. Afirma que ello derivaría en un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.

**CUARTO.-** Consta en el expediente informe jurídico elaborado por un Despacho de Abogados (--), que considera que la interpretación efectuada por el Ayuntamiento es ajustada a los pliegos y al contrato.

**QUINTO.-** Con fecha 28 de abril, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Albudeite resuelve solicitar el presente Dictamen con carácter urgente, a lo que se da trámite mediante oficio recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de abril de 2015.

Junto a la consulta se remite un índice de documentos y el expediente que fue enviado en su día con ocasión de la consulta que dio lugar al Dictamen 73/2015.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De conformidad con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en concordancia con el 211.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la consulta se ha formulado en el seno de un procedimiento de interpretación de contrato administrativo, lo que convierte el presente Dictamen en preceptivo, al haberse formulado oposición por parte del concesionario.

**SEGUNDA.-** Competencia y régimen jurídico aplicable.

I. Competencia.

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen

Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional segunda TRLCSP), la interpretación de aquél corresponde también al Pleno (artículo 210 TRLCSP y 97.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RGCAP).

## II. Régimen jurídico.

Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya interpretación se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (TRLCAP), conforme a la también Disposición transitoria primera tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) como de su Texto Refundido. A tenor del artículo 59.1 TRLCAP, *"dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta"*. Con idéntica redacción se pronuncia el artículo 194 LCSP.

En cambio, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión.

El procedimiento de interpretación contractual se incoa de oficio por Acuerdo del Pleno de 10 de abril de 2015, por lo que a efectos de considerar la normativa aplicable al procedimiento será el TRLCSP y el vigente RGCAP, en lo que no se oponga al citado texto refundido.

### **TERCERA.-** El procedimiento de interpretación contractual.

I. El artículo 97 RGCAP somete la interpretación de los contratos a un procedimiento formalizado y contradictorio que consta de propuesta inicial de la Administración, audiencia de la contratista e informe del servicio competente, informes de la Asesoría Jurídica e Intervención, resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y su posterior notificación al contratista.

No obstante, cuando con ocasión del trámite de audiencia conferido a la contratista ésta muestre su oposición a la interpretación propuesta por la Administración, con carácter previo a la resolución ha de obtenerse el Dictamen del órgano consultivo correspondiente (211.3, letra a, TRLCSP), en este supuesto, el del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En el caso sometido a consulta cabe considerar que se han cumplido las formalidades exigidas.



II. No obstante, en los supuestos en los que haya de someterse el expediente a la consideración del Consejo Jurídico han de cumplimentarse las exigencias de la normativa propia del Consejo, en particular aquellas que se refieren a la conformación del expediente y a la incorporación de una propuesta de resolución que constituirá el objeto de la consulta. Así lo exige el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

Dicha propuesta de resolución, de haberse dictado, habría permitido al Ayuntamiento entrar a considerar, estimándolas o rechazándolas, las alegaciones del concesionario. En la medida en que no consta dicha actuación, considera el Consejo Jurídico que la Corporación consultante desestima las alegaciones del contratista y entiende que la interpretación que pretende establecer de la Cláusula 14.5 PCAP es la que se contiene en el Acuerdo del Pleno de la Corporación de 10 de abril de 2015 (Antecedente de Hecho Segundo de este Dictamen).

Tampoco se ha incorporado al expediente el preceptivo extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2 RCJ.

**CUARTA.-** De la interpretación de los contratos y el alcance de este Dictamen: la cuestión interpretativa sometida al Consejo Jurídico.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 10 de febrero de 1999, sostiene que *"la facultad interpretativa de la Administración no tiene otro alcance que el encontrar el verdadero sentido y contenido a las cláusulas a que se someten las partes..."*, sin que pueda ser entendida de un modo absoluto, que justifique un proceder no adecuado a una relación concertada (STS 20 de abril de 1999). Así, la prerrogativa interpretativa de la Administración no es una vía para la reformulación del contrato, ni puede encubrir modificaciones, sólo permitidas en los supuestos legalmente previstos y para las que se ha establecido una tramitación específica.

En consecuencia, la interpretación del contrato persigue la atribución del verdadero sentido y contenido de las cláusulas contractuales, atribuyendo el ordenamiento jurídico tal prerrogativa a la Administración y permitiendo al contratista oponerse a la misma. Ante la manifestación de ese disenso es necesario indagar el sentido que ha de atribuirse a las cláusulas litigiosas, contemplando, desde una perspectiva global, sistemática e integradora, el régimen jurídico del contrato.

