



Junta de Andalucía

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y FONDOS
EUROPEOS

Dirección General de Contratación
Comisión Consultiva de Contratación Pública

INFORME 16/2023, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LOS COSTES DE DESALACIÓN DE AGUA EN LAS TARIFAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO, A FIN DE MANTENER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LA CONCESIÓN (AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA).

I - ANTECEDENTES

La Alcaldesa - Presidenta del Ayuntamiento de Almería, solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“A) ANTECEDENTES.

Tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo, el 4 de diciembre de 1992 se formaliza contrato administrativo para la explotación del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del término municipal de Almería, entre el Ayuntamiento de Almería y la empresa “Sogesur, S.A.” — posteriormente denominada “Aqualia Gestión Integral, S.A.”, y actualmente “FCC Aqualia, S.A.”. La adjudicación del contrato se realizó por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 9 de noviembre de 1992. La duración de la concesión se estableció en 20 años, a contar desde el 1 de enero de 1993, prorrogable tácitamente por periodos de 5 años hasta el máximo legal, salvo denuncia expresa por alguna de las partes contratantes, notificada al menos un año antes de su vencimiento (Estipulación Segunda del contrato).

El 15 de marzo de 2006 se formaliza la primera modificación de la concesión administrativa. Según consta en el documento de formalización, el plazo de duración inicial del contrato, que finalizaba el 31 de diciembre de 2012, se amplía por un periodo adicional de 20 años, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2032 (Estipulación Segunda, Apartado Primero). El acuerdo de modificación contractual fue adoptado por el Pleno del Ayuntamiento el día 5 de diciembre de 2005.

El 8 de marzo de 2012 se formaliza una nueva modificación de la concesión administrativa. Dicha modificación contractual fue aprobada por acuerdo de 24 de febrero de 2012, de la Junta de Gobierno Local. Básicamente, esta segunda modificación afectó a las Bases 26, 28 y 29 del Pliego de Bases Generales Técnico-Jurídico-Económicas, relativas a las condiciones de financiación y a la Estipulación Segunda de la modificación suscrita en el año 2006, referida a la adecuación de los costes de la concesión.

Se hace constar igualmente que durante el plazo de ejecución del contrato se han ido revisando las tarifas conforme a las condiciones fijadas en el contrato. No obstante, como más adelante se explicará, la revisión correspondiente al ejercicio 2022 no ha sido autorizada por la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego de la Junta de Andalucía.

Por otro lado, se ha de tener presente que en el momento en el que nos encontramos, resulta ineludible incrementar la cantidad de agua desalada que se ha de incorporar a la red municipal de abastecimiento de Almería. Son muchas las razones para llevar a cabo este incremento; sin ánimo de ser exhaustivos, algunas de las más importantes son:

1.- *Dar cumplimiento al Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas para el periodo 2022-2027. Según este Plan, la proporción entre el agua desalada y el agua de pozos en el Municipio de Almería debe ser al menos 80%-20%, respectivamente.*

2.- *Dada la inminente puesta en funcionamiento de las obras de conexión entre los depósitos de La Pipa Alta y San Cristóbal, que permitirán que el agua desalada llegue a prácticamente la totalidad de la población del municipio.*





3.- Debido al empeoramiento paulatino de la calidad de las aguas de los Pozos de Bernal, que actualmente suponen la principal fuente de suministro municipal.

4.- Adicionalmente a lo anterior, en la medida en que se incremente la producción de agua desalada y lógicamente se reduzca la extracción de agua de los Pozos de Bernal, también se verá reducida la cuota de recuperación del acuífero que actualmente paga el Ayuntamiento de Almería. En este sentido, conviene recordar que, con una producción de 2 bastidores, el coste anual de esta cuota asciende a 1.800.000 euros aproximadamente.

De igual modo, resulta esencial que el incremento de costes derivados de una mayor producción de agua desalada sea trasladado a las tarifas de la Prestación Patrimonial de Carácter Público No Tributaria por Suministro de Agua Potable, es decir, estos mayores costes no deben ser satisfechos con cargo a créditos del Capítulo II de Gastos del Presupuesto Municipal, sino por los ciudadanos, en función de su consumo. El incremento previsto en la producción de agua desalada desde los dos bastidores actuales hasta los cinco que se requieren para dar cumplimiento al Plan Hidrológico supondría un coste anual aproximado para el Ayuntamiento de 10.500.000 euros.

Además, el no trasladar a las tarifas el incremento de costes derivados de una mayor producción de agua desalada tendría una repercusión inmediata para la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria (actualmente suspendidos) y para el gasto computable en la regla de gasto.

Por lo que respecta a las tarifas de suministro de agua potable actualmente vigentes, se ha de tener presente que en fecha 05/05/2022, la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego, dicta Resolución por la que se autorizan las tarifas de suministro de agua potable del municipio de Almería tras la revisión de precios del año 2021. Esta Resolución se publica en el BOJA de fecha 29/06/2022.

Con fecha 27/09/2022, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Almería, se aprueba la actualización de las tarifas del servicio de suministro de agua potable y alcantarillado de la Ciudad de Almería, tras la revisión de precios correspondiente al ejercicio 2022 (aplicable en 2023).

Esta revisión supone un incremento de las tarifas del 9,72%, en aplicación del 90% de la subida experimentada en el IPC, entre los meses de julio de 2021 y julio de 2022; ello teniendo en cuenta lo indicado en la “Estipulación Primera”, sobre nuevo régimen económico de la concesión, del documento de formalización de la “Modificación de la contratación administrativa correspondiente a la concesión administrativa de gestión del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del municipio de Almería”, de la que es adjudicataria la mercantil concesionaria “FCC Aqualia, S.A.” y que se suscribió con fecha 08/03/2012, en cumplimiento del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Almería, de fecha 24/02/2012, denominado “Propuesta técnica para la adecuación de los costes del servicio municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del municipio de Almería”. Estas actualizaciones de tarifas, con motivo de la revisión de precios del contrato, no tienen carácter de modificación contractual.

La referida Estipulación Primera, que lleva por rúbrica “Nuevo Régimen Económico de la Concesión”, dice en su apartado primero (“La Retribución del Concesionario y su Revisión”) lo siguiente:

“La retribución del concesionario queda establecida en la actual tarifa por abastecimiento de agua y saneamiento. Con carácter general esta tarifa será revisada anualmente conforme al 90 por 100 de la variación interanual del Índice de Precios al Consumo (en adelante IPC). Igualmente, también con carácter general, esta actualización se tramitará para permitir su entrada en vigor el día 1 de enero de cada ejercicio, de su vigencia, a cuyo efecto durante el segundo semestre del ejercicio anterior se tramitarán y aprobarán por los órganos municipales competentes los acuerdos oportunos con el fin de conseguir dicho objetivo (...).”

Tras la adopción del anterior Acuerdo, se procedió a la modificación de las siguientes Ordenanzas Municipales:

- Ordenanza local reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario por alcantarillado (Ordenanza Fiscal número 9).

- Ordenanza local reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario por suministro de agua potable (Ordenanza Fiscal número 16).



Esto se llevó a cabo mediante Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 11/10/2022, por el que se aprobó inicialmente la modificación de las ordenanzas locales reguladoras de la prestación patrimonial de carácter público no tributario para suministro de agua potable y alcantarillado.

La modificación afecta al artículo 5 de ambas prestaciones patrimoniales, y en el caso del suministro de agua potable, que es el que aquí interesa, queda redactado de la siguiente manera:

a) Prestación patrimonial de carácter público no tributario por Suministro de agua potable:

Artículo 5º.- Cuota.

1. La cuantía de la prestación patrimonial de carácter público no tributario regulada en esta Ordenanza será la fijada en las tarifas contenidas en los apartados siguientes.

2. Las Tarifas serán las siguientes:

EPÍGRAFE PRIMERO. CUOTA DE SERVICIO	Abonado (Euros - IVA no incluido)	
	TRIMESTRE	MES
1.1. Uso Doméstico	21,11 €	7,03 €
1.2. Uso Industrial, Comercial, Oficial y Otros		
a) Contador calibre 13 a 25 mm.	49,35 €	16,46 €
b) Contador calibre 30 a 50 mm. (y sin contador claves D3, D4 y D5)	103,95 €	34,65 €
c) Contador calibre mayor de 50 mm. (y sin contador claves D1 y D2)	350,48 €	116,83 €

EPÍGRAFE SEGUNDO. CUOTA DE CONSUMO

Tarifa progresiva por bloques de consumo.

