

AL EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE PONFERRADA

D. Nicolás Esmoris Cendón, con D.N.I. 44.816.467-R, actuando en nombre y representación de **Aquagest, Promoción Técnica y Financiera de Abastecimiento de Agua, S.A.U** (en adelante, "AQUAGEST"), según acredito mediante la escritura de poder que se acompaña con este escrito, ante el Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

1) Que en fecha 15 de julio de 2013 se ha publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de León la aprobación inicial del presupuesto general del Ayuntamiento de Ponferrada por parte del Pleno en fecha 11 de julio del año en curso (en adelante, el "Presupuesto").

2) Que, de conformidad con el artículo 169.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, "*aprobado inicialmente el presupuesto general, se expondrá al público, previo anuncio en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, por 15 días, durante los cuales los interesados podrán examinarlos y presentar reclamaciones ante el Pleno.*"

3) Que el Presupuesto contiene una previsión de ingresos que sería consecuencia de una flagrante y manifiesta ilegalidad, gravemente perjudicial para los derechos de mi mandante. En efecto, el Presupuesto contempla un ingreso de 1.322.000 € en concepto de venta de agua en alta. En concreto, según consta en el Informe Económico Financiero se dice "*Se prevé en este ejercicio un ingreso extraordinario por venta de agua en alta equivalente al importe que figura en el Estado de Gastos por la compra de agua en alta*". Ello presupone, y no nos engañemos, la previa "venta" al actual concesionario del contrato de gestión del servicio público de abastecimiento de agua, cuando en dicho Contrato, en concreto en el "Informe económico sobre licitación para la adjudicación de la gestión de nuevas infraestructura de abastecimiento de agua y saneamiento en el término municipal de Ponferrada", (documento 1 de dicho Informe, pág/21) no se contempla ninguna cantidad en concepto de compra de agua, dentro de los gastos variables; como por el contrario sí se recogen para los aspectos energía eléctrica y reactivos/lodos. Por consiguiente, la previsión de dicho ingreso por este concepto es ficticio y se fundamenta en una ilegalidad.

DECRETO: Pasa a
Ponferrada,
31 JUL. 2013
El Secretario General

4) Que el Presupuesto omite el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local. En efecto, el Presupuesto no contempla en el Capítulo IV de los gastos la correspondiente subvención por el no incremento de tarifas en el porcentaje reconocido por Intervención, en concreto se reconoce la existencia de una desviación de la cuenta de resultados de 429.045 €, determinando la obligación de incrementar la cuantía de las tarifas del servicio en un 7,8 %.

5) AQUAGEST formula, en tiempo y forma, RECLAMACIÓN contra las ilegalidades contenidas en el Presupuesto aprobado inicialmente, sobre la base de las siguientes

ALEGACIONES

PREVIA.- INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO LEGAL DE TRAMITACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES

Previamente a entrar a desarrollar los motivos que fundamentan la presente reclamación, interesa resaltar que el TRLHL establece expresamente (artículo 169) tanto el plazo de remisión del presupuesto al pleno de la corporación (antes del 15 de octubre del año anterior), como el plazo de entrada en vigor de los mismos con anterioridad al comienzo del ejercicio en el que se pretenden aplicar, esto es, antes del 1 de enero del año correspondiente.

En el caso del Ayuntamiento de Ponferrada, el presupuesto se presenta al pleno en el mes de junio de 2013, llegando por lo tanto con un retraso de ocho meses respecto a lo estipulado, lo que supone una clara vulneración del plazo legalmente establecido al efecto en el citado TRLHL.

Por lo que respecta a su entrada en vigor, no se puede obviar que en tanto en cuanto el acuerdo de aprobación provisional ha sido adoptado aún en fecha 11 de julio de 2013, se puede prever ya que el acuerdo de aprobación definitiva no llegará a ser efectiva antes del mes de septiembre, de tal forma que el presupuesto de 2013 sólo va a resultar de aplicación a algo menos de una cuarta parte del ejercicio al que en debieran estar destinados a priori.

Es decir, que el presupuesto aprobado provisionalmente debe entenderse impugnado por no haberse ajustado su elaboración a los trámites legalmente estipulados en

el TRLHL, lo que necesariamente ha de suponer la nulidad del mismo, tal como se desprende del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por cuanto ha sido acordado *prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*.

PRIMERA.- AQUAGEST COMO ACTUAL CONTRATISTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA EN ALTA Y EN BAJA EN EL MUNICIPIO DE PONFERRADA, Y LAS PREVISIONES DEL PRESUPUESTO OBJETO DE CONTROVERSIAS:

1. AQUAGEST es el actual contratista de la gestión del servicio público de abastecimiento de agua en alta y en baja en Ponferrada.

Antes de empezar a fundamentar los argumentos esgrimidos en este recurso, es preciso recordar cuál es la posición de AQUAGEST respecto del servicio público de abastecimiento de agua en alta y en baja en Ponferrada.

El Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada y la mercantil CADAGUA, S.A. formalizaron, en fecha 28 de abril de 1997, el denominado "*Contrato administrativo de adjudicación de la gestión indirecta mediante concesión del servicio municipal de agua y saneamiento en el término municipal de Ponferrada*".

Por acuerdo del pleno de 27 de octubre de 1997 se autoriza la subrogación en el citado contrato a favor de FERROVIAL SERVICIOS, S.A., que pasa a asumir las obligaciones y derechos de la anterior empresa concesionaria en su integridad, lo que a su vez se produce en fecha 20 de octubre de 2005 a favor de AQUAGEST tras sucesivas operaciones de fusión, venta o adquisición empresarial.

Posteriormente, en fecha 8 de junio de 2010, se suscribe el contrato de concesión de la gestión del servicio de abastecimiento y saneamiento de los núcleos de población de Cuatrovientos, Fuentesnuevas, Columbrianos, Dehesas, San Andrés de Montejos y Bárcena, las instalaciones y red correspondiente a la captación de la nueva ETAP, la estación potabilizadora y las pequeñas depuradoras de las pedanías, así como la realización de obras.

Conviene recordar que la cláusula 20 del pliego rector del anterior contrato, establece que *“con cargo al importe facturado a los usuarios por todos los conceptos ordinarios, complementarios y **sobrevenidos**, si los hubiere, el concesionario tendrá derecho a resarcirse de todos los gastos de explotación y demás que conforman la prestación del servicio integral”*. Así, la asunción de la compra de agua por AQUAGEST debería ser entendida como un concepto sobrevenido, y por ello la concesionaria tendría derecho a resarcirse de ese gasto, mediante su inclusión en la cuenta de explotación, dentro del apartado “gastos”, compensando a aquélla por el excedente negativo resultante.

Interesa poner de manifiesto que sistemáticamente de forma unilateral el Ayuntamiento ha pretendido que AQUAGEST se hiciera cargo de la compra de agua sin la correspondiente indemnización conforme el artículo 127.2.2º a) del Decreto de 17 de junio de 1955, que aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL), cuestiones que se han rebatido por esta mercantil mediante escritos de fecha 02/09/2011, 16/11/2011, 23/11/2011, 03/04/2012, entre otros. Incluso, la Mancomunidad de Municipios de Aguas del Bierzo, como entidad que vende agua en alta a ese Ayuntamiento estimó un recurso de reposición al pretender ese Ayuntamiento, saltándose toda legalidad, que dicha entidad facturara a AQUAGEST, al entender que el vínculo contractual para la adquisición de agua en alta sólo existe entre la mencionada Mancomunidad y el Ayuntamiento de Ponferrada, y es respecto a esas partes entre las que sus obligaciones pueden surtir efectos, no estando AQUAGEST sometida al pago del importe correspondiente al concepto “compra de agua en alta”.

2. Las ilegales previsiones del Presupuesto inicialmente aprobado relativas a AQUAGEST y al Contrato.

2.1. El Presupuesto inicialmente aprobado, partiendo de la difícil situación financiera del Ayuntamiento de Ponferrada, y con el objetivo de conseguir la nivelación presupuestaria en el ejercicio 2013, diseña la siguiente operación:

- (i) Venta de agua en alta al concesionario AQUAGEST.
 - Ingreso de 1.322.000 €.

- (ii) Pago de la compra de agua en alta a la mercantil Aguas del Bierzo.
 - Gasto de 1.322.000 €

- Finalidad: que el concesionario asuma ese coste sin ninguna indemnización, a pesar de que en el Contrato no es obligación inicial suya.

En definitiva, lo que el Presupuesto inicialmente aprobado pretende es obtener el mencionado ingreso para conseguir superar una situación de desnivelación presupuestaria, que se agravaría si tuviese que contemplar solo como gasto la compra de agua.

2.2. Pues bien, como se desarrollará en detalle en el presente escrito, esta operación es gravemente contraria a Derecho además de perjudicial para los legítimos intereses y derechos de mi mandante.

2.2.1. En efecto, **la previsión del citado ingreso por “venta de agua” se sustenta en una operación manifiestamente ilegal.**

Ello es debido, en primer lugar, porque el Ayuntamiento no podría “vender” el agua en alta que a su vez compra a Aguas del Bierzo, y la pretendida “venta”, en su caso, no sería más que una modificación unilateral que obligaría al concesionario y por ello el Capítulo correcto de ingresos sería el Capítulo V como ingresos patrimoniales de la concesión. Y no Capítulo III.

El ayuntamiento no “vendería” agua alguna (y por ello no emitiría factura alguna). La única posibilidad que tendría sería modificar unilateralmente el contrato (que como hemos visto no contemplaba el coste de agua en alta por el concesionario), pero para ello tendría que contemplar otra partida en gastos para indemnizar por los mayores costes al concesionario, y como se pretende equilibrar el Presupuesto, por ello la inclusión de ingreso extraordinario.

Pero es que además, la ilegalidad de esta operación queda reforzada por un **vicio de desviación de poder**. En efecto, en este caso se pretende ejercer una potestad administrativa consistente en la modificar unilateralmente un contrato administrativo, sin la contrapartida de la indemnización correspondiente, para alcanzar un objetivo que nada tiene que ver con esa potestad: la nivelación del Presupuesto.

2.2.2. Sin perjuicio de la improcedencia jurídica de esta operación, hay que destacar que también **es inadecuada desde un punto de vista financiero y contable**

No parece razonable ni proporcionado acudir a un ingreso tan extraordinario (con los correspondientes costes también extraordinarios no contemplados sobre la reclamación del concesionario en los términos ya indicados) y en estas circunstancias problemáticas expuestas para nivelar un déficit. Resultaría más acorde al principio de buena administración

nivelar el presupuesto mediante ingresos más modestos (pero más eficaces y legales), y reducción de costes.

2.2.3. AQUAGEST pone en conocimiento de este Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada que, sin perjuicio del cauce legal que ya se está utilizando mediante este escrito, **ejercerá todas las acciones que en Derecho procedan** para oponerse a la asunción por el concesionario de los costes de compra de agua que no están recogidos como tales en el Contrato. Por este motivo, y porque evidentemente la posición jurídica de AQUAGEST está amparada por nuestro ordenamiento jurídico, no resulta plausible que se produzca el ingreso previsto en el Presupuesto aprobado inicialmente en concepto de venta de agua a cargo de AQUAGEST, sin el correspondiente gasto por subvención por asumir este concepto.

3.- LA FALTA DE PREVISIÓN DEL CORRESPONDIENTE CRÉDITO PARA HACER FRENTE A LA REVISIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO

Mediante numerosos escritos dirigidos al Ayuntamiento se ha informado de la necesidad de revisar la retribución conforme al Contrato lo que suponía el correspondiente incremento tarifario (escritos de fechas 16/11/2011, 24/05/2012, 27/09/2012).

Llegados a este punto, se realiza informe por Intervención donde se reconoce la existencia de una desviación de la cuenta de resultados de 429.045 €, determinando la obligación de incrementar la cuantía de las tarifas del servicio en un 7,8 %, y pese a ello, en una evidente decisión política, se obvia este informe técnico y no se procede a aprobar la revisión tarifaria. Lo grave de la situación, como sería el no incremento tarifario se agrava más aún cuando, a pesar del reconocimiento de la necesidad de revisar dicha retribución tampoco se recoge la correspondiente partida presupuestaria para hacer frente a la misma.

Hemos de recordar, como señala el auto 66/2011 de fecha 2 de febrero de la Audiencia Provincial de Madrid, que el hecho de que el Ayuntamiento no contemple entre sus partidas presupuestarias una destinada a satisfacer su obligación de pago de la subvención correspondiente al no incremento tarifario, tal omisión podría dar lugar a una resolución injusta y subsumible en una prevaricación, pues el mencionado ilícito puede cometerse en la modalidad de comisión por omisión, consistente en una resolución (negativa) declarativa de voluntad y decisoria, que afecta a los derechos de los administrados y al interés colectivo.

Y es que el corolario que enmarca todo el presente expediente son las dificultades financieras que atraviesa el Ayuntamiento y la necesidad de hallar recursos para conseguir la nivelación presupuestaria.

La finalidad de hallar fuentes de financiación y de conseguir el objetivo de nivelación presupuestaria es, por supuesto, legítima.

No obstante, como se ha expuesto, el ordenamiento jurídico prohíbe a las Administraciones Públicas ejercer unas potestades públicas (modificaciones contractuales encubiertas o incumplimientos de contrato) para alcanzar unas finalidades distintas (financiarse y nivelación presupuestaria).

Por todo ello, **la modificación encubierta del contrato para que el concesionario asuma el coste compra de agua, a través de los presupuestos, cuando Aguas del Bierzo ha estimado el correspondiente recurso interpuesto por AQUAGEST sobre que no procedía facturar a esta empresa y sí al Ayuntamiento, o el no contemplar la correspondiente subvención en el porcentaje de revisión reconocido en la propuesta de modificación de tasas, serían contrarias a Derecho por un manifiesto vicio de desviación de poder.**

3. En definitiva, y a la vista de los graves vicios en que incurrirían estos hechos, es preciso que este Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada desista llevar a cabo estas actuaciones y halle otras vías alternativas para financiarse y alcanzar el objetivo de nivelación presupuestaria, quedando mi mandante a disposición del Ayuntamiento para encontrar las vías oportunas, pero nunca por la imposición.

En caso contrario, las impugnaciones que interpondrá mi mandante contra cualquier acuerdo tendente a poner en riesgo los intereses de mi mandante llevarán inevitablemente a su anulación. Y ello sin perjuicio del derecho de AQUAGEST de ser indemnizado por los eventuales daños y perjuicios que le hayan sido provocados.

4.- REFLEXIÓN DE ORDEN FINANCIERA Y CONTABLE

4.1. Ahora bien, esta operación presenta algunas cuestiones desde un punto de vista financiero y contable que deben llevarnos a la conclusión de que es inadecuada para conseguir el objetivo perseguido de obtención de financiación y de nivelación presupuestaria.

Es decir, **se está acometiendo esta excepcional operación de "venta" de agua en alta y de omisión de la revisión contractual que, además de ser ilegal (y por tanto**

jurídicamente inviable), solamente servirá para cumplir con los objetivos de nivelación presupuestaria en el ejercicio 2013.

Por tanto, de cara al ejercicio 2014 deberán tomarse nuevas medidas que permitan la nivelación presupuestaria sin que este ingreso excepcional de venta de agua tenga ninguna virtualidad, ni tampoco la ausencia de subvención al concesionario mientras no se incrementen las tasas. Y ello porque la primera pista de la excepcionalidad nos la da el Informe económico cuando dice, respecto a la "Venta de agua" que en "*se prevé en este ejercicio un ingreso extraordinario por venta de agua en alta*", entonces, ¿solo en este ejercicio?

Y respecto a la tasas del servicio municipal de agua nada se dice, ni siquiera se informa ni explica lo que se contiene en la propuesta de Intervención que sirvió de base a la discusión del Pleno de 13 de noviembre de 2012, ni que dicha propuesta no se acordó y que por tanto, esta revisión reconocida por los técnicos del ayuntamiento debería reflejarse como gasto en el Capítulo IV en concepto de subvención.

Por consiguiente, se acude a una operación extraordinaria, e ilegal, para obtener un ingreso excepcional que, a su vez, implica unos costes también extraordinarios como sería el crédito a favor de AQUAGEST sobre la revisión de su retribución recogida en la propuesta de Intervención, así como la correspondiente indemnización por los mayores costes que tendría el concesionario si el Ayuntamiento pretendiese "venderle" agua, que como hemos visto no es más que un eufemismo para indicar que lo que se pretende es una modificación del contrato, para no tener que recoger en los gastos la subvención correspondiente por este mayor coste, para el caso de no recogerse en las tarifas que abonan los usuarios.

Esta operación está incurso en manifiestos e indiscutibles problemas jurídicos que conllevan su inviabilidad.

Es de esperar que, bajo esa óptica, el Ayuntamiento cumplirá escrupulosamente con los deberes de suministro transparente de información a que está obligado frente a los órganos estatales y autonómicos guardianes de la disciplina presupuestaria de las entidades locales, incluyendo dentro de la información suministrada, entre otros extremos, nuestras propias alegaciones y la propuesta sobre incremento de las tasas, al reconocerse la existencia de revisar las mismas en al menos el % del 7,8, y no llevarse a cabo finalmente, con la finalidad de que dichos órganos destinatarios de la mencionada información puedan hacer uso de sus competencias legales ante esta situación de maquillaje presupuestario. Sin perjuicio de ello, nos reservamos, por supuesto, la iniciativa de suplir las ausencias de

información en que pueda incurrir el Ayuntamiento y de solicitar el ejercicio de todas aquellas competencias legales, sin excepción.

Por lo expuesto, al Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada

SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en virtud de las manifestaciones que anteceden, acuerde:

- (i) suprimir del Presupuesto las siguientes partida, salvo que se nos informe que la misma no está prevista como exigencia al vigente concesionario del servicio municipal de agua:
 - Ingreso, 39906, VENTA DE AGUA EN ALTA 1.322.000 €;
 - Subsidiariamente, de no suprimirse esta partida, añadir al Presupuesto dentro del Capítulo IV la correspondiente subvención al concesionario por los mayores costes que produzca la asunción de esta partida presupuestada como ingresos.
- (ii) Añadir al Presupuesto aprobado inicialmente dentro del Capítulo IV la correspondiente subvención para hacer frente a la no revisión de las tasas por suministro de agua, en el % del 7,8% conforme a la propuesta de Intervención sometida al debate del pleno municipal de fecha
- (iii) abstenerse de incoar cualquier procedimiento tendente a reclamar a AQUAGEST el importe presupuestado en concepto de "Venta de agua en alta", por su evidente ilegalidad, sin perjuicio de las adaptaciones que procedan en los actuales títulos habilitantes de AQUAGEST, quien, desde este momento, se pone a disposición del Ayuntamiento de Ponferrada para analizar e implementar las medidas más adecuadas para dicha adaptación.

En Ponferrada, a 31 de julio de 2013.

