



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y

Ponente

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 2 de diciembre de 2004, ha examinado el *expediente relativo al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión del Ayuntamiento de xxxxxxxx a la empresa zzzzzzzz, de la explotación del Servicio Municipal de Aguas en el término municipal de xxxxxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de octubre de 2004 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión del Ayuntamiento de xxxxxxxx a la empresa zzzzzzzz, de la explotación del Servicio Municipal de Aguas en el término municipal de xxxxxxxxxxxxxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de noviembre de 2004, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 688/2004, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.



Primero.- El Ayuntamiento de xxxxxxxx licitó, con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, la concesión del Servicio Municipal de Aguas en el término municipal de xxxxxxxxxx, por el sistema de concurso, procedimiento abierto. Se adjudicó por el Pleno del Ayuntamiento, en fecha 20 de diciembre de 1996, a la UTE "rrrrrrrrrr, S.A. y zzzzzzzzzzzz S.A." (zzzzzzz), formalizándose el correspondiente contrato el día 27 de diciembre de 1996.

A los fines del presente dictamen, merece la pena destacar en el contrato de concesión los siguientes acuerdos:

- "Cuarto.- Que el adjudicatario del servicio se obliga a pagar al Ayuntamiento de xxxxxxxx las siguientes cantidades y por los conceptos que se indican:

»a) Compensación inicial por inversiones TRES MIL MILLONES DE PESETAS (3.000.000.000 Pts.), cuyo ingreso se efectuará en dos plazos, el primero por importe de DOS MIL MILLONES DE PESETAS (2.000.000.000 Pts.) antes del 30 de Diciembre de 1996 y el segundo por importe de MIL MILLONES DE PESETAS (1.000.000.000 Pts.) antes del 30 de Junio de 1997.

»b) Un canon anual variable en concepto de retribución periódica de la concesión que asciende al 28 por ciento de la cifra de negocios del servicio durante un período mínimo de 4 años, es decir, hasta el 31 de Diciembre de año 2000. A partir del 1 de enero del año 2001, el porcentaje anterior se reducirá al 14 por ciento si la ESTACIÓN DEPURADORA DE AGUAS RESIDUALES proyectada estuviese concluida y además entregada y recibida por el Ayuntamiento para su explotación. En caso de no cumplirse estas dos condiciones el porcentaje del 28 por ciento se mantendrá constante hasta que se cumplan.

»La cantidad correspondiente a este concepto se abonará anualmente antes del 31 de Marzo del año siguiente a que se refiere el citado canon".

- "Octavo.- Ambas partes se obligan al exacto cumplimiento del presente contrato con sujeción a los Pliegos de Condiciones, Reglamento para la prestación del Servicio, Anteproyecto de Explotación, oferta presentada por la U.T.E. y acuerdo plenario de adjudicación".



El Pliego de Cláusulas Administrativas fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 16 de octubre de 1996 y "figura como Anexo I del contrato, formando parte del mismo" (Acuerdo Primero).

Del "Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas que han de regir la concesión de la explotación del Servicio Municipal de Aguas en el término municipal de xxxxxxxxxx" interesa destacar:

»1.1.- Es objeto del presente pliego fijar las cláusulas que han de regir el contrato de concesión de la explotación del Servicio Municipal de Aguas del Ayuntamiento de xxxxxxxxxx.

(...)

»2.- La naturaleza de la relación jurídica que vinculará al concesionario con el Ayuntamiento será la de una concesión administrativa de gestión de servicio público conforme a los artículos 155 y 157.a) de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(...)

»8.1.- En concepto de retribución periódica de la concesión, por la utilización de los bienes destinados al servicio de aguas y del mantenimiento del Servicio Municipal de Aguas u órgano que determine el Ayuntamiento, el concesionario vendrá obligado al pago de un canon anual variable mínimo equivalente al 3.5% del importe de la cifra de negocios del concesionario por los servicios objeto de este pliego. Dicho canon variable podrá ser objeto de mejora en la proposición económica efectuada por los licitadores.

(...)

»12.- Son derechos del concesionario los siguientes:

(...)

»f) Percibir las retribuciones correspondientes por la prestación de los servicios de acuerdo con las tarifas vigentes en cada momento.



»g) Recibir en el supuesto de modificaciones del servicio impuestas por la Corporación que aumenten los costos o disminuyan la retribución la adecuada compensación económica para mantener el equilibrio económico de la concesión.

(...)

»13.- Además de las comprendidas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en el Reglamento del servicio objeto de concesión y demás disposiciones que resulten de aplicación, el concesionario tendrá la obligación de:

(...)

»d) Asumir las obligaciones económicas derivadas de las concesiones y autorizaciones relacionadas con el servicio de aguas de las que es titular el Ayuntamiento de xxxxxxxxxx y que el concesionario tendrá derecho a utilizar.

(...)

»16.1.- El concesionario viene obligado a prestar el servicio en las condiciones que establece este pliego y demás legislación aplicable y será responsable del funcionamiento y conservación de las infraestructuras e instalaciones municipales de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas residuales del municipio de xxxxxxxxxxxx.

(...)

»23.3.- Las tarifas, una vez aprobadas, serán comunicadas por el Ayuntamiento al concesionario por escrito, quien tendrá la obligación de aplicarlas.

(...)

»24.1.- El Ayuntamiento de xxxxxxxx, de conformidad con lo establecido en el Artículo 127 del vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se compromete a mantener, en todo momento, el equilibrio económico-financiero de la concesión.



(...)

»25.- Gastos de la concesión.

»Serán por cuenta del concesionario todos los gastos derivados de la explotación integral del servicio de suministro de agua potable y saneamiento incluyendo el canon anual, de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente pliego, así como los que el Ayuntamiento haya de sufragar como titular del servicio, los cuales serán repercutidos al concesionario. El personal funcionario que desarrolla sus funciones en el ámbito de la concesión es un coste de explotación, y en consecuencia deberá abonar al Ayuntamiento dicho coste el concesionario.

»26.- Retribución del concesionario.

»El concesionario percibirá en concepto de retribución por los servicios objeto de la concesión los siguientes ingresos:

»a) Los ingresos por la aplicación a los usuarios de las tarifas vigentes aprobadas por el Ayuntamiento, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido en cada momento.

»b) Los ingresos correspondientes a la instalación de nuevos contadores y acometidas.

»c) Las subvenciones que, en su caso, y para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, acuerde otorgar el Ayuntamiento al concesionario.

(...)

»34.- Régimen supletorio.

»La concesión y el concurso para su adjudicación se regirán, en lo no previsto en este pliego de condiciones, por la Ley 7/1985, de 2 de abril; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; los Reglamentos de Servicios, Contratación y Bienes de las Corporaciones Locales; y la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Supletoriamente



se regirán por las demás disposiciones de Derecho Administrativo y, en defecto de éstas, por las normas de Derecho Privado”.

Las mejoras incluidas en la oferta de la UTE a que alude el propio contrato (Acuerdo tercero) figuran incorporadas a éste como anexo II.

Segundo.- Con fecha 2 de abril de 2004, tiene entrada en el Ayuntamiento de xxxxxxxx un documento, “estudio de explotación de la nueva E.D.A.R. de xxxxxxxx”, presentado por la concesionaria, zzzzzzzzzz, del que puede concluirse:

- Que como consecuencia del modificado aprobado respecto del “Proyecto Básico de EDAR y Colector Sur de xxxxxxxx” y del nuevo canon de vertidos, tras la entrada en vigor del Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, se le han ocasionado unos nuevos costes por importe de 504.540,35 euros, de los que entiende que debe ser compensado, incluyendo el 6% en concepto de costes generales (según oferta), lo que alcanza un importe total de 534.812,77 euros.

- Que el importe a compensar sería de 2.104.904,92 euros si no se redujese el canon a pagar al Ayuntamiento del 28% al 14% (reducción de 1.570.092,15 euros).

- Que para compensar la cantidad mencionada (2.104.204,92 euros) propone la aprobación de una Ordenanza fiscal en la que se apruebe una tarifa única de depuración de 0,1726 €/m³ en 2004, correspondiendo a la concesionaria la recaudación obtenida.

Tercero.- Con fecha 27 de mayo de 2004, el Servicio de Medio Ambiente, visto el “estudio de explotación de la nueva EDAR de xxxxxxxx” y el informe “estudio del coste de sustitución del carbón activo granular instalado por ssssssss S.A. en los filtros de la E.T.A.P. de la xxxxxxxx”, del propio servicio de 30 de marzo, formula las siguientes propuestas:

- Que el coste de reposición del carbón activo de los filtros de la ETAP de xxxxxxxxxxxx, como consecuencia de la sustitución de la arena por carbón activo en concