



ACTA

Expedient núm.	Òrgan col·legiat
JGL/2024/16	La Junta de Govern Local

DADES DE CELEBRACIÓ DE LA SESSIÓ

Tipus de convocatòria:

Ordinària

Data i hora: 9 de maig de 2024, a les 19:30

Durada:

Des de les 19:30 fins a les 19:45 hores

Lloc:

Sala de Plens

Presidida per:

Lluís Ges Parés

Secretari:

Antoni Fajardo Graupera

ASSISTÈNCIA A LA SESSIÓ

Núm. d'identificació	Nom i Cognoms	Assisteix
	Antoni Fajardo Graupera	SÍ
	Berta Gonzàlez Heurtaux	NO
	Guiu Grau Cirera	NO
	Judit Sardà Cabero	SÍ
	Lluís Ges Parés	SÍ

Excuses d'assistència presentades:

- Berta Gonzàlez Heurtaux
- Guiu Grau Cirera



Regidor requerit per l'alcalde:

1. Albert Jofre Luengo

Regidor convidat:

1. Marc Vidal Casanovas

Una vegada verificada pel Secretari la constitució vàlida de l'òrgan, el President obre la sessió, procedint a la deliberació sobre els assumptes inclosos en l'ordre del dia

A) PART RESOLUTIVA

Aprovació de l'acta de la sessió anterior del dia 2 de maig de 2024

Favorable

Tipus de votació: Unanimitat

Resolució:

APROVACIÓ DE L'ACTA DE LA SESSIÓ ANTERIOR DEL DIA 2 DE MAIG DE 2024

Havent-se distribuït als Regidors l'esborrany de l'acta de la sessió anterior de data 2 de maig de 2024, es proposa a la Junta de Govern Local, l'adopció del següent acord:

Primer.- Aprovar l'esborrany de l'acta de la sessió anterior corresponent a la Junta de Govern Local del dia 2 de maig de 2024 així com la transcripció al llibre corresponent.

Expedient 411/2024. Resolució de l'escrit d'al·legacions presentat per AGBAR contra la Resolució definitiva a la petició de la revisió de la retribució formulada per Sorea en data, 26 de març de 2013, en tràmit d'audiència a l'expedient

Favorable

Tipus de votació: Unanimitat

Fets i fonaments de dret:

RESOLUCIÓ DE L'ESCRIT D'AL·LEGACIONS PRESENTAT PER AGBAR CONTRA LA 'RESOLUCIÓ DEFINITIVA A LA PETICIÓ DE LA REVISIÓ DE LA RETRIBUCIÓ FORMULADA PER SOREA EN DATA 26 DE MARÇ DE 2013, EN TRÀMIT D'AUDIÈNCIA A L'EXPEDIENT.

Antecedents:



- En data 18 de maig de 2023, la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Tona va adoptar l'acord relatiu a l'"Aprovació de la resolució definitiva respecte a la petició de revisió de la retribució formulada per SOREA1 en data 26 de març de 2013".
- en data 23 de juny de 2023, AGBAR va interposar recurs de reposició contra aquesta resolució, tot interessant la nul·litat de l'acte administratiu per haver estat dictat prescindint absolutament del procediment administratiu establert a l'art. 47.1 e) de la Llei 39/2015, d'1 d' octubre, de Procediment Administratiu Comú de l'Administració Pública (LPACAP).
- En data 20 de juliol de 2023, l'Alcalde President de l'Ajuntament va resoldre **Estimar parcialment** el recurs de reposició presentat i només en allò relatiu a la manca d'audiència al interessat**, sense entrar en el fons de la resta d'al·legacions,** i retrotraure les actuacions al moment just anterior a la resolució recorreguda, tot deixant-la sense efecte.
- En data 3 d'agost de 2023, amb RE 3856, AGBAR va presentar escrit d'al·legacions.

Els escrits presentats tenen dos vessants clarament diferenciats; un de tècnic-econòmic quant a les liquidacions i un altre de jurídic.

Per facilitar la resolució d'aquest complex expedient, es justificarà l'actuació municipal atenent aquests dos vessants, reproduint l'informe de l'assessoria CAPIOL.

1. Quant al vessant tècnic-econòmic

L'oposició a la resolució a la Junta de Govern Local de data del 18 de maig de 2023, sobre la petició de revisió de la retribució formulada per Agbar en data del 26 de març de 2013 es concreta en un conjunt de tres al·legacions:

- 1- L'exigible compliment de les obligacions legals sobre els procediments administratius i la seva tramitació.
- 2- Sobre la sobrevinguda errònia interpretació de les clàusules contractuals que conté l' Informe Capiol i el document explicatiu notificat el 20 de juny de 2023
- 3- Sobre la insuficiència i inadequació de l'informe de CAPIOL, així com la falta d' objectivitat i imparcialitat exigible per l'ordenament jurídic.

Aquestes al·legacions es completen amb uns "Antecedents rellevants" i amb un informe pericial del Sr.

En aquest informe s'analitzen les al·legacions presentades i s'aporten, a judici de qui subscriu, i sens perjudici de quina sigui a decisió de l'Ajuntament, els criteris que poden dur a la possible estimació o desestimació de les mateixes.

1- SOBRE L'AL·LEGACIÓ PRIMERA



En aquesta al·legació Agbar manifesta una crítica respecte a la forma en què l'Ajuntament ha donat accés a l'expedient, així com a la instrucció del mateix, l'absència de notificació de l'acord d'inici i incoació de l'expedient, etc.

En aquest sentit, cal dir que CAPIOL no intervé en el procediment administratiu dut a terme per l'Ajuntament, sinó que es limita a fer l'estudi tècnic-econòmic que li fou encarregat, per quin motiu no correspon a CAPIOL informar al respecte d'aquest al·legació.

2- SOBRE LES AL·LEGACIONS SEGONA I TERCERA

En aquestes al·legacions la Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA (Agbar), afirma, en primer lloc, que l'informe realitzat per CAPIOL incorre en una errònia interpretació de les clàusules contractuals. Concretament es refereix a la clàusula 21 de contracte.

La clàusula 21 del contracte és la que regeix per la revisió de preus, per aplicació d'una fórmula de revisió polinòmica.

La clàusula 21 diu, exactament, el següent:

"El precio de adjudicación por m3. facturado, se entenderá corresponde a las condiciones económicas existentes en la fecha de licitación del presente contrato.

Al inicio de cada año se procederá a la revisión de la retribución de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P = P0 \cdot \left(0,25 \cdot \frac{M}{M0} + 0,35 \cdot \frac{J}{J0} + 0,40 \cdot \frac{E}{E0} \right)$$

En la que:

P0 = Es el precio vigente al inicio del contrato.

P = Es le precio revisado

M0 = Es el precio de 1 m de tubería de fibrocemento de 100 mm de Ø tipo D incluida la parte proporcional de Unión Gibault, que en la actualidad es de 1.201,- ptes/m.

M = Es el precio de 1 m de tubería de fibrocemento de 100 mm de Ø tipo D incluida la parte proporcional de Unión Gibault, en el momento de la revisión.

J0 = Es el precio del salario correspondiente a un Oficial 2ª en el Convenio Colectivo Provincial que en la actualidad es de 604,67 ptas/hora.

J = Es el precio del salario correspondiente a un Oficial 2ª en el Convenio Colectivo Provincial, en el momento de la revisión.

E0 = Es el precio del kw-h de energía de una hora normal según tarifa 3.0 que en la actualidad es de 11,77 kw/hora



E = Es el precio del kw-h de energía de una hora normal según tarifa 3.0, en el momento de la revisión.

Si se modifican las condiciones técnicas de explotación, motivadas por la introducción de nuevos procesos de tratamiento, elevación de caudales u otras causas, el contratista tendrá derecho a un aumento o disminución de su retribución por m3 facturado equivalente al coste diferencial de explotación que estas variaciones técnicas representan.

Para la preparación del Presupuesto Municipal, el Contratista está obligado a facilitar al final de cada ejercicio un estudio al Excmo. Ayuntamiento en el que, habida cuenta de las previsiones de facturación, aumento de abonados, ampliaciones que tenga en proyecto el Ayuntamiento y actualización del precio de arriendo, se hagan aparecer los resultados provisionales de explotación para el próximo ejercicio, así como la determinación de las tarifas correspondientes, a los efectos de su tramitación.

En virtud de lo anterior, el Ayuntamiento se compromete a mantener en cualquier momento el equilibrio económico del Contratista, según lo dispuesto en el artículo 127 y concordantes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.”

2.1- SOBRE SI LA INTERPRETACIÓ DEL CONTRACTE ÉS CORRECTA

El literal de la clàusula consisteix en què les revisions s'han d'efectuar a l'inici de cada any (Al inicio de cada año se procederá ...”), per aplicació de la fórmula polinòmica de revisió, en la que cal aplicar els índexs o paràmetres vigents a la data de revisió (“en el momento de la revisión”). Y així és com hem considerat al nostre informe que cal aplicar la revisió de la retribució del contractista, en contra del que Agbar, i la seva predecessora Sorea, havien vingut aplicant, i del que ara es pretén justificar en les al·legacions presentades.

En contra d'aquesta aplicació literal de la clàusula 21, Agbar el que diu és que les revisions no s'havien de fer al principi de cada any, i que es pot procedir a allò que denominen “revisions extraordinàries”, tantes vegades com considerin convenient o necessari.

Al respecte del primer dels arguments, en relació amb el moment en que cal procedir a la revisió, per tota justificació, Agbar diu que la prestació del servei va començar a partir d'un segon semestre d'any, per quin motiu considera que les revisions cal practicar-les com havia vingut fent, és a dir, amb data d'efectes de l'1 de juliol de cada any. La primera precisió que cal fer respecte a aquesta apreciació és que no és cert que la prestació comencés durant el segon semestre d'un any, doncs el contracte es va signar en data del 24 de maig de 1.988, i que la seva durada, que inicialment era per 10 anys, es va anar prorrogant fins la data del 24 de maig de 2018. És notori que el mes de maig pertany al primer semestre de l'any i no al segon, però no és aquesta precisió el que resulta més rellevant contra aquest argument d'Agbar.

Agbar recolza la seva argumentació afegint que, feta la negada valoració de que la prestació va començar un segon semestre d'any, “això va comportar que l’“anualitat” a la que fa referència la clàusula 21 per aplicar la revisió ordinària no sigui coincident amb l'any



natural, sinó amb el transcurs de 12 mesos. De no ser així, el primer any de revisió de la retribució hauria estat quan haguessin transcorregut 6 mesos o bé 1 any i mig del contracte. Opcions ambdues contràries a allò previst en el plec". Doncs bé, Agbar no aporta cap informació al respecte d'on, en quina clàusula, o en quin extrem, del contracte s'estableix la prohibició ("*contràries a allò previst en el plec*") de revisar la retribució quan hagin transcorregut 6 mesos o bé 1 any i mig del contracte. I és que aquesta informació no es pot aportar perquè tal prohibició no existeix al contracte. I, no existint tal prohibició al contracte, no es afirmar que les dos opcions esmentades són contràries a allò previst en el plec.

També en relació amb quin ha de ser el moment d'aplicació de la revisió és important parar atenció al paràgraf de l'article 21 que reproduïm de nou:

Para la preparación del Presupuesto Municipal, el Contratista está obligado a facilitar al final de cada ejercicio un estudio al Excmo. Ayuntamiento en el que, habida cuenta de las previsiones de facturación, aumento de abonados, ampliaciones que tenga en proyecto el Ayuntamiento y actualización del precio de arriendo, se hagan aparecer los resultados provisionales de explotación para el próximo ejercicio, así como la determinación de las tarifas correspondientes, a los efectos de su tramitación.

Aquest paràgraf fa referència un extrem molt important d'aquest tipus de contractes (arrendament de serveis personals) que és la diferència entre la tarifa del servei i la retribució del contractista ("el precio del arriendo"). La retribució del contractista és l'ingrés que aquest obté a càrrec de l'Ajuntament mentre que la tarifa és el preu que abonen els usuaris del servei, sent en aquest cas un ingrés de l'Ajuntament, amb independència de qui el percep. De fet, d'acord amb l'article 22 del Plec de Condicions el contractista fa també les funcions de recaptació de les tarifes. També en aquest article 22 es preveu que el contractista presentarà les liquidacions corresponents a la recaptació, i ingressarà a la Dipositaria de l'Ajuntament els imports resultats.

Aquests imports resultants no són altre cosa que el diferencial entre els ingressos proporcionats per les tarifes i la retribució del contractista.

Així, la importància del paràgraf transcrit rau en el fet de que l'Ajuntament precisa procedir a l'aprovació de tarifes que cobreixin la retribució del contractista, amb la finalitat de no perjudicar el pressupost municipal, de forma que els ingressos per tarifes del servei siguin autosuficients per cobrir el cost de l'arrendament.

Doncs bé, si l'actualització de la retribució del contractista es pogués fer a meitat de l'exercici anual, es podria donar el cas que la tarifa que s'hauria aprovat a inicis de l'exercici resultés insuficient per a cobrir el cost de la retribució, efecte aquest no desitjat per l'Ajuntament. per tant, només hi cap la interpretació de que els anys descrits a la clàusula 21 són anys que coincideixen amb els exercicis, i aquests comencen l'1 de gener i finalitzen el 31 de desembre.

Per altre banda, Agbar empra en la seva al·legació el terme "anualitat", sent el cas que dit terme no apareix en la redacció de l'article 21, on el terme emprat és "inici de cada any".



Per tant, ens hem de limitar a aplicar el literal del contracte, que no és altre cosa que les revisions es faran a l'inici de cada any.

En qualsevol cas, i per tancar aquesta controvèrsia cal parar esment al que diu el Sr. Garola a la seva pericial:

Aquesta diferència no hauria de significar variacions significatives. Així, per exemple, en el cas de la inflació, que és un dels criteris utilitzats, és evident que l'IPC entre gener d'un any i el següent pot ser diferent del mateix IPC si es calcula entre juliol d'un any i el següent.

Però si es fa una anàlisi a mig termini, com correspon a un contracte d'aquestes característiques, les diferències són poc rellevants i es compensen en períodes posteriors, ja que, si per exemple la inflació fos més elevada calculant-la de juliol a juliol, aquest efecte es compensaria en la següent revisió ja que el punt de partida seria més elevat.

Per tant, les petites diferències que es podrien donar són conjunturals i s'anirien compensant en el temps.

El Sr. Garola té raó, tot i que reiterem que el moment de les revisions ordinàries ha de ser l'inici de cada any, si aquestes es fan al mes de juliol de cada any, a llarg termini les diferències seran molt petites.

2.2- SOBRE SI ELS ÍNDEXS APLICATS EN LES REVISIONS SÓN CORRECTES

Per altre banda, el cert és que el que sistemàticament venia fent Agbar no era solament considerar una data de revisió diferent a la d'inici de cada any, sinó que, a més, el que feia no era aplicar els coeficients o paràmetres de la fórmula polinòmica de revisió "al moment de la revisió", sinó que aplicava coeficients diferents als establerts al contracte o, més sovint, estimacions sobre evolucions futures dels índexs.

De fet, en bona part de les seves sol·licituds, Agbar afegia una paràgraf ben aclaridor, que és el següent:

"Tractant-se d'una previsió [referint-se a l'anterior proposta de revisió presentada], es va procedir a calcular la revisió en base a índexs que, en no estar disponibles en aquell moment, es van substituir per consideracions raonables de la seva evolució futura"

Però aquest paràgraf mostra perfectament la vulneració d'allò establert al Plec perquè no pot ser cert que en la data de revisió no existeixin índexs disponibles. Això no és cert, els índexs existeixen sempre perquè el contracte defineix clarament quins han de ser: els vigents "en el momento de la revisión". I el cert és que al moment de cada revisió existia un cost de personal segons el conveni vigent en aquella data, igual que existia un cost de compra d'aigua o existia un cost de l'energia elèctrica. Però el que Agbar feia era no conformar-se amb els índexs vigents i emprar uns índexs elaborats per ella mateixa en base a una previsió d'evolució del cost, denominant així a la revisió de la retribució com a revisió "provisional", però aplicant aquest preu de forma immediata. En resum, procedia incomplint allò previst al contracte.



I és això precisament el que no es contempla en lloc del contracte. De fet, al contracte, en cap moment es parla de la possibilitat d'establir revisions provisionals, però encara menys es parla de la possibilitat d'aplicar la fórmula amb índexs diferents als vigents al moment de la revisió, i substituir-los per *"consideracions raonables de la seva evolució futura"*.

Així, en les successives peticions de revisió de la seva retribució, Agbar va plantejar coses com les següents:

- En relació amb l'índex del cost de l'energia elèctrica: si bé al contracte es parla de la tarifa 3.0, a la petició de data del 29/06/09 es proposa la tarifa 4.0, a les peticions de dates 06/07/10 i 07/04/11 es proposa la 3.0.2, a les del 06/11/10 i 28/07/11 es proposa la tarifa 3.0. A i, el que encara és més greu, a la petició de data del 29/06/09 es proposa emprar com a índex, no el preu de cap tarifa concreta per kw-h, sinó el cost total d'energia durant tot l'any, amb l'agreujant que l'índex del moment de la revisió (el que no porta el subíndex zero) es diu obertament que es tracta d'una previsió, és a dir, que no es tracta de cap índex vigent al moment de fer la revisió.
- En relació amb l'índex de la ma d'obra en vàries propostes de revisió es proposa aplicar previsions sobre el cost de la mà d'obra. Així, en la de data del 06/07/10 i la del 29/06/09 es proposa un increment del 2%, a modus de previsió, i en la de data del 28/07/11 es proposa una previsió d'increment del 3%. En la petició de data del 19/10/12 es proposa quelcom més imaginatiu, que no és altre cosa que un canvi d'índex, passant a considerar índexs de cost de mà d'obra publicats per l'Institut Nacional de Estadística, que s'allunyen dels costos de la mà d'obra del sector que ens ocupa.
- En la petició de data del 16/04/09 es proposa una nova retribució que ha d'aplicar pel període des de l'1 de gener de 2009 fins al 30 de juny del 2009.

En relació amb aquesta darrera pràctica, no deixa de ser curiós que Agbar no tingués cap recança en proposar una revisió amb efectes a partir d'un 1 de gener, quan ara nega, no sense certa vehemència, que el moment oportú per la revisió sigui, com preveu la clàusula 21, l'inici de cada any.

En resum, Agbar no ha respectat el tenor literal de la clàusula 21, ni pel que fa als índexs que cal aplicar, ni pel que fa als moments en que cal procedir a revisar.

A més, moltes d'aquestes peticions van ser qualificades per Sorea com a provisionals. Per exemple, pel que fa a la revisió que Sorea demanava que aplicués a partir de la data d'1 de juliol de 2009, es va formular una primera petició en data del 29 de juny de 2009, amb caràcter provisional, una segona en data del 6 de juliol de 2010 també amb caràcter provisional i, finalment, una tercera amb data del 7 d'abril de 2011 amb caràcter definitiu. És a dir, que considera definitiva la revisió que determina quasi dos anys després de la data en la que es suposa que la nova retribució entrava en vigor. I, com és fàcil de comprendre, els índexs en cadascuna de les revisions demanades són diferents. El mateix passa en altres anualitats.



Com a resultat de tot l'anterior el que succeeix és que quan Sorea demanava una revisió amb caràcter definitiu, aquesta ja estava calculada amb uns índexs que no eren els que estaven en vigor al moment de la revisió i, en definitiva, Sorea ha estat proposant unes retribucions calculades de forma diferent a la prevista al contracte.

2.3- SOBRE LES CONSEQÜÈNCIES DE NO HAVER APLICAT ELS ÍNDEXS CORRECTES

I, com hem dit abans, el Sr. Garola, a la seva pericial, té raó quan diu que el fet que les revisions ordinàries es practiquin en la data d'inici d'any o a mitja anualitat, a llarg termini té molt poca incidència en l'import de la retribució. Però, en canvi, no haver emprat els índexs vigents a la data de revisió sí que té una important incidència en els ingressos obtinguts pel contractista.

Per entendre-ho, vegem per exemple el primer dels anys estudiat, que és el 2009. Aquest any és un bon any per fer aquest anàlisi perquè, de forma excepcional, Agbar va proposar (en la seva petició de data 16 d'abril de 2009), i se li va aprovar, una retribució a aplicar amb efectes des de la data del dia 1 de gener. Al 2009, els índexs vigents eren els següents:

$M = 108,9716$; $J = 18.110,72$; $E = 0,10046$; $CA = 0,3543$

En relació amb aquests índexs, tots ells, amb l'excepció del J, han estat acceptats per part del pèrit d'Agbar, Sr. Garola, tal com es pot comprovar de la Figura 10 de la seva pericial. En relació amb l'índex J, el Sr. Garola adopta el valor de 18.472,93. El motiu pel que el Sr. Garola adopta aquest valor és degut a què a la sol·licitud de revisió d'Agbar per a aquella anualitat, va prendre l'import vigent del cost del conveni provincial per un Oficial 2^a, i el va incrementar en un 2% a modus de previsió d'evolució, la qual cosa, com ja hem raonat, vulnera el contracte. Així doncs, hem de reiterar el valor de $J=18.110,72$ atès que era el valor realment vigent a la data de la revisió.

Respectant els índexs sub zero facilitats per Agbar en la seva sol·licitud de revisió:

$M0 = 107,7900$; $J0 = 18.110,72$; $E0 = 0,10046$; $CA0 = 0,2754$; $P0 = 0,6910$

I aplicant la fórmula, s'obté:

$P = 0,7328 \text{ €/m}^3$

En canvi, en data del 7 d'abril del 2011, Agbar presenta a l'Ajuntament, i aquest li aprova, la proposta de retribució definitiva per l'any 2009, calculada amb uns índexs que res tenen a veure amb els vigents a la data de revisió de l'any 2009, i que resulta ser de:

$P = 0,7699 \text{ €/m}^3$

És a dir, una diferència de $0,0371 \text{ €/m}^3$



Tenint en compte que l'any 2009 es preveien facturar 529.000 m³, la diferència en la retribució significa uns ingressos percebuts en excés de:

Ingressos en excés = 0,0371 €/m³ x 529.000 m³ = 19.626 €.

És a dir, si bé aplicar la revisió en una data o altre de l'any pot tenir poca incidència en el preu de la retribució, calcular aquesta amb índexs diferents del vigents a la data de la revisió sí que té una incidència important, i a favor del contractista.

En qualsevol cas, l'Ajuntament va aprovar aquestes retribucions, de forma que avui cap reclamació procedeix contra el contractista, més tenint en compte el temps transcorregut, amb la consegüent prescripció. Però és important deixar clares les conseqüències econòmiques d'haver vulnerat el contracte, doncs són contràries als interessos dels ciutadans usuaris del servei.

2.4- SOBRE EL CARÀCTER ORDINARI O EXTRAORDINARI DE LES REVISIONS

A les seves al·legacions, Agbar afegeix un argument per defensar aquesta multitud de revisions. El que Agbar diu és que, a banda de les revisions ordiàries per la fórmula polinòmica, es podia procedir a revisions extraordinàries. De la mateixa manera, el Sr. Garola també explica que moltes de les revisions eren, en realitat, revisions extraordinàries.

Sembla, de la lectura dels arguments d'Agbar i del pèrit Sr. Garola, que fan la interpretació de què les successives revisions que es declaraven com a provisionals es poden encabir sota el concepte de revisions extraordinàries, motivades per allò que la clàusula 21 establia en el paràgraf:

Si se modifican las condiciones técnicas de explotación, motivadas por la introducción de nuevos procesos de tratamiento, elevación de caudales u otras causas, el contratista tendrá derecho a un aumento o disminución de su retribución por m³ facturado equivalente al coste diferencial de explotación que estas variaciones técnicas representan.

El que aquest paràgraf descriu és una situació clàssica en aquests tipus de contractes, que no és altre que el cas en què, tal com s'esmenta literalment, les condicions tècniques d'explotació resultin modificades, i es refereix a continuació que dites modificacions tècniques obeeixen a una determinada natura, que és la de la introducció de procediments diferents de producció o elevació de cabals, o altres. Aquests tipus de modificacions tècniques tenen, com és natural, conseqüències econòmiques. Per exemple, la incorporació de la construcció d'una nova planta de tractament de cabals que abans no existia, haurà de comportar els costos de la seva explotació que, fins la data, el contractista no havia de suportar. I el que fa aquest paràgraf de la clàusula 21 és aclarir que, en aquest cas, procedirà un augment o disminució de la retribució, quin caràcter, per allunyar-se de la simple aplicació de la fórmula polinòmica, cal qualificar d'extraordinari.

Però les revisions provisionals proposades per Sorea (Agbar), que mai van ser declarades com a extraordinàries en les successives sol·licituds de revisió, sinó, sempre, com a



provisionals, són quelcom ben diferent, doncs consisteixen en anar variant els índexs segons es van aprovant al llarg de l'any en curs els costos de compra d'aigua, o el cost de la ma d'obra, o els costos de l'electricitat. I això és el que el contracte no permet perquè no ho preveu.

Val a dir que en algun moment sí que es va procedir a una revisió extraordinària, precisament perquè es donaven les condicions que la clàusula 21 preveïen, això va succeir quan l'Ajuntament va passar a adquirir aigua en alta al Consell Comarcal d'Osona, en substitució parcial de part dels recursos propis dels pous municipals. Això va succeir l'any 1999 en el que a la fórmula se li va afegir un terme per incloure el cost de compra d'aigua al Consell Comarcal i, en conseqüència, es van haver de modificar els coeficients de la resta de termes de la fórmula. Aquest antecedent deixa ben a les clares la diferència entre una revisió extraordinària de les veritablement previstes a la clàusula 21, i la interpretació a la que l'al·legació ens vol conduir.

2.5- SOBRE LA GARANTIA DE COBRIR, EN TOT MOMENT ELS COSTOS DEL SERVEI I GARANTIR L'EQUILIBRI ECONÒMIC

Per últim també crida l'atenció un altre argument emprat en l'al·legació i la seva pericial, que és el de que l'Ajuntament ha de garantir a Sorea, en tot moment, l'equilibri econòmic. Aquest argument s'empra amb la finalitat de dir que, per això, quan un cost qualsevol s'incrementi, el contractista té el dret a presentar una proposta de revisió, sigui qualificada aquesta de provisional o de definitiva, i l'Ajuntament l'ha d'aprovar.

En efecte, la clàusula 21 conté el següent paràgraf:

En virtud de lo anterior, el Ayuntamiento se compromete a mantener en cualquier momento el equilibrio económico del Contratista, según lo dispuesto en el artículo 127 y concordantes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En relació amb el què l'article 127 del Reglament de Serveis de les Corporacions Locals, al seu punt 2 , 2on, diu que, entre les obligacions d'una administració concedent està la de:

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

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

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

Més endavant opinarem sobre l'aplicabilitat d'aquest precepte, però cal avançar ara que cap dels supòsits resulta d'aplicació a les revisions provisionals proposades per Sorea, atès que no som davant de modificacions del servei ordenades per l'administració, ni tampoc som davant de circumstàncies sobrevingudes e imprevisibles que determinin la ruptura de l'



economia del contracte (que no es tracta d'una concessió en el cas que ens ocupa, sinó d'un contracte d'arrendament de serveis personals), doncs l'economia del contracte s'ha construït amb un plec de condicions que deia clarament que les revisions s'han de fer a l'inici de cada any per aplicació d'una fórmula polinòmica emprant els índexs existents a la data de la revisió.

En aquets sentit, és obvi que en redactar els plecs de condicions, l'administració coneix que amb posterioritat de la data de cada revisió els costos aniran evolucionant, i ho faran fins la data de la següent revisió, però la fórmula prevista és que no serà fins la següent revisió que s'actualitzaran els índexs pels que en aquella data siguin vigents. I això és també el que tot licitador havia d'entendre en interpretar els referits plecs.

Contràriament, la interpretació que ara l'al·legació ens vol presentar només podria ser correcta si els plecs l'haguessin descrit explícitament d'aquesta manera, és a dir, dient que la revisió, per bé que es farà amb fórmula polinòmica, aquesta es podrà fer, per a cada anualitat, de forma repetida, quantes vegades calgui, cada cop que algun dels costos que conformen els índexs de la fórmula pugui patir alguna variació, al llarg de l'any en qüestió, de forma que quedi determinada, amb caràcter definitiu una retribució que resulti calculada amb uns índex finals que no han de ser els del moment de la revisió sinó, fins i tot dos anys després, com hem vist que va arribar a fer Sorea. Però, com resulta fàcil comprovar, no és això el que es va escriure als plecs.

Per altra banda, l'al·legació fa èmfasi en que en el plec de condicions del contracte s'estableix que la retribució del contracte, en aquest cas el preu que percep de l'Ajuntament, ha de contenir el rescabament de totes les seves despeses.

En l'al·legació, erròniament, es fa referència a l'article 21 del contracte quan es reproduïx el precepte contractual al·ludit, i que disposa que *"Con el precio, el Contratista cubrirá la totalidad de gastos de explotación: mano de obra, conservación de la instalaciones, transporte, energía eléctrica, tratamiento, materiales, lectura de contadores, etc.. todos los gastos anexos y generales de la empresa y beneficio industrial y tributos correspondientes"*. Aquest paràgraf pertany realment a l'article 20, i no al 21. Com es pot comprovar de la seva atenta lectura, el que disposa l'article transcrit és justament que el preu del contracte que pagarà l'Ajuntament de Tona al contractista el rescabala i contrapresta de tot el conjunt d'activitats que inclou el servei i les despeses que porta associades, així com del benefici i les despeses generals que ha de percebre el contractista, més enllà del rescabament de les despeses en que incorre. És més, el paràgraf el que està establert és una prevenció, en relació amb que l'oferta dels licitadors ha de ser un preu que inclogui tots aquests conceptes, impedit d'aquesta manera que en un futur l'eventual adjudicatari pogués pretendre una revisió de la retribució, basant-se en que algun dels costos del servei no van ser tinguts en compte al moment de confeccionar la seva oferta.

El que pretén l'al·legació és que aquest precepte estableix que totes les despeses en que incorre en la prestació del contracte han de ser incloses en el preu, és a dir que aquest ha



de reflectir les mateixes, la qual cosa és incorrecta i va en contra del principi del risc i ventura que en tot moment presideix la contractació entre particulars i la de les administracions públiques.

El preu del contracte era el fixat en el contracte per les condicions econòmiques existents en el moment de signar-se el contracte i es determinava una forma de revisió del mateix a través d'una fórmula que ja hem comentat anteriorment. I per aquest preu determinat inicialment i determinable posteriorment amb l'aplicació de la fórmula de la seva revisió, prevista en el plec, el contractista ha de dur a terme la prestació compromesa, sense que en cap cas es pugui emparar la pretensió de que tota despesa addicional (prevista o imprevista) ha de donar lloc a la modificació del preu amb independència de la forma establerta en el plec de condicions.

Una de les altres argumentacions de l'al·legació és que l'Ajuntament està obligat al manteniment de l'equilibri economicofinancer del contracte.

Al respecte cal dir que el contracte subscrit entre SOREA y l'Ajuntament de Tona és dels d'arrendament, distint als de concessió i que un dels trets diferencials tradicionals és la configuració de la contraprestació que rep el contractista per la prestació del servei. En el cas de l'arrendament, el contractista rep un preu que percep de l'Ajuntament, mentre que usualment en la concessió són els usuaris del servei els que han de satisfer aquesta contraprestació, sens perjudici que l'ens concedent pugui fer aportacions complementaries al concessionari.

Per això, com hem vist, el plec regulador del contracte, en el seu article 21 estableix un mecanisme de revisió del preu del contracte -regulat com una quantitat econòmica monetària per cada metre cúbic d'aigua facturat-. La revisió del preu s'estableix mitjançant una fórmula que garanteix el manteniment de les condicions econòmiques del contracte en la seva durada, atesa la condició de contracte de tracte successiu. Per aquest motiu, a més es configura el preu d'una forma dinàmica adaptada a l'evolució dels costos la qual cosa fa dir al plec, en el seu article 21, que el preu d'adjudicació per metre cúbic *"se entenderá corresponde a las condiciones económicas existentes en la fecha de licitación del presente contrato"*.

Per tant, i més tenint en compte que estem davant d'un contracte d'arrendament, l'Ajuntament i SOREA van establir un preu cert i una forma de revisió del mateix per tal d'adequar la retribució a consideració de ser un contracte durador en el temps. Una altra cosa és que, en virtut de l'equilibri econòmic del contracte, es pretengui traslladar tots els costos que en qualsevol moment el contractista té en la prestació del servei, ja que això va en contra del que preveu el plec, del principi de risc i ventura que regeix la contractació pública i privada i de la pròpia institució del reequilibri econòmic del contracte de concessió (que no del d'arrendament).

La revisió del preu mitjançant la fórmula establerta inicialment i/o adaptada a les vicissituds tècniques de l'explotació del servei, pretén adaptar l'equació econòmica inicialment establerta a l'evolució econòmica de l'entorn. Ja ens hem referit abastament a la seva dicció



literal, clara i concisa. El que no es pot pretendre, com fa l'al·legació és emparar la revisió del preu del contracte en la figura de l'equilibri economicofinancer del contracte, més enllà dels mecanismes que es preveuen per l'actualització del preu.

Certament, el plec de condicions del contracte fa esment a la figura de l'equilibri economicofinancer del contracte tot remetent a l'article 127 de RSCL. En primer lloc cal dir que és una remissió impròpia, donat que l'esmentat article fa referència al contracte de concessió i, en aquest aspecte, la regulació de la concessió no és coincident amb la del contracte d'arrendament del mateix cos legal, tal i com va posa de manifest la antiga sentència del Tribunal Suprem de 17 de març de 1979 que és aportada per Francisco Sosa Wagner en el seu clàssic volum *La gestión de los servicios públicos locales*, 7a edició, pàgina 316, que al qualificar un contracte d'arrendament impedeix al contractista acudir als preceptes relatius a l'equilibri econòmic de la concessió.

Tanmateix, encara que, per aplicació del que es preveu al contracte, fos aplicable la institució del reequilibri economicofinancer del contracte, més enllà del que es preveu per la revisió ordinària del preu del contracte, la mateixa no permet la modificació del preu previst en cada moment de la vida del contracte, atès que el reequilibri per alteració de les condicions inicials únicament es pot donar quan aquesta alteració sigui imprevista i imprevisible en el moment de celebrar-se el contracte i sigui suficientment important com per determinar la ruptura de l'equilibri econòmic del contracte d'una forma radical de la base objectiva del negoci jurídic, que posi en perill la continuïtat del servei.

En paraules de David Blanquer Criado, en *La concesión de Servicio público*, "... en los casos de aleatoriedad normal que provoca simples oscilaciones o fluctuaciones en la demanda del servicio por los usuarios [i podríem afegir variacions de costos], seguirá aplicándose el principio de riesgo y ventura, que implica la obligación del concesionario de soportar la eventual disminución de sus ingresos..."

Per tant, més enllà dels mecanismes de revisió de preu previstos en el plec de condicions no es pot emparar el contractista en la figura del reequilibri econòmic prevista en el plec, ni genèricament, ni específicament en el cas plantejat.

2.6- SOBRE LES CONSIDERACIONS I CÀLCULS DE LA PERICIAL DEL SR. GAROLA

L'informe pericial del Sr. Garola és interessant, i diu un nombre important de coses certes. Però no podem estar d'acord, com a continuació explicarem, amb la seva integritat. Com no pot ser d'altre manera, l'al·legació, juntament amb els seus propis arguments, fa ús d'algunes de les afirmacions de la pericial del Sr. Garola.

En general, i en repetides ocasions, el Sr. Garola ve a dir que l'Ajuntament, cada cop que aprovava una proposta de retribució, estava aprovant tots els càlculs i els termes i índexs emprats pel peticionari, any rere any, de forma que no pot a posteriori qüestionar cap d'ells.

Hem de discrepar. No discrepem en el sentit de que, un cop aprovada la retribució del contractista, i més havent transcorregut el termini de prescripció de qualsevol reclamació,



pugui ara l'Ajuntament reclamar al contractista cap quantitat econòmica, cosa que l'Ajuntament no pot fer, però sí que discrepem en el sentit de què, en cas d'advertir qualsevol error en qualsevol índex emprat per contractista, en qualsevol moment posterior a l'aprovació de la corresponent retribució, l'Ajuntament no pugui, i fins i tot tingui l'obligació, de corregir dit error per al càlcul de retribucions futures.

En cas contrari -i l'al·legació sembla decantar-se per aquesta hipòtesi- ens trobaríem amb què un cop introduït un error, sigui voluntària o involuntàriament (cridem l'atenció de que en cap moment hem dit que la vulneració del contracte per part d'Agbar en la forma d'aplicació de la fórmula de revisió obeeixi a un dolo o una mala fe), sent aquest advertit amb posterioritat, les parts es vegin obligades a arrossegar per sempre dit error tenint el mateix conseqüències en les retribucions futures. No podem avalar aquesta hipòtesi.

Doncs bé, justament es tracta d'això. Els càlculs de CAPIOL només pretenen, un cop identificat un error en l'aplicació de la fórmula de revisió (la data de pràctica de la revisió i, sobre tot, els índexs emprats en cada revisió), durant varis anys seguits, determinar quina hauria de ser la retribució correcta per l'any 2013, en cas de no haver-se produït dit error. Si aquesta retribució és igual o inferior a la que era vigent en el moment de la revisió de la retribució pel 2013, cal procedir a la declaració d'improcedent de l'increment de retribució sol·licitat.

Vegem ara si, tal com s'havia determinat en anteriors càlculs, però tenint en compte algun aspecte de la pericial del Sr. Garola, en el que té sobrada raó, continua succeint que no resulta procedent la revisió sol·licitada pel 2013.

Fonamentalment, l'informe del Sr. Garola aprecia dos qüestions que cal estimar. La primera és que els càlculs de CAPIOL, contenen un error material en l'índex J0 de l'any 2012, doncs aquest ha de coincidir amb l'índex J de l'any 2011, i no ho fa, tal com es pot observar en la taula confeccionada per CAPIOL, que reproduïm a continuació:

data	Mo	Jo	Eo	CAo	Po	
gener 09	107,790	18.110,72	0,100463	0,27540	0,69100	1:
gener 10	108,972	18.110,72	0,100463	0,35430	0,73279	1:
gener 11	110,454	18.472,93	0,127564	0,35430	0,77244	1:
gener 12	114,086	19.265,24	0,127564	0,35430	0,78319	1:
gener 13	116,639	19.265,24	0,136155	0,39440	0,81444	1:

Per això, tot corregint aquest error, el Sr. Garola confecciona la següent taula, que aporta al seu informe com a Figura 7:



data	Mo	Jo	Eo	CAo
gener 09	107,7900	18.110,72	0,10046	0,27540
gener 10	108,9716	18.110,72	0,10046	0,35430
gener 11	110,4538	18.472,93	0,12756	0,35430
gener 12	114,0862	18.704,06	0,12756	0,35430
gener 13	116,6390	19.265,24	0,13616	0,39440

Però, a més, el Sr. Garola afirma que la sol·licitud de revisió de la retribució de l'any 2012, Agbar va proposar la modificació de l'índex corresponent als costos laborals (l'índex J) de forma que deixés de ser el cost salarial del conveni col·lectiu provincial per un oficial 2^a, i passés a ser l'índex de l' "Encuesta Trimestral del Coste Laboral" publicat per i, el que és més important, afirma també que l'Ajuntament va aprovar aquest canvi d'índex. En efecte, tot i que ens havia passat desapercebut, en data del 30 de gener de 2013 l'Ajuntament en Ple va aprovar el canvi d'aquest índex[1], segons es diu textualment en dit acord: "de cara a la retribució de la gestió per a 2012 i posterior". Igualment, aquella reunió del Ple de l' Ajuntament de Tona va aprovar fixar la retribució en 0,8431 €/m3.

Resulta per tant procedent tenir en compte dit canvi d'índex.

De fet, certament, a la sol·licitud de retribució per al 2012, Agbar emprà aquest nou índex. Ens ho recorda també el Sr. Garola amb la taula de la figura 8 del seu informe que, a la seva vegada, prové el nostre estudi, que es correspon amb totes les sol·licituds efectuades per Agbar, i que també reproduïm tot seguit:

data	Mo	Jo	Eo	CAo	Po	
16-abr-09	107,790	18.110,72	0,100463	0,2754	0,6910	10
29-jun-09	107,790	18.110,72	33.037,40	0,3543	0,7306	10
06-jul-10	107,790	18.110,72	0,100463	0,3543	0,7306	10
06-jul-10	107,459	18.472,93	0,127564	0,3543	0,7666	10
07-abr-11	107,790	18.110,72	0,100463	0,3543	0,7306	10
07-abr-11	107,459	18.704,06	0,127564	0,3543	0,7666	10
28-jul-11	109,583	19.265,24	0,119600	0,3543	0,7746	10
19-oct-12	1,000	20,18	0,128041	0,3543	0,7995	
26-mar-13	1,000	20,68	0,136155	0,4058	0,8431	

És important destacar que els índexs J0 i J de la sol·licitud de data 19 d'octubre de 2012 es corresponen efectivament amb les dades publicades per l'INE. Concretament, i això és curiós, amb les corresponents al quart trimestre dels anys 2010 i 2011 respectivament. Hem dit curiosament perquè és correcte emprar les dades del quart trimestre quan s'està revisant



la retribució a l'inici de l'any (com nosaltres proposem), però no quan s'està revisant al mes de juliol (com Agbar sosté).

Fins aquí, però, les nostres acceptacions del que diu l'informe del Sr. Garola. Perquè, a continuació, i sense que haguem estat capaços de comprendre el que fa, el Sr. Garola aporta la següent taula, en la figura 10 i última del seu informe:

data	Mo	Jo	Eo	CAo	Po	M
gener 09	107,79	18.110,72	0,100463	0,2754	0,6910	108,1
gener 10	108,97	18.472,93	0,100463	0,3543	0,7376	110,1
gener 11	110,45	18.704,06	0,127564	0,3543	0,7756	114,1
gener 12	114,09	19.265,24	0,127564	0,3543	0,7911	116,1
gener 13	116,64	19.844,20	0,136155	0,3944	0,8310	120,1

Diem que resulta difícil saber què ha fet el Sr. Garola perquè després d'haver indicat correctament que a partir de 2012 inclòs, l'Ajuntament, a proposta d'Agbar va acceptar substituir els índex J, del cost de personal per l'enquesta trimestral de l'INE, en la seva Taula de la seva figura 10 el Sr. Garola no empra aquests índexs, sinó que empra el salari de l'Oficial 2ª del conveni col·lectiu que, com ell mateix havia indicat, no és correcte emprar.

També hem de mostrar la nostra disconformitat amb els valor emprats per aquest índex abans de l'any 2012, doncs el Sr. Garola no aplica els import vigents a la data de revisió de principi de cada any, sinó que empra la revisió de dit salari aprovada en data posterior. Per exemple, l'any 2009, la xifra considerada en aquesta taula de J=18.472,93 € no és sinó una previsió d'increment del 2% sobre la vigent de 18.110,72 €, previsió d'increment aquest que mai no va ser aprovada. De la mateixa forma, la J=18.704,06 € de l'any 2010 no era el valor de l'índex a data de l'1 de gener de 2010, sinó que aquesta xifra va ser aprovada en data del 16 de desembre de 2010 i no era, consegüentment el valor en vigor a la data de revisió de l'1 de gener de 2010.

Certament, Agbar podrà adduir que encara que el salari de conveni pel 2009 s'aprovés en data del 16 de desembre de 2010, la xifra té retroactivitat des de l'1 de gener del 2009. És cert, però no és menys cert que les regles establertes en el contracte estableixen que a la data de revisió cal emprar la xifra vigent en aquella data, i aquesta, per la data de l'1 de gener de 2010 era la de 18.110,72 €. I, Agbar podrà argumentar que això li provoca un efecte econòmic negatiu doncs no podrà recuperar aquest desfasament del cost de la mà d'obra fins a la revisió de l'any següent. També això és cert, però cal dir que el risc de que això pogués passar el va acceptar en presentar oferta a la licitació del contracte d'arrendament de serveis personals, i ratificar-ho després amb la signatura del contracte. El que entenem que no es pot acceptar és pretendre canviar les regles establertes al contracte.

Per altre banda, no es pot pretendre que la modificació de la retribució dels treballadors afectes al servei sigui un motiu de reequilibri del contracte, a més de per les raons anteriorment exposades, més enllà de la seva aplicació en la fórmula de revisió del preus



del contracte. Cal recordar que el Tribunal Suprem, entre d'altres sentències, en la seva sentència de 23 de febrer de 2001 recorda que *"el incremento que puedan experimentar los costes de mano de obra como consecuencia de un convenio no constituye un supuesto de ius variandi al ser algo ajeno a la voluntad de la Administración contratante y tampoco es un hecho imprevisible ya que la periódica negociación colectiva es una incidencia normal en la dinámica de las relaciones laborales ... por tanto, debe ser considerado en el normal marco de operatividad del principio de riesgo y ventura y por ello algo que debe ser asumido por el contratista"*.

Veiem dons com ha de quedar la Taula de la figura 10 de l'informe del Sr. Garola, emprant els índexs J0 i J correctes (afegim l'índex J de l'any 2013, que no és altre que el corresponent al quart trimestre del 2012 publicat per l'INE):

data	Mo	Jo	Eo	CAo	Po	M
gener 09	107,7900	18.110,72	0,1005	0,2754	0,6910	108,97:
gener 10	108,9716	18.110,72	0,1005	0,3543	0,7328	110,45:
gener 11	110,4538	18.110,72	0,1276	0,3543	0,7673	114,08:
gener 12	114,0862	20,18	0,1276	0,3543	0,7834	116,63:
gener 13	116,6390	20,68	0,1362	0,3944	0,8215	120,53:

Arribats a aquesta xifra de 0,8371 €/m³, hem de recordar que la xifra aprovada per l'Ajuntament per l'any 2012 va ser de 0,8431 €/m³, que és superior. Per això, ens hem de ratificar en què l'Ajuntament no podia aprovar la petició d'Agbar pel 2013, de 0,8524 €/m³, sinó que calia mantenir la xifra vigent des de 2012, de 0,8431 €/m³.

Per últim, el Sr. Garola fa la següent última consideració:

Com a conseqüència de tot aquest procés, la retribució d'AGBAR s'ha mantingut constant des de l'any 2012 fins al venciment del contracte (i també durant la pròrroga forçosa actual). Per tant, l'operador ha hagut de suportar els increments de l'IPC, costos laborals, energètics i de l'aigua sense poder traslladar-los a la retribució i això no s'ajusta al principi de recuperació de costos, el que comporta una conseqüència negativa sobre la seva rendibilitat.

No discutirem això al Sr. Garola, però sí que fem les nostres consideracions.

La primera és que Agbar, des de la sol·licitud de data del 26 de març de 2013, no ha presentat mai cap altre sol·licitud a l'Ajuntament. La segona és que tampoc mai no ha presentat (i tampoc abans del 2013) els estudis de costos i ingressos i determinació de tarifes, que a final de cada exercici havia de presentar d'acord amb allò establert a l'article 21 del plec. La tercera que, tal com ja hem exposat al punt 2.1 d'aquest informe, aquesta prevenció feta a l'article 21 del contracte té la importància corresponent al fet de què l'



Ajuntament precisa procedir a l'aprovació de tarifes que cobreixin la retribució del contractista, amb la finalitat de no perjudicar el pressupost municipal, de forma que els ingressos per tarifes del servei siguin autosuficients per cobrir el cost de l'arrendament.

És per tot això que si Agbar no presenta la corresponent petició de revisió de la seva retribució, ni tampoc les justificacions de costos i tarifes, situaria en una clara situació d' indefensió a l'Ajuntament, perjudicant la seva estabilitat pressupostaria, si després reclama li siguin satisfets determinats costos que la retribució respecte a la que no ha sol·licitat revisió no arriba a cobrir-los.

2.7- SOBRE LA CAPACITAT I LA OBJECTIVITAT DE CAPIOL

Existeixen en la Tercera al·legació dos epígrafs en els que el que es fa és intentar desacreditar l'informe de CAPIOL, amb uns arguments explícitament hostils.

Lluny de tota voluntat d'abundar en aquesta hostilitat, ens hem de limitar a dir que entre els socis de CAPIOL, dos d'ells són llicenciats en dret, advocats, amb molts anys d'experiència en dret administratiu i més concretament en el sector del servei del cicle integral de l'aigua.

En quant a la reprovable afirmació de falta d'objectivitat i imparcialitat, que l'al·legació fonamenta en el fet de que en temps passats els seus socis vam prestar serveis professionals a Sorea o al grup Agbar, només podem dir que d'això fa prop de quinze anys, transcorreguts els quals no s'hauria d'atribuir cap falta d'objectivitat o imparcialitat, ni en un sentit ni en l'altre. Una afirmació tan gratuïta per part d'Agbar podria fer-se assimilable a dir que no podem ser objectius pel fet de ser ciutadans de Catalunya, i ser Tona un municipi Català. Resultaria igual d'absurd. Ho interpretem més aviat com un intent de desqualificació en absència d'altres arguments de defensa dels seus interessos que poguessin ser sòlids.

3-Conclusions

És per tot l'anteriorment exposat que no trobem elements que justifiquin l'estimació de les al·legacions presentades.

II – Quant al vessant jurídic.

1. Les consideracions que fa Agbar en la seva al·legació

Al respecte de l'al·legació primera plantejada en seu de les formulades per Sociedad General de Aguas de Barcelona, SAU (Agbar) sobre la resolució dictada en data 18 de maig de 2023 per l'Ajuntament de Tona que resol la petició de revisió de preus del contracte d'arrendament de serveis per a la gestió del servei d'abastament d'aigua formulada en data 26 de maig de 2013 per part d'Agbar, cal fer les següents consideracions.

Cal cridar l'atenció que en aquesta al·legació es determina l'objecte del conjunt de les al·legacions, que es diu que és únicament respecte de la revisió extraordinària de la retribució cursada l'any 2013, segons resulta del següent paràgraf:



Aquí situats és important posar en relleu que les al·legacions que aquí es formulen van dirigides única i exclusivament a la sol·licitud de revisió extraordinària de la retribució cursada l'any 2013, atès que resoldre aquesta petició d'AGBAR és la pretensió que ha quedat declarada, provada i demostrada amb la resolució de 18 de maig 2023. Essent això així, aquesta companyia es reserva el seu dret a formular al·legacions sobre la resta del contingut de l'Informe de Capiol, abril 2023, en el marc de l'expedient administratiu que correspongui en el moment processal oportú, sense que pugui perjudicar allò que s'hi manifesta sense la tramitació d'un expedient administratiu contradictori en compliment d'allò previst a la LPACAP.

Pel que fa a les pròpies al·legacions, Agbar en primer lloc porta a col·lació que l'Ajuntament de Tona ha hagut d'esmenar la seva actuació en la qüestió suscitada mitjançant l'estimació parcial del recurs de reposició plantejat per la pròpia Agbar, en atenció a que *“s'havia prescindint dels més elementals i bàsics tràmits administratius, provocant així una innegable indefensió material vulnerant l'efectivitat del dret a la defensa dels seus interessos.”*

En qualsevol cas, les consideracions que fa Agbar al respecte, juntament amb la jurisprudència aportada, són alienes a l'objecte de les pròpies al·legacions, atès que l'Ajuntament va esmenar la seva actuació, concedint a Agbar els terminis i medis idonis per a poder dur a terme les argumentacions que considerés més adients, amb l'accés als informes i demés fonamentació que han servit a l'Ajuntament per a dur a terme la resolució.

Tanmateix, Agbar afirma que “l'haver deixat sense efecte aquella resolució definitiva de la Junta de Govern Local a través d'un Decret d'Alcaldia (òrgan diferent al que es dirigia la reposició) i haver acordat la retroacció del procediment al moment just anterior a l'esmentada resolució per tal que AGBAR pugui formular al·legacions i presentar documentació, no esmena automàticament la resta de defectes procedimentals, que continuen existint i minven els drets i garanties d'aquesta companyia.”

En aquest sentit Agbar considera que l'Ajuntament de Tona ha de seguir els principis que informen les actuacions de les administracions públiques i que és imprescindible que l'Administració segueixi el procediment legalment establert, comuniqui als interessats la motivació real i legítima de les seves actuacions de forma que l'actuació de l'administració municipal pugui ser coneguda pels jutges i tribunals per tal de controlar que el contingut dels actes administratius s'ajusta a allò que disposa l'ordenament jurídic i són adequats per a la finalitat de l'actuació administrativa.

Al·ludeix en aquest sentit als principis de seguretat jurídica i d'interdicció d'arbitrarietat i afirma que l'Ajuntament de Tona continua dificultant el dret de defensa d'Agbar.

La primera de les crítiques que es formula és sobre les obligacions referents a l'expedient administratiu del que, en primer lloc, en critica que està mancat d'ordre i que ha tingut un accés parcial i desordenat a l'expedient, del que s'afirma que no se li ha facilitat una còpia íntegra indexada i foliada de l'expedient.

Tanmateix, afirma que ha tingut accés a tot un conjunt d'actes i informes que formen part de l'expedient tals com



- (i) L'Informe Capiol Abril 2023;
- (ii) La petició d'actualització de la retribució d'AGAR per l'1 de gener de 2009 (extraordinària);
- (iii) La petició d'actualització provisional d'1 de juliol de 2009;
- (iv) La petició d'actualització de retribució definitiva 2009;
- (v) La petició d'actualització provisional d'1 de juliol de 2010;
- (vi) La petició de retribució definitiva de 2010;
- (vii) La petició d'actualització de la retribució provisional pel 2011;
- (viii) L'aprovació de la retribució provisional per 1 de juliol de 2009 i 2010;
- (ix) L'aprovació de la retribució provisional per l'any 2011,
- (x) La certificació de la Junta de Govern Local de l'acord pres el 23 de febrer de 2023, d'aprovació de contracte menor amb Capiol Infrastructure & Asset management, SL, per a l'estudi de la liquidació del contracte d'arrendaments de serveis personals per la prestació del servei d'abastament d'aigua potable del municipi de Tona.

De la seva exposició no en resulta cap mena de denegació de document o tràmit que Agbar hagués demanat a l'Ajuntament, ni cap omissió que consideri rellevant per a la defensa dels seus interessos pel que fa a l'objecte de les al·legacions.

S'afirma, tot seguit, que no existeix una veritable instrucció del procediment, la qual cosa considera que incompleix amb el que prescriu l'article 75 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (LPAC).

Agbar també retreu que hi ha l'absència de notificació del corresponent acord d'inici, presumpte vulneració que la sustenta en l'article 48.3 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de Règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, de la qual cosa conclou que s'han vulnerat els principis de legalitat i interdicció de l'arbitrarietat de l'activitat administrativa.

Considera doncs Agbar que s'ha vulnerat el principi d'interdicció de l'arbitrarietat i que l'Ajuntament ha incorregut en desviació de poder, al considerar que les potestats administratives han de ser exercides conforme als seus fins fixats i que aquest manament ha estat vulnerat per l'Ajuntament per causa de que la motivació de l'acte està fonamentada en un expedient instruït per a dur a terme la liquidació del contracte d'arrendament de serveis.

Finalment, Agbar considera que és exigible la pràctica de prova conforme al que prescriuen els articles 77 i 78 de la LPAC. Així, afirma que atès que el posicionament de l'Ajuntament



es fonamenta en el Informe de Capiol d'abril de 2023 i en el document "Explicació dels coeficients emprats per al càlcul de les retribucions de Sorea", aporta un document emès pel Professor d'economia del Departament d'Enginyeria Civil i Ambiental de la Universitat Politècnica de Catalunya Economista, senyor Àlvar Garola Crespo, titulat "Consideracions econòmiques sobre l'aplicació de la fórmula polinòmica d'actualització de la retribució del subministrament d'aigua a Tona".

2. Sobre la pretesa vulneració de la prohibició d'arbitrarietat

Agbar, com hem vist, considera que l'actuació administrativa d'aquest Ajuntament és arbitrària; tanmateix, en cap moment argumenta o raona per quin motiu l'actuació pot ser subsumida en els trets definitoris de l'arbitrarietat.

En aquest sentit, la prohibició de l'arbitrarietat, en essència, el que prohibeix és l'actuació pública mancada de tota explicació racional, en paraules del Tribunal Constitucional en la seva Sentència 181/2003. Certament aquest requeriment de racionalitat de l'actuació administrativa ha donat lloc a, en combinació amb d'altres principis, el control sobre l'exercici de la discrecionalitat administrativa que permet verificar el respecte a la realitat dels fets sobre els quals descansa la decisió, la consideració dels elements fàctics i jurídics rellevants per a la seva adopció, la motivació raonable de la decisió discrecional (que comprèn tant el deure formal de motivació com l'exigència que el resultat de la decisió no sigui irracional) i, en fi, l'adequació objectiva de la mesura a la finalitat perseguida, sovint denominat com canón de raonabilitat.

Doncs bé, es desconeix quin són els atributs de l'acte objecte de les al·legacions que donen lloc a la pretesa arbitrarietat, ja que, en primer lloc, la racionalitat del mateix està fora de tota dubte, en tant que els fets i la motivació, sobre els que l'acte descansa, estan prou fonamentats i tenen tots els elements que permeten seguir adequadament els distints ítems que donen lloc a la resolució, de forma que la pròpia Agbar ha pogut encarregar i elaborar un informe que discrepa de la resolució i dels motius i fonaments que sustenten l'acte.

Per altre banda, l'actuació administrativa es subjecta plenament a les competències i facultats que l'ordenament li atribueix a l'Ajuntament de Tona, primer com titular del servei d'abastament d'aigua, i segon com contractant de l'arrendament de serveis per a la prestació de l'esmentat servei.

Ja hem dit que Agbar, en cap cas explica els motius pels quals considera que es dona el supòsit d'arbitrarietat, ja sigui en el sentit estricte de racionalitat de l'acte, com en un sentit més extens tal i com hem exposat anteriorment.

Per tant**, la consideració que fa Agbar al respecte de la arbitrarietat, està fora de lloc i no pot ser acceptada sota cap concepte**.

3. Sobre la pretesa desviació de poder en l'actuació de l'Ajuntament de Tona



Com ja hem vist, Agbar considera que l'Ajuntament de Tona ha incorregut en desviació de poder ja que la resolució té com fonament un document que resulta d'un expedient instruït per a dur a terme la liquidació del contracte d'arrendament de serveis.

Més enllà de la mera al·lusió a la desviació de poder com un lloc comú en el reprotxe dels actes administratius, aquesta figura resulta del manament de l'article 106.1 de la Constitució Espanyola que els òrgans jurisdiccionals controlen, no sols la legalitat de l'actuació administrativa, sinó també el sotmetiment d'aquesta als fins que la justifiquen.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 8 d'octubre, disposa

En este sentido hay que recordar que la desviación de poder implica el ejercicio de una potestad para un fin distinto del normativamente previsto para la potestad concernida, y cuya prueba es carga de quien alega tal patología. Por tanto, las infracciones procedimentales invocadas por el demandante se enjuiciarán desde tal perspectiva y no como "cualquier infracción del ordenamiento jurídico" ni como eventuales defectos formales relevantes

Per això, l'article 48.1 LPAC disposa que són anul·lables els actes de l'Administració que incorrin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic, fins i tot la desviació de poder. Igualment, l'article 70.2 de la Llei 29/1988, Reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa (LJCA), estableix que la sentència estimarà el recurs contenciós administratiu quan la disposició, l'actuació o l'acte, incorreguessin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic, fins i tot la desviació de poder. Aquest precepte legal defineix així mateix el concepte de desviació de poder. Conforme al que estableix en el seu paràgraf segon, s'entén per desviació de poder l'exercici de potestats administratives per a fins diferents dels fixats per l'ordenament jurídic.

Doncs bé, resulta incontrovertible que l'Ajuntament de Tona, mitjançant la resolució objecte de les al·legacions està duent terme l'exercici que li pertoca en tant que entitat titular del servei d'abastament d'aigua i contractant d'un contracte administratiu dels de gestió de serveis públics. La resolució atén a la petició del contractista i es resol de forma fonamentada i amb la motivació que s'ha donat a conèixer al contractista per tal que faci les consideracions i/o al·legui el que consideri oportú amb les proves que suportin els arguments contradictoris de la motivació de l'acte, tal i com efectivament ha dut a terme.

Per tant, no podem considerar que s'hagi produït cap mena de desviació de poder per la senzilla raó que la finalitat de l'acte es correspon amb les facultats i competències de l'Ajuntament i, en cap cas, no hi ha cap mena de finalitat o interès distint del que resulta del tenor del propi acte.

Per tant, cal refutar que hi hagi hagut desviació de poder en l'actuació de l'Ajuntament de Tona pel que fa a l'acte objecte de les al·legacions.

4. Sobre la pretesa vulneració del principi de legalitat en l'actuació de l'Ajuntament de Tona



Agbar afirma que l'actuació de l'Ajuntament de Tona ha vulnerat el principi de legalitat, sense que s'acrediti quins fets, actuacions, o qualsevol altre circumstància, ha de portar a la consideració que efectivament s'ha produït la vulneració de l'esmentat principi.

Novament s'ha de procedir a definir el principi de legalitat per arribar a poder considerar si algun fet o acte pot ser subsumible com supòsit de fet de la seva vulneració. Així, la doctrina ha definit el principi de legalitat com la necessària vinculació de l'actuació administrativa al Dret. És en base a aquests principis que la Llei "dirigeix" l'actuació administrativa, ja que per a l'Administració pública el Dret és alhora límit i encomana d'activitats: atribueix potestats administratives, condiona la validesa del seu exercici, imposa a l'Administració objectius i fins, configura tipus d'organització i procediment adequades a les diverses funcions administratives, etc. Per tant, en el nostre cas, l'Ajuntament de Tona ha de sotmetre la seva activitat a les finalitats i previsions contingudes a la Llei.

Doncs bé, malgrat que Agbar únicament fa una referència al principi de legalitat, ja hem dit reiteradament que l'Ajuntament de Tona ha dictat l'acte objecte de les al·legacions en exercici de les seves competències, les quals donen sentit i justifiquen el poder administratiu titular de les mateixes, en el nostre cas l'Ajuntament de Tona. La competència de l'Ajuntament de Tona pel que fa al servei d'abastament d'aigua l'habilita funcionalment i material per a la seva gestió pels medis que consideri adequats, entre els quals hi ha gestió indirecta mitjançant la col·laboració d'una entitat privada contractada adequadament.

És en raó d'aquestes competències legals, per la condició de part contractual de l'Ajuntament de Tona i per la sol·licitud de revisió de preus que va dur a terme Agbar que s'ha dictat l'acte objecte de les al·legacions.

Per tant, en **cap cas s'ha vulnerat el principi de legalitat**.

5. Sobre les consideracions respecte de l'expedient administratiu

Agbar considera que l'expedient que ha donat lloc a la resolució està desordenat i fa una enumeració dels documents que ha consultat per dur a terme les seves al·legacions, que sembla dir que no tenen connexió entre ells o que no formen part d'un expedient ordenat. Més enllà de que les dites manifestacions són meres consideracions ni provades ni acreditades, el que ni tan sols al·ludeix és quin perjudici se li ha causat per a la defensa dels seus drets, ja que l'expedient recull els actes, documents i informes que donen lloc a la resolució, per la qual cosa ha pogut conèixer i analitzar en profunditat la motivació del acte per contradir-la, entre d'altres medis, amb el suport d'un informe pericial.

La jurisprudència és clara quan vincula el seguiment del procediment administratiu al coneixement de la motivació de l'acte administratiu, per tal de que el seguiment de l'ítem processal condueixi al coneixement de la motivació i finalitat de l'acte.

Així, la Sentència (505/2021) del Tribunal Suprem de 14 d'abril de 2021 disposa que

En lo que concierne a la regularidad del procedimiento subvencional, procede significar que el derecho al procedimiento administrativo debido, que es corolario del deber de buena



administración, garantiza que las decisiones administrativas en materia subvencional se adopten de forma motivada y congruente con el íter procedimental, sin incurrir en desviación del procedimiento, en la medida que se requiere que no haya discordancias de carácter sustancial entre los datos fácticos relevantes, la fundamentación jurídica obrante en el expediente y el contenido de la decisión administrativa.

En el nostre cas, malgrat els defectes o mancances a les que al·ludeix Agbar apodícticament, de cap forma es pot dir que el procediment posi de manifest discordances substancials entre les dades i la resolució, així com la fonamentació jurídica i la mateixa.

Però és que, a més, les al·legacions no imputen cap defecte de forma procedimental més que pel que fa a l'ordre de l'expedient, i si s'entengués que sí ho fessin s'ha de recordar que el defectes de forma no tenen rellevància invalidant (art. 48.2 LPAC), sempre que l'acte tingui els requisits indispensables per a assolir la seva finalitat i no doni lloc a indefensió. Únicament en el cas d'indefensió pot donar lloc i defecte de forma a l'anul·labilitat de l'acte.

Per tant, **les consideracions sobre l'expedient administratiu no ha de ser tingudes en compte**, atès que la finalitat de l'acte resulta de la pròpia sol·licitud d'Agbar, que és plenament congruent amb les competències que la llei atribueix a l'Ajuntament de Tona i amb la condició d'ens contractant de l'arrendament de serveis per a la gestió del servei d'abastament d'aigua al municipi. A més, el contractista ha tingut accés a la motivació de l'acte recorregut, de forma que en cap cas no hi ha hagut cap mena d'indefensió, ja que ha disposat de tots els fonaments fàctics, tècnics i jurídics que han motivat l'acte respecte del que ha dut a terme les al·legacions i que li ha permès dur adjuntar un estudi contradictori de la referida motivació.

6. Sobre l'absència d'acord d'inici de l'expedient administratiu

Respecte d'aquesta apartat, Agbar considera que hi ha un defecte procedimental pel fet que no hi va haver la notificació de l'acord d'inici de l'expedient, per la qual cosa no té en compte que, com bé afirma sobre l'abast de les al·legacions, no estem davant de l'inici de l'expedient de liquidació del contracte, sinó que estem davant de la resolució de la petició de la revisió de preus del contracte que la recurrent va formular en el seu dia.

Per tant, la resolució correspon a una sol·licitud d'Agbar, sense que sigui preceptiva, per tant, la notificació a l'interessat de l'inici de l'expedient administratiu per a la resposta a la seva pròpia sol·licitud.

En tot cas, a més, aquest reprotxe formal no suposa que Agbar hagi vist perjudicada la seva defensa ni que la finalitat de l'acte es vegi alterada; no hi ha cap acte o tràmit que no tingui la seva fonamentació en la petició de la revisió dels preus per la qual cosa **l'al·legació ha de ser desestimada**.

III – Part expositiva de l'acord

Vist que en data 26 de març de 2013 Sorea sol·licità l'actualització de la seva retribució; partint de 0,8431 €/m³ fins a 0,8524 €/m³; amb efectes 1 de gener de 2013.



Vist que la sol·licitud anterior no va ser resolta per l'Ajuntament

Vist que el contractista, dins les presentacions de liquidacions provisionals, ha anat recordant, de forma reiterada, que l'Ajuntament té pendent de resoldre la sol·licitud formulada en data 26 de març de 2013 relativa a l'actualització de la seva retribució amb efectes 1 de gener.

Vist que en relació a la revisió de preus, l'article 21 del plec de condicions econòmico-administratives per la gestió del servei d'abastament del servei de municipi de Tona diu:

“Al inicio de cada año se procederá a la revisión de la retribución de acuerdo con la siguiente fórmula polinómica:”

Un cop reproduïda la fórmula polinòmica, el contracte estableix que els índexs a aplicar seran els existents en *“el momento de la revisión”*, comparats amb els inicials al mateix contracte.

Vist que les revisions o actualitzacions de la retribució no s'han dut a terme tal i com estava previst a l'article 21 del plec de condicions de licitació, que consistia en una revisió anual, com a màxim, sinó que a la pràctica s'ha procedit a l'aprovació de revisions amb caràcter provisional, elevant-les a caràcter definitiu en dates molt posteriors a la de la suposada consideració d'entrada en vigor, d'acord amb la taula següent:

Vist que si les revisions s'haguessin practicat a l'inici de cada exercici, d'acord amb el previst en l'article 21,i per una sola vegada cada exercici, aplicant els índexs vigents a la data, el resultat hauria estat el següent:

Atès que la retribució de l'any 2013 seria inferior a la que s'aplica actualment, que és la sol·licitada en data del 19 d'octubre de 2012 i, per suposat, inferior a la que es va sol·licitar per l'any 2013 i que no es va arribar a aprovar.

Atès que l'article 21 del contracte determina:

“Para la preparación del Presupuesto Municipal, el Contratista está obligado a facilitar al final de cada ejercicio un estudio al Excmo. Ayuntamiento en el que, habida cuenta de las previsiones de facturación, aumento de abonados, ampliaciones que tenga en proyecto el Ayuntamiento y actualización del precio de arriendo, se hagan aparecer los resultados provisionales de explotación para el próximo ejercicio, así como la determinación de las tarifas correspondientes, a los efectos de su tramitación.”

Atès que el contractista no ha donat compliment a aquesta obligació, la qual cosa és molt rellevant donada la seva afectació al règim economicofinancer que caracteritza al contracte d'arrendament, on la tarifa del servei no és el preu del contracte de gestió del servei públic,



sinó que és un ingrés municipal que, entre d'altres, proveeix finançament a l'Ajuntament per abonar la retribució convinguda al contractista.

[1] A l'informe del Sr. Garola s'aporta, com a annex, copia de la notificació de l'acord del ple municipal de data 30 de gener de 2013.

Vista la proposta de resolució PR/2024/149 de 3 / de maig / 2024.

Resolució:

Havent estat informat favorablement per l'Equip d'Alcaldia en sessió del dia 6 de maig de 2024, la Junta de Govern Local, per unanimitat, acorda:

Primer.- DESESTIMAR les al·legacions presentades amb RE 3856 de data 3 d'agost de 2023 pels motius que consten en els informes transcrits.

Segon.- Desestimar la **revisió sol·licitada en data 26 de març de 2013**, en haver-se incomplert, reiteradament, allò previst al contracte, concretament l'article 21, en matèria de revisió de la retribució del contractista, en el sentit que aquesta ha de formular-se per una única vegada per any, i a l'inici de cada exercici amb els índexs de revisió vigents i/o existents en la data de formulació de la sol·licitud, havent-se produït com a resultat, un increment de la retribució en comparació amb la que s'hagués obtingut de l'estricta aplicació del contracte, sent el cas que per la retribució del servei demanada per Sorea (0,8524 €/m³ per la prestació del servei més 0,0092 €/m³ per gestió del cànon de l'ACA), es determina com a xifra més certa la de 0,8298 €/m³ per la prestació del servei més 0,0092 €/m³ per gestió del cànon de l'ACA.

Tercer.- Establir com a retribució per la prestació del servei a data u de gener de 2013, la quantia de 0,8431 €/m³ més 0,0092 €/m³ per gestió del cànon de l'ACA, aprovades per JGL en data del 19 d'octubre de 2012.

Quart.- Notificar el present acord a Agbar, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.U.

C) PRECS I PREGUNTES

No se'n formulen.

DOCUMENT SIGNAT ELECTRÒNICAMENT