2.1 Uso Doméstico	TRIMESTRAL		MENSUAL €/m ³
	Bloque	Metros Cúbicos	Metros Cúbicos IVA no incluido
I.	De 0 a 15	De 0 a 5	0,575241 €
II.	Más de 15 a 50	Más de 5 a 17	0,958730 €
III.	Más de 50 a 90	Más de 17 a 30	1,622464 €
IV.	Más de 90	Más de 30	3,879158 €

2.2. Uso Industrial y Comercial:	TRIMESTRAL		MENSUAL €/m ³
	Bloque	Metros Cúbicos	Metros Cúbicos IVA no incluido
I.	De 0 a 50	De 0 a 17	0,575241 €
II.	Más de 50	Más de 17	1,445473 €



2.3. Uso Oficial y Otros Usos:

		TRIMESTRAL	MENSUAL €/m ³	
		Bloque Metros Cúbicos	Metros Cúbicos	IVA no incluido
Único	Más de 0	Más de 0	1,976455 €	

EPÍGRAFE TERCERO. PRESTACIÓN DE DISTINTOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES.

3.1. Derechos de Acometida:

La cuota única a satisfacer por este concepto tendrá estructura binómica según la expresión:

$$C = A*d + B*q$$

Término "A":- Expresa el valor medio de la acometida tipo, cuyo valor se fija en 27,91 € por cada milímetro de diámetro (IVA no incluido).

Término "B":- Expresa el coste medio: por litros/segundo, instalado, ampliaciones, modificaciones, mejoras y refuerzos anuales, cuyo valor se fija en 177,30 € l/seg (IVA no incluido)

Término "d":- Expresa el diámetro nominal en milímetros de la acometida que corresponda ejecutar en virtud del caudal total instalado o a instalar en el inmueble local o finca para el que se solicita, y de acuerdo con lo determinado por las Normas Básicas para Instalaciones Interiores de Suministro dep Agua.

Término "q":- Expresa el caudal total instalado o a instalar, en l/seg, en el inmueble, local o finca para el que se solicita acometida, entendiéndose por tal la suma de los caudales instalados en los distintos suministros.

3.2 Corte por Reparación Interior 35,48 €, IVA no incluido.

3.3 Cuota de Reconexión 35,48 €, IVA no incluido.

3.4 Desconexión y conexión del contador:

A solicitud del usuario para verificación por el

Organismo competente 3 5,48 €, IVA no incluido.

3.5 Cuota de Contratación.

Calibre	Contador Euros
De 13 a 25 mm	35,48 €, IVA no incluido.
De 30 a 50 mm	35,48 €, IVA no incluido.
Más de 50 mm	35,48 €, IVA no incluido.

3.6 Fianza

A la formalización del suministro de agua potable se efectuará una fianza por los siguientes importes, en función del contador a instalar:

Bloque Calibre Contador	Euros
I De 13 a 25 mm	69,91 €, IVA no incluido.
II De 30 a 50 mm	211,55 €, IVA no incluido.
III Más de 50 mm	1.075,17 €, IVA no incluido.

En suministros temporales los importes anteriores se multiplicarán por tres.



Además, en el apartado sexto de la parte dispositiva de este Acuerdo se decía: “La entrada en vigor de la modificación de la ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario por suministro de agua potable, una vez aprobada definitivamente, se producirá previa autorización por parte de la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego, conforme al Decreto 365/2009, de 3 de noviembre, por el que se regulan los Procedimientos Administrativos en Materia de Precios Autorizados de Ámbito Local en Andalucía.”

Esta aprobación inicial fue objeto de publicación en el BOP de la provincia de Almería (número 204, de 24-10-2022) y, al no haberse presentado reclamaciones y/o sugerencias, quedó definitivamente aprobada, con publicación en el BOP número 239, de 15-12-2022.

Seguidamente, con fecha 14/12/2022 se solicita a la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego la autorización preceptiva concerniente a la modificación de la tarifa del servicio de suministro domiciliario de agua potable del Excmo. Ayuntamiento de Almería.

La misma Dirección General de Tributos remite a este Excmo. Ayuntamiento Resolución de fecha 10/03/2023, por la que se resuelve la **no autorización de la revisión de las tarifas de abastecimiento de agua potable para el ejercicio 2023** aprobadas por el Ayuntamiento de Almería para dicha ciudad. Esta no autorización, esencialmente, se fundamenta en lo siguiente:

“(…) Por otro lado, el Consejo de Consumidores y Usuarios señala en su informe que la aplicación de la estipulación indicada en el párrafo anterior conlleva el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 97 del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua, ya que los ingresos por cuota fija incumplen el límite del 30% de los costes de Explotación. Desde esta Dirección General se han realizado los cálculos con los datos que constan en el expediente con el objeto de verificar dicho incumplimiento, y se constata que efectivamente se incumple el límite señalado.

En conclusión, entendemos que la aplicación de una estipulación de un contrato de concesión no puede primar a la aplicación de un precepto del Decreto 120/1991, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua, aún más, cuando el contrato de concesión y sus correspondientes modificaciones son posteriores a dicho Decreto”.

A) RÉGIMEN JURÍDICO

El Derecho aplicable viene constituido por:

El Pliego de Bases Generales Técnico-Jurídico-Económicas que rigen la concesión, aprobado por acuerdo del Pleno de 18 de junio de 1992, el Contrato Administrativo, las Modificaciones Contractuales que se han llevado a cabo y la Oferta del Contratista.

Dicho Pliego de Bases Generales Técnico-Jurídico-Económicas que rigen la concesión dispone en su base 56 que en todo lo no previsto en dicho pliego regirán las disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; las del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y sus disposiciones reglamentarias; la legislación del Estado sobre contratación administrativa y, supletoriamente, las demás normas del Derecho Administrativo, vigentes o futuras, que sean de aplicación, indicando que, en defecto de este último, resultan de aplicación las normas de Derecho Privado.

Habida cuenta de que el contrato fue formalizado el 4 de diciembre de 1992, rige el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, en la redacción dada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado. Ello en virtud de lo previsto en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según el cual “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.



B) NECESIDAD DE REPERCUTIR EN LAS TARIFAS EL COSTE DERIVADO DEL INCREMENTO EN EL SUMINISTRO DE AGUA DESALADA

Se han de llevar a cabo los cálculos necesarios para incorporar a las tarifas del servicio de suministro de agua potable el incremento de costes por desalación de agua, de tal forma que las tarifas a aplicar a los abonados cubran en todo momento el coste del servicio. Lo contrario, en caso de que fuera la mercantil concesionaria quien tuviera que asumir dichos costes de suministro de agua, supondría el desequilibrio de la concesión.

Esta incorporación de costes se ha de hacer a partir del tercer bastidor de la Instalación Desaladora de Agua de Mar de Almería, ya que el agua desalada de los dos primeros bastidores se incorporó a la concesión de abastecimiento y a las correspondientes tarifas (con naturaleza jurídica de Prestación Patrimonial de Carácter Público y No Tributario) en el año 2012 (mediante Acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 24-02-2012 y contrato formalizado con fecha 08-03-2012).

Adicionalmente a lo anterior, como se ha podido ver, tras la Resolución de la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego, de fecha 10/03/2023, se ha puesto de manifiesto la necesidad de adaptar las tarifas de suministro de agua potable a la estructura de costes exigida por el art. 97 del Decreto 120/1991, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua, ya que los ingresos por cuota fija incumplen el límite del 30% de los costes de explotación. Concretamente, este artículo dice lo siguiente:

“Artículo 97 Cuota fija o de servicio

Es la cantidad fija que periódicamente deben abonar los usuarios por la disponibilidad que gozan, independientemente de que hagan uso o no del servicio.

El importe total de los ingresos percibidos por este concepto, no podrá ser superior al 30% del total de los gastos del presupuesto de explotación del servicio de abastecimiento de cada Entidad suministradora”.

Por otro lado, y esta es la razón de ser de la presente consulta, no queda claro cuál es el procedimiento administrativo idóneo para proceder a esta revisión de tarifas de la Ordenanza Local Reguladora de la Prestación Patrimonial de Carácter Público no Tributario por Suministro de Agua Potable.

A priori, son dos las posibilidades:

a) En primer lugar, la **modificación contractual**. Esta fue la fórmula elegida para la incorporación de los dos primeros bastidores de agua desalada al servicio. Para ello, la Junta de Gobierno Local adoptó el correspondiente acuerdo de modificación del contrato con fecha 24/02/2012, formalizándose la misma el día 08/03/2012. La Estipulación Segunda de dicho contrato recoge la incorporación de los costes del agua desalada al servicio.

b) En segundo lugar, se baraja la posibilidad de proceder a una **revisión de las tarifas**, reequilibrando el contrato de concesión mediante la figura de la revisión de precios, **sin que medie modificación contractual**. Así se llevó a cabo por la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax con motivo de la incorporación de un nuevo coste de depuración de aguas residuales, tras el Informe 2/2018, de 7 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía.

Aquí se ha de tener presente lo previsto en el artículo 127.2.2º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, según el cual:

“La Corporación concedente deberá: Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución y **b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificación en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión**”. En definitiva, puede entenderse que, a pesar de que no se ha producido modificación en las características del servicio contratado (en tanto que se sigue suministrando agua potable al ciudadano), razones de interés público han determinado que por parte del órgano de contratación se hayan realizado actuaciones (sustitución del agua de pozos por agua desalada, para dar cumplimiento al Plan



Hidrológico y por el ya referido empeoramiento paulatino de la calidad de las aguas de los Pozos de Bernal) que han determinado de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato y que, en consecuencia, debe restablecerse el equilibrio económico del concesionario a través de la revisión de las tarifas.

SOLICITUD:

Visto cuanto antecede, se solicita de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía que emita Dictamen sobre la siguiente cuestión, dado que, en última instancia, la misma trata sobre la interpretación general de las normas en materia de contratación pública:

Teniendo en cuenta que se está llevando a cabo la revisión de las tarifas de abastecimiento y saneamiento vigentes, para dar cumplimiento a la revisión de precios prevista en el contrato y para adecuar estas a lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua; y dado que se ha de repercutir a los usuarios del servicio el incremento de costes derivados del mayor suministro de agua desalada, para dar cumplimiento así al Plan Hidrológico, nos planteamos si ambos cambios pueden llevarse a cabo mediante la revisión de la tarifa correspondiente (tarifas del servicio de suministro de agua potable de la ciudad de Almería), sin mediar modificación contractual.

ANEXOS

- 1. Contrato administrativo para la explotación del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del término municipal de Almería, suscrito el 4 de diciembre de 1992 entre el Ayuntamiento de Almería y la empresa “Sogesur, S.A.” —posteriormente denominada “Aqualia Gestión Integral, S.A.”, y actualmente “FCC Aqualia.*
- 2. Pliego de Bases Generales Técnico-Jurídico-Económicas que rigen la concesión, aprobado por acuerdo del Pleno de 18 de junio de 1992.*
- 3. Documentos de formalización de las modificaciones contractuales de la concesión administrativa de gestión del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del municipio de Almería de fechas 15/03/2006 y 08/03/2012.*
- 4. Ordenanza local reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario por suministro de agua potable vigente en la actualidad (Ordenanza Fiscal número 16).*
- 5. Certificación del Secretario General del Pleno sobre la personalidad de la Alcaldesa- Presidenta del Excmo. Ayuntamiento de Almería.”*

II.- INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

Debe indicarse asimismo que no le compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales con respecto a las relaciones jurídicas que mantenga con terceros, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

El Ayuntamiento de Almería plantea una serie de cuestiones a este órgano consultivo en relación al contrato administrativo de concesión de servicio público para el abastecimiento de agua y saneamiento de su término



municipal, “(...) para incorporar a las tarifas del servicio de suministro de agua potable el incremento de costes por desalación de agua, de tal forma que las tarifas a aplicar a los abonados cubran en todo momento el coste del servicio. Lo contrario, en caso de que fuera la mercantil concesionaria quien tuviera que asumir dichos costes de suministro de agua, supondría el desequilibrio de la concesión (...)”.

Este incremento del coste del servicio procede de un aumento de la producción de agua desalada por parte de la Instalación Desaladora de Agua de Mar de Almería, que se va a efectuar por tres razones principales: para dar cumplimiento al Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas 2022-2027, que exige un incremento en la proporción de agua desalada a suministrar frente a la extraída de pozos (80%-20%, respectivamente); por la puesta en funcionamiento de una infraestructura hidráulica para la distribución del agua desalada; y por el empeoramiento de la calidad del agua extraída de pozos que actualmente supone la principal fuente de suministro municipal.

Se consulta sobre el procedimiento administrativo idóneo para proceder a la citada revisión de tarifas que se regulan en la Ordenanza Local Reguladora de la Prestación Patrimonial de Carácter Público no Tributario por Suministro de Agua Potable, exponiendo dos posibilidades: la modificación contractual o proceder a una revisión de tarifas reequilibrando el contrato de concesión ‘mediante la figura de la revisión de precios’ sin que medie modificación contractual. Concretan su cuestión en la siguiente: *“Teniendo en cuenta que se está llevando a cabo la revisión de las tarifas de abastecimiento y saneamiento vigentes, para dar cumplimiento a la revisión de precios prevista en el contrato y para adecuar estas a lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua; y dado que se ha de repercutir a los usuarios del servicio el incremento de costes derivados del mayor suministro de agua desalada, para dar cumplimiento así al Plan Hidrológico, nos planteamos si ambos cambios pueden llevarse a cabo mediante la revisión de la tarifa correspondiente (tarifas del servicio de suministro de agua potable de la ciudad de Almería), sin mediar modificación contractual”.*

Para dar respuesta a la consulta planteada, se procederá realizar unas consideraciones generales acerca de la legislación contractual en materia de modificación de los contratos y reequilibrio económico de los mismos.

1.- La explotación del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del término municipal de Almería se realiza a través de un contrato administrativo para la explotación en régimen de concesión del servicio público, que se formalizó en fecha 4 de diciembre de 1992 entre el Ayuntamiento y la entidad Sogesur S.A. (actualmente, FCC Aqualia S.A.).

Habida cuenta de que el contrato fue formalizado el 4 de diciembre de 1992, el contrato se regiría por el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, en la redacción dada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado (en adelante, LCE), y por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y resto de legislación básica de régimen local vigente en aquel momento. Ello en virtud de lo previsto en el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), según el cual *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

El Pliego de Bases Generales Técnico-Jurídico-Económicas que rigen la concesión dispone en su base 56 que en todo lo no previsto en dicho pliego regirán las disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; las del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y sus disposiciones reglamentarias; la legislación del Estado sobre contratación administrativa y, supletoriamente, las demás normas del Derecho Administrativo, vigentes o futuras, que sean de aplicación, indicando que, en defecto de este último, resultan de aplicación las normas de Derecho Privado.

La entidad consultante hace constar que durante el plazo de ejecución del contrato se han ido revisando las tarifas conforme a las condiciones fijadas en el contrato, hasta la revisión no autorizada por la Dirección



General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego de la Junta de Andalucía.

2.- Se considera de interés desgranar los diferentes mecanismos de excepción al principio fundamental de la contratación “pacta sunt servanda”, traducido a la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y a la atribución al contratista del riesgo y ventura en la ejecución del contrato, que supone la asunción por parte de éste de las consecuencias económicas derivadas de todos los riesgos, salvo en los casos previstos expresamente por la ley dirigidos a reestablecer el equilibrio económico contractual. Estas excepciones al principio de riesgo y ventura del contratista se derivan de una ruptura brusca del equilibrio contractual que puede tener origen en una actuación de la propia Administración contratante (“ius variandi” o “factum principis”), en una circunstancia externa (fuerza mayor o riesgo imprevisible), o en una previsión del contrato o de una ley especial (revisión de precios).

Esta doctrina ha venido reflejada en numerosos informes de distintos órganos consultivos de la Administración, entre los que se pueden citar como recientes, el informe 13/2023, de 18 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y el Informe 11/2021, de 24 de marzo, de esta Comisión Consultiva, el cual cita entre la jurisprudencia existente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015.

Los casos anteriores tienen como límite el propio principio del riesgo y ventura que no puede quedar desnaturalizado, tal y como se expresa en la Sentencia de 9 de octubre de 1987 (STS 6277/1987) del Tribunal Supremo, en la que ha manifestado que *“el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la “res pública”, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”*

En la presente consulta se plantea un supuesto en el que se produce un incremento del coste de un servicio público contratado derivado de una decisión de la Administración contratante que afecta directamente al objeto del mismo, en concreto, la determinación de incrementar la producción de agua desalada que se ha de incorporar a la red municipal de abastecimiento con un coste anual aproximado de 10.500.000 euros. Lo que lleva a la entidad consultante a plantear un supuesto de ruptura del equilibrio económico de la concesión, que el contratista no tendría la obligación jurídica de soportar.

Por tanto, la cuestión estribaría en determinar cuál de las excepciones al principio del riesgo y ventura, antes citadas, sería de aplicación.

Una segunda cuestión a analizar será la viabilidad del medio para alcanzar el reequilibrio económico del contrato, y si éste se puede alcanzar a través de la modificación de las tarifas de la concesión.

3.- El Ayuntamiento de Almería alude al vigente artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que establece que la corporación concedente deberá:

“2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución

b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificación en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión”



A la vista del precepto la entidad consultante considera que la cuestión planteada se ampararía en el supuesto del apartado b), por cuanto sin mediar modificación en las características del servicio, se rompe el equilibrio económico de la concesión por *“circunstancias sobrevenidas e imprevisibles”*.

No obstante, para que sea de aplicación el apartado b) al que alude el Ayuntamiento consultante, deberían producirse unas **circunstancias sobrevenidas e imprevisibles**. Al respecto en el informe 5/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señalaba que *“para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato”*. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 resulta esclarecedora cuando, aludiendo al concepto de imprevisibilidad, señala que la misma concierne a *“sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación”*. Añade el reciente Informe 13/2023, de 18 de julio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, acerca de la doctrina riesgo imprevisible, que este mecanismo *“no altera ningún elemento esencial del contrato, sino que su alcance se limita a compensar el perjuicio patrimonial exagerado”*.

En la aplicación de esta doctrina hay que tener en cuenta que, atendiendo a la información facilitada, existe una Instalación Desaladora de Agua de Mar (IDAM) que se encuentra preparada para la producción de agua desalada “desde los dos bastidores actuales hasta los cinco que se requieren para dar cumplimiento al Plan Hidrológico”; que existe una planificación hidrológica que contempla el incremento de la producción de agua desalada; y que existe, asimismo, una infraestructura ejecutada para alcanzar esa misma finalidad, como es la conexión depósitos a la que se refiere la consulta. Por tanto, no parece que se esté ante un supuesto de riesgo imprevisible.

4.- Descartado pues el recurso al riesgo imprevisible, habría que analizar si la ruptura del equilibrio económico del contrato se ha producido por una causa imputable a la propia Administración, que pueden extraerse del citado artículo 127.2, apartado 2º.a), del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, debiendo distinguirse entre el “*factum principis*” y el “*ius variandi*”.

El “**factum principis**” supone una actuación por parte de la Administración, de carácter obligatorio y general de la que se deriva un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual (Informe 2/2018 de esta Comisión). Y acudiendo a lo dispuesto en el citado artículo 127.4, apartado 2º.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se comprueba que la compensación al concesionario a la que se refiere viene dada por modificaciones *“que le ordenare”* introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución, de manera que se está refiriendo a la propia “corporación concedente”, no teniendo cabida actos de otra Administración, como puede ocurrir en el caso de que el aumento del agua desalada proceda de un Plan Hidrológico, cuya aprobación no es un acto propio de la Administración concedente.

Por tanto, quedaría por analizar la posibilidad de que la administración ejerciera su derecho al “**ius variandi**”, que contempla modificaciones en la prestación objeto del contrato, en su cantidad, calidad, plazo o demás características que la especifican, siendo actuaciones de la Administración contratante que se encuentran dirigidas directamente a la relación contractual.

El artículo 74 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado al regular la modificación del contrato de gestión de servicios públicos establece lo siguiente:



“La Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio no tengan trascendencia económica, el empresario no podrá deducir reclamaciones por razón de los referidos acuerdos.

La modificación del contrato deberá ser acordada por el mismo órgano que hubiera autorizado su celebración”.

Cabe pues plantearse, para concluir sobre esta cuestión, si en el presente caso se han producido por parte del órgano de contratación actuaciones que modifiquen las características del servicio contratado, y si éstas han determinado de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Del análisis de la documentación aportada por la entidad consultante, cabe concluir que se está ante una modificación de las características del servicio contratado, toda vez que la propuesta técnica consiste en la el incremento de bastidores de la planta desaladora de Almería para una mayor producción de agua desalada a efectos de dar cumplimiento al Plan Hidrológico, y que repercutirá en una mejora en la calidad del agua que se suministra a los usuarios del municipio, por medio de la reposición del Acuífero del Poniente, evitando el abono de gastos adicionales procedentes de dicha fuente de suministro.

Téngase en cuenta que el agua desalada de los dos primeros bastidores se incorporó a la concesión mediante modificación del contrato de fecha 8 de marzo de 2012.

Y tómesese, además, en consideración, que el expediente objeto de consulta fue sometido en el año 2020 al dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (dictamen 615/2020), también como modificado del contrato, acordando el citado órgano consultivo la devolución del expediente para que se completase con un informe complementario que profundizase sobre si las tres modificaciones operadas en el contrato han afectado a los elementos estructurales y esenciales de la concesión, tales como la variación de la calidad, cantidad, tiempo o lugar de la prestaciones del servicio.

Dado que la modificación que ahora se pretende es la tercera del contrato examinado, recordaba el Consejo Consultivo que, aunque la regulación del artículo 74 de la LCE no establezca un tope material o cuantitativo para la alteración del contrato, la doctrina de los órganos consultivos ha insistido en que las modificaciones no pueden introducir alteraciones de tal magnitud que produzcan una alteración sustancial de lo pactado y justifiquen la exigencia de nueva licitación. Aunque *“ratione temporis”* no resulte de aplicación al caso, la vigente LCSP refleja dicha línea doctrinal en el artículo 205.2, al imponer un tope porcentual del 50%.

Con relación a la posibilidad de modificación contractual, la base 38 del contrato establece que el Ayuntamiento podrá *“establecer, previa audiencia del concesionario, las modificaciones que aconsejare el interés público en orden a la prestación del servicio, entre ellas la alteración de las tarifas para cubrir el coste unitario propuesto por el concesionario en cada momento”*. Asimismo se contempla que el Ayuntamiento, *“por razones de interés público podrá acordar todas las modificaciones de los servicios que estime convenientes, compensando al concesionario por los que le ordene introducir y que presenten una ruptura del equilibrio económico financiero de la concesión mediante la modificación del precio por metro cúbico facturado y/o la participación del concesionario en el canon, y/o la ampliación de la duración del periodo concesional pactado de común acuerdo”*.



Dicho lo anterior, queda patente que el incremento previsto en la producción de agua desalada desde los dos bastidores actuales hasta los cinco que se requieren, supone un nuevo coste para el concesionario, que determina de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Bajo esta premisa, y de conformidad con lo establecido en los citados artículos 74 LCE y 127.2.2º.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al afectar la referida modificación al régimen financiero del contrato, la Administración debe compensar económicamente al concesionario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

Respecto a la posibilidad de que se produzca el reequilibrio económico del contrato mediante la modificación de las tarifas que deben abonar los usuarios, como propugna la entidad consultante, debe indicarse que el citado artículo 74 de la LCE prevé como medidas de reequilibrio tanto la modificación de tarifas como la compensación a la empresa concesionaria, sin que corresponda a esta Comisión valorar la idoneidad de una u otra medida, como ya se advirtió en el Informe 2/2018, de 7 de marzo de 2018, de esta Comisión Consultiva.

En el sentido anterior una de las conclusiones que alcanza el Informe 52/2022, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es la siguiente: *“(…)La decisión de restablecimiento del equilibrio económico por la modificación de la concesión resulta de una prerrogativa de la Administración Pública contratante que concede por sí misma un margen de decisión al órgano de contratación para decidir la fórmula en que se hará efectivo ese restablecimiento. Cuando el restablecimiento del equilibrio económico responda a una modificación acordada por la Administración, resultará obligatoria para el concesionario la modificación y el sistema de reequilibrio del contrato que se acuerde por el órgano de contratación de la Administración contratante, cuando la misma implique aislada o conjuntamente una alteración que no exceda del 20 por ciento del valor inicial de la concesión. En otro caso, la modificación y su compensación solo podrá ser acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo”.*

No obstante, téngase en cuenta que en la estipulación Segunda del documento contractual, de fecha 8 de marzo de 2012, por el que se modifica la contratación administrativa correspondiente a la concesión administrativa de gestión del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento del municipio de Almería, siendo la contratista y concesionaria del mismo la mercantil AQUALIA, GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A., establece que *“La puesta en marcha de nuevos bastidores determinará la actualización del canon y/o la retribución del concesionario, en función de los nuevos ingresos y/o gastos que se prevean obtener, y previos los estudios económicos oportunos, que serán efectuados por los servicios técnicos de este Ayuntamiento”.*

5. Finalmente, debe señalarse que la viabilidad jurídica de una posible modificación de tarifas en el ámbito contractual ha de entenderse dentro de los parámetros establecidos en los propios pliegos, y sin afectar a la competencia de la Dirección General de Tributos, Financiación, Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales y Juego en virtud del Decreto 365/2009, de 3 de noviembre, por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de precios autorizados de ámbito local en Andalucía.

III.- CONCLUSIONES

1. La posibilidad de que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato con alguna de las medidas previstas, vendrá determinada porque se esté ante uno de los supuestos contemplados en la normativa de contratos que resultare aplicable (artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado y 127.4.2º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

Del análisis de la documentación aportada por la entidad consultante, se concluye que se está ante un supuesto de modificación de las características del servicio contratado.



2. Si en la modificación del contrato se ha producido una determinada actuación que ha determinado la ruptura sustancial de la economía del contrato para una de las partes, debería procederse al restablecimiento del equilibrio económico del mismo.

Respecto a la posibilidad de que se produzca el reequilibrio económico del contrato mediante la modificación de las tarifas que deben abonar los usuarios, el artículo 74 de la LCE prevé como medidas de reequilibrio tanto la modificación de tarifas como la compensación a la empresa concesionaria, sin que corresponda a esta Comisión valorar la idoneidad de una u otra medida.

Es todo cuanto se ha de informar.