Desde esta perspectiva, lo primero que debe determinarse es la existencia y alcance de la denominada cuestión de interpretación. Y ello por cuanto, como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen de 4 de julio de 1985, expte. 47.858), a veces *"es difícil diferenciar entre la simple aplicación del contrato administrativo y la existencia de una cuestión de interpretación en sentido estricto"*, diferencia básica desde el punto de vista de la exigencia del presente Dictamen y de los efectos que de ello se derivan.

Así, continúa el Consejo de Estado en el antedicho Dictamen, podría estimarse como dato indicativo de la existencia de una cuestión relativa a la interpretación de un contrato, *"la oposición misma del contratista a la aplicación de alguna o algunas cláusulas del contrato, no por una simple negativa a cumplirlas, sino por discrepancias sobre el sentido y alcance de las mismas"*. En el mismo sentido, el Dictamen 2064/2005.

A la luz de lo expuesto, la cuestión interpretativa en sentido estricto se ciñe a la forma de calcular el canon complementario, pues es donde se aprecia un disenso en el sentido y contenido que Administración y concesionario otorgan a las cláusulas contractuales.

La facultad de interpretar los contratos no implica que el órgano de contratación pueda atribuir al contrato el alcance que estime oportuno, ni que pueda *"eludir, haciendo prevalecer criterios subjetivos de interpretación, las consecuencias a que según la buena fe y el uso (...) quedan obligadas las partes desde el momento de la perfección del contrato"* (STS, 3ª, de 24 de enero de 1984).

En su cometido interpretativo la Administración ha de guiarse por criterios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, a falta de disposición expresa en la normativa administrativa, ha de someterse a los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil (CC), que resultan predicables también respecto de los contratos administrativos (art. 19.2 TRLCSP), y en la consolidada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 8 de julio de 2009).

La STS de 26 de enero de 1990, señala que toda interpretación contractual, de conformidad con lo dispuesto en los indicados preceptos del Código Civil, *"ha de incidir en los términos lingüísticos empleados ateniéndose al sentido literal de los mismos cuando son absolutamente claros y, en su defecto, a través de los mismos ha de desentrañarse la intención de los contratantes, para lo cual ha de atenderse a los actos de éstos coetáneos y posteriores, sin desdeñar los anteriores, así como a la naturaleza, objeto y fin del contrato, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ..."*. Debe precisarse, además, que *"...si bien es cierta la importancia singular que el elemento finalista alcanza en los contratos administrativos, tal finalidad ha de examinarse desde la perspectiva de su incorporación a las cláusulas contractuales, de manera que no es posible, en función del fin, realizar una interpretación contraria al sentido de los términos y a la intención de los contratantes, variando el contenido obligacional del contrato"* (STS, 3ª, de 15 de febrero de 1999).

La labor hermenéutica debe, pues, atender fundamentalmente a la voluntad manifestada por las partes que, teniendo en cuenta los contratos administrativos en cuestión, se encuentra plasmada en los documentos de formalización de los mismos y en el Pliego de cláusulas de condiciones.

Como prevé el artículo 49.1 TRLCAP (115.2 TRLCSP), los PCAP incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes en el contrato. Por ello, y tal como ha manifestado este Consejo en numerosos Dictámenes, los pliegos constituyen norma fundamental para resolver todo lo relativo al cumplimiento y efectos de los contratos administrativos, puesto que en ellos se plasman los derechos y obligaciones de la Administración contratante y del contratista, lo que ha dado lugar a que se les considere como la "ley del contrato".

#### **QUINTA.-** Criterios interpretativos contrapuestos y ajuste al Pliego.

En la fijación del recto sentido de la cláusula controvertida se sigue a continuación nuestro Dictamen 73/2015, con las modulaciones y consideraciones que en el presente se adicionan y que resultan necesarias a la luz del Acuerdo plenario de 10 de abril de 2015 y en atención a las alegaciones del concesionario.

I. Condición para la exigibilidad de abono del canon complementario anual: el incremento del agua suministrada.

De conformidad con la Cláusula 14.5.1 PCAP, dicha condición consiste en que *"los m3 facturados a los usuarios de los servicios en un año natural (período enero-diciembre) se hayan incrementado en más de un 25% respecto de los m3 facturados a los usuarios en el año natural en que comenzó la ejecución del contrato (período enero-diciembre)"*.

Aquí, a diferencia de lo que prevé el apartado 5.2 para el cálculo del canon, los términos de comparación son los metros cúbicos facturados de forma efectiva en un determinado año natural, es decir, datos reales y no meramente previsiones.

## II. Cálculo del canon complementario.

La Cláusula 14.5.2 PCAP dispone que *"para cada año en que se produzca la condición origen de su aplicación, el canon complementario anual se calculará obteniendo la diferencia entre el rendimiento previsto para dicho año en aplicación de las tasas, tarifas y precios públicos de los servicios vigentes en el mismo, y el coste previsible de estos mismos servicios para el año referido, obtenido mediante la actualización a dicho ejercicio de los costes iniciales por la gestión de los servicios contenidos en la oferta del concesionario, aplicando a tales costes iniciales las sucesivas fórmulas polinómicas de revisión que hubieran tenido vigencia conforme a lo dispuesto en la Cláusula Duodécima. De esta diferencia deberá deducirse el canon anual correspondiente al año de aplicación del canon complementario anual, por haber sido ya abonado dentro del canon total. El resto, si lo hubiere, constituirá el canon complementario anual y será abonado por el concesionario al Ayuntamiento"*.

1. La operación aritmética básica en el cálculo de este canon es una resta en la que el minuendo está constituido por el rendimiento o ingresos derivados del servicio y el sustraendo son los costes de esos mismos servicios.

2. El rendimiento de los servicios.

Señala la Cláusula objeto de consideración que para cada año en que se produzca la condición determinante de su generación, el canon se calculará atendiendo al *"rendimiento previsto para dicho año en aplicación de las tasas, tarifas y precios públicos de los servicios vigentes en el mismo"*.

Para determinar el rendimiento anual previsto para cada anualidad habrá de estarse al resultado de la aplicación de las tasas, tarifas y precios públicos vigentes, aprobadas por el Ayuntamiento (Cláusula 13.1 PCAP) y que, junto a las eventuales subvenciones a la explotación que pueda establecer el Ayuntamiento para mantener el equilibrio económico de la concesión, constituyen la retribución del concesionario (Cláusula 11).

Ahora bien, de conformidad con la Cláusula 14.5.2, el rendimiento anual a considerar en la liquidación del canon complementario será el que espera obtener el concesionario de la recaudación de las tasas, tarifas y precios públicos, excluidas las subvenciones a la explotación, pues éstas no se mencionan entre los componentes del

rendimiento a considerar en la indicada Cláusula.

Las tasas, tarifas y precios públicos a aplicar para obtener el rendimiento previsto para el año en que se produce la condición origen de la producción del canon serán las vigentes durante ese mismo año en que se cumpla la condición. Obsérvese que, a diferencia de lo contemplado respecto de los costes, la cláusula contractual no refiere el rendimiento o ingresos a considerar al previsto en la oferta, actualizado mediante la aplicación de las fórmulas polinómicas de revisión que se hayan venido aplicando durante toda la vida de la concesión, como parece entender el concesionario cuando en sus alegaciones afirma que *"el rendimiento previsto se obtiene extrayendo las tarifas medias reflejadas en la oferta, actualizadas a dicho ejercicio aplicando las distintas revisiones realizadas a los m3 facturados y abonados del año objeto de revisión"*.

El rendimiento a computar en el cálculo del canon complementario es el que se prevé obtener para el año de cumplimiento de la condición como resultado de la aplicación de las tarifas, tasas y precios públicos vigentes durante ese año.

Como señala el concesionario, los ingresos a considerar son los previstos para el año en que se produce la condición de devengo del canon, no los ingresos reales recaudados durante dicho año. Pero para la determinación de la cantidad correspondiente a tales previsiones no procede actualizar las tarifas iniciales de la oferta mediante la aplicación de las fórmulas de revisión, como indica la mercantil, sino aplicar las que estén vigentes para dicho año, pues así lo establece de forma expresa la Cláusula objeto de consideración.

### 3. Los costes.

Coinciden Ayuntamiento y concesionario en que los costes a considerar para el cálculo del canon complementario son los previstos en la oferta inicial, actualizados mediante las sucesivas fórmulas polinómicas de revisión que se hayan ido aplicando a lo largo de la concesión.

La discrepancia surge en relación con los siguientes criterios de cómputo:

#### a) Los costes de personal.

Considera el concesionario que en la oferta inicial estos costes se incrementan año a año porque dependen de los ingresos, de modo que se trata de un gasto que en la oferta variante adjudicada se configura como un porcentaje de dedicación del personal de la empresa en la comarca o zona, no como un personal fijo exclusivamente para el contrato en cuestión, de modo que pasa de ser un gasto fijo a uno variable. Así, cuanto más se facturara, más personal sería necesario y mayor coste sería imputable al mismo.

El Ayuntamiento, por su parte, rechaza esta interpretación, toda vez que el coste de personal para cada año está previsto en la oferta inicial no como un porcentaje, sino como una cantidad fija, por lo que sobre dicha cantidad es sobre la que habrán de aplicarse los coeficientes de actualización.



La Cláusula 14.5.2 PCAP establece que el coste previsible para el año en que se cumple la condición origen del canon se obtendrá *"mediante la actualización a dicho ejercicio de los costes iniciales por la gestión de los servicios contenidos en la oferta del concesionario"*. En consecuencia, la referencia para el cálculo ha de ser la cantidad contenida en la oferta, y sobre ella aplicar las fórmulas de revisión que hubieran tenido vigencia durante la concesión. Comoquiera que la oferta inicial establece el coste de personal como una cantidad cierta por cada año de la concesión y no como un porcentaje de los ingresos ni por referencia a ninguna otra magnitud contenida en el estudio económico de la concesión, coincide el Consejo Jurídico con el Ayuntamiento en que el coste de personal será el resultado de aplicar los correspondientes coeficientes de actualización a la cantidad establecida en la oferta para el año en cuestión.

Cabe añadir que en la oferta el referido coste de personal se configura como *"coste total de empresa"* que engloba *"seguridad social, pagas extraordinarias y de beneficios, seguro de accidentes de trabajo, etc."*.

Ha de recordarse, además, que la importante disminución de los costes de personal contenidos en la oferta variante respecto de los contemplados en la oferta base resultó determinante para la adjudicación del contrato. En efecto, éste fue adjudicado a la variante contenida en la oferta del concesionario, la cual, respecto a la oferta base contenía una minoración de los gastos fijos previstos, (de 59.060 a 32.613 euros anuales), siendo la partida correspondiente al personal del servicio una de las que mayor disminución presentaba, al pasar de 32.800 euros anuales a 10.597 euros al año. Para conseguir este ahorro, la concesionaria señalaba que en lugar de asignar personal de forma exclusiva al contrato, el servicio se prestaría por un *"equipo volante, tanto a nivel administrativo como de calle, que dedicará al servicio de Albudeite el tiempo, el personal y los medios que necesite"*.

Además, en el estudio de costes e ingresos que integra la oferta económica del concesionario, los costes de personal se integran entre los denominados como "gastos fijos", que dicho estudio define como *"aquellos que son independientes del volumen de agua que consumen los usuarios"*. Ello determina que no quepa pretender ligarlos al volumen de ingresos, cuyo marcado crecimiento positivo en los años de vigencia de la concesión se ha debido a un importante crecimiento del volumen de agua facturado, el cual ha pasado en el cuadro de explotación anexo a la oferta de una previsión para el año 2013 de 100.763 metros cúbicos en abastecimiento, a unos datos reales de 164.348 metros cúbicos facturados en ese mismo año.

Tampoco apoya el argumento del concesionario el estudio comparado de la evolución de las previsiones de incremento de agua facturada y de gastos de personal contenidas en el cuadro de explotación del servicio, pues si ambas magnitudes estuvieran relacionadas, como pretende la mercantil, su evolución sería paralela. Y no lo es, pues mientras que la previsión es que el volumen facturado aumente anualmente un 2%, los costes de personal no se elevan más allá de un 0,5 anual.

En cualquier caso, la cantidad establecida en el estudio económico que acompañaba a la oferta como coste de personal no se preveía como variable en función de los ingresos, del agua facturada o de la demanda, pues aunque fuera preciso destinar puntualmente más personal al servicio, la empresa asumiría su coste.

En consecuencia, el gasto de personal a considerar en el cómputo del canon complementario sería la cantidad expresamente consignada en la oferta del concesionario para el año al que haya de venir referido el canon, actualizada mediante la aplicación de los coeficientes resultantes de las sucesivas fórmulas de revisión vigentes desde el inicio de la concesión.



b) Coste del agua.

Para el Ayuntamiento, el coste de adquisición del agua para abastecimiento será el consignado en la oferta, debidamente actualizado mediante la aplicación de las fórmulas de revisión aplicadas desde el comienzo de la concesión, independientemente del rendimiento de la red.

Por el contrario, sostiene el concesionario que, en la medida en que el rendimiento de la red consignado en el cuadro de explotación integrante de la oferta es de un 81%, *"la compra de agua será los m3 registrados dividido del rendimiento por el precio de compra de agua actualizada"*. Entiende el Consejo Jurídico que lo que se quiere expresar es que, a la hora de calcular el coste de adquisición del agua ha de ponderarse el rendimiento de la red de abastecimiento.

Sin embargo, una vez más, ha de recordarse que el Pliego establece que el cálculo del canon se realizará atendiendo a los costes previsibles del servicio, debidamente actualizados. Y en la oferta económica se prevé un coste por compra de agua que ya tiene en cuenta el rendimiento de la red, en la medida en que el cuadro de explotación contenido en dicha oferta ya considera un rendimiento constante del 81%. Es decir, desde el momento mismo de realizar su oferta el concesionario conoce el dato del rendimiento y establece los costes de compra de agua en función del mismo (sabiendo que tendrá que comprar un 19% más de agua de la que finalmente facturará a los usuarios), confecciona su oferta y fija el canon que abonará al Ayuntamiento.

Frente a esta consideración no son oponibles las alegaciones del concesionario en relación con el pretendido incumplimiento por parte de la Corporación de su obligación de destinar el importe del canon complementario a la mejora de la red, lo que redundaría en un mayor rendimiento de aquélla. Y es que desconoce el Consejo Jurídico en qué se basa el concesionario para afirmar que es preceptivo dar dicho destino al producto del canon complementario, toda vez que ni la normativa de contratos ni el PCAP configuran este concepto como un ingreso finalista que tenga un destino predeterminado. La naturaleza del canon concesional es la de un ingreso de derecho público no tributario (Dictamen de este Consejo Jurídico 130/2013). El canon es *"un ingreso para la administración concedente por la utilización de los bienes y servicios objeto de la concesión (...) representa una participación de la Administración en los ingresos obtenidos por el concesionario de los usuarios y por la utilización del servicio"* (Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, informe 2/2010).

Y como tal ingreso público, salvo disposición en contrario, contribuye al sostenimiento de las necesidades económicas de la Administración en el ejercicio de sus competencias, quedando sometido a los principios que rigen el presupuesto de ingresos de las Administraciones Públicas y que, por lo que aquí interesa, serían los de no afectación y el de caja única. Así lo sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para la que *"bajo el prisma del principio de caja única, no resulta apropiado vincular, aunque sólo sea nominativamente, el pago de un canon por el concesionario a un gasto particular de la Administración concedente"* (Informe 61/2011, de 7 de junio). También el TSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, sentencia de 22 de noviembre de 2000, rec. 208/1998, en que se discutía la naturaleza, finalista o no, del canon inicial del agua, derivado de un contrato entre una Corporación Local y una empresa adjudicataria de servicios relacionados con el abastecimiento de agua. Así, ante el propósito actor de que el importe de los ingresos procedentes del canon inicial del agua, derivado de la concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado públicos a una determinada empresa, debía destinarse exclusivamente a las atenciones relacionadas con tales servicios, la sentencia analiza el Pliego rector del contrato y descarta que en él se establezca dicho carácter finalista, para a continuación recordar que *"...ello no se halla en precepto legal alguno que podamos tener en consideración; y no olvidemos que tanto el art. 23 de la Ley General Presupuestaria como el 27 de la Ley General Tributaria, como el*

146.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales nos vienen a decir que el rendimiento de los tributos y demás recursos de cada Administración se destinarán a cubrir sus gastos generales y sus respectivas obligaciones, salvo que una ley -y a título excepcional- establezca una afectación concreta a fines determinados", como sí ocurre en el ámbito de la producción de energía eléctrica -y podríamos añadir nosotros, en el del uso del dominio público radioeléctrico, entre otros-. Proclama, en definitiva, que *"la regla general es la no afectación, la indivisibilidad de los ingresos en relación a los gastos previstos y al destino concreto de los mencionados ingresos"*.

En cualquier caso, que el Ayuntamiento no destine el importe del canon complementario a la mejora de la red en nada afecta al cálculo del coste del agua en orden al cómputo del referido canon conforme a la Cláusula 14.5 PCAP.

Tampoco resulta relevante a dichos efectos la alegación de que *"es el valor del rendimiento (81%) lo que es el riesgo y ventura del concesionario"*. Entiende el Consejo Jurídico que lo que quiere expresar el concesionario es que su resultado de explotación del servicio varía según sea el rendimiento de la red, de modo que una mejora del rendimiento determina una mayor eficiencia de la red y una menor pérdida del agua inyectada en la misma. En la medida en que tales pérdidas sean menores, menores costes por adquisición de agua habrá de soportar el concesionario respecto de los previstos en su oferta y ello, lógicamente, redundará en su beneficio. Cabe presumir que esta alegación parte de considerar que es al Ayuntamiento al que le correspondía mejorar el rendimiento de la red, de forma que, al no hacerlo, afecta negativamente a los resultados de explotación del servicio.

Ahora bien, del Pliego no se desprende que el Ayuntamiento se comprometa a incrementar la eficiencia de la red de abastecimiento. Antes al contrario, de conformidad con las Cláusulas Séptima y Octava del PCAP, la Corporación entrega la red de abastecimiento al concesionario en condiciones adecuadas de conservación y uso, siendo responsabilidad del concesionario la realización de cuantos gastos e inversiones sean necesarios para el establecimiento y explotación de los servicios, viniendo obligado a ejecutar todas las obras e instalaciones necesarias para su adecuado funcionamiento. Su mejora, de hecho, corresponde planificarla al concesionario, que viene obligado a presentar un Plan de Calidad (Cláusula 42ª PCAP), en el que deberá describir los procedimientos de trabajo idóneos para una mejor y más eficiente ejecución de las tareas que componen la prestación de los servicios y proponiendo, entre otros, objetivos de calidad a alcanzar por el concesionario en la ejecución del contrato. Entre estos objetivos *"se deberán incluir necesariamente: el incremento del rendimiento técnico de la red..."*. Se desconoce si este plan de calidad fue presentado (debió serlo en los seis meses siguientes a la firma del contrato) y si se está ejecutando, pero, por lo que aquí interesa, no sería relevante. Y ello porque si el concesionario entiende que el Ayuntamiento incumple con algunos de los deberes que le impone el contrato, lo que debe hacer es exigir su cumplimiento conforme a las vías contempladas en el Pliego y en el ordenamiento, pero sin intentar introducir entre los factores de cómputo del canon complementario uno extraño a los que establece la Cláusula 14.5 PCAP.

En consecuencia, si bien es cierto que una variación en más o en menos del rendimiento de la red afectaría al riesgo y ventura del concesionario que ya ha adelantado el importe total del canon correspondiente a toda la vida de la concesión, también lo es que dicho factor no es contemplado por el Pliego entre aquellos que han de ser tenidos en cuenta para el cálculo del canon complementario.

En consecuencia, el coste de adquisición de agua a considerar para el cálculo del canon complementario, según la Cláusula 14.5.2 PCAP sería el consignado en la oferta, debidamente actualizado mediante la aplicación de las fórmulas de revisión aplicadas desde el comienzo de la concesión, fórmulas en las que uno de los componentes principales, si no el más importante, es precisamente el precio del agua en alta (Cláusula 12). Como ya se ha señalado, cuando el concesionario fija dicho coste, ya ha tomado en consideración el rendimiento de la red, que

era una variable ya conocida (o al menos estimada) por el concesionario desde el momento de la licitación del contrato.

Finalmente, en relación con la pretensión del concesionario de tomar como referencia del coste del agua los m3 efectivamente registrados en el año en que se cumple la condición generadora del canon, entiende el Consejo Jurídico que ello sería contrario al Pliego, que alude a los costes "*previsibles*" para el año referido. De modo que si para calcular los ingresos ya se ha indicado que habrá de estarse a los previstos, también el cómputo de los gastos habrá de hacerse en función de las previsiones debidamente actualizadas, pues es importante que se trate de magnitudes homogéneas, evitando con ello las distorsiones que se producirían si en la partida de ingresos se computan los reales (importe efectivamente recaudado) y en el lado de los gastos las meras previsiones, o viceversa, máxime cuando el volumen de agua facturado ha variado sustancialmente entre las previsiones de la oferta y la realidad, con un incremento superior al 60% en el año 2013.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la interpretación propuesta por el Ayuntamiento consultante, con las modulaciones y correcciones indicadas en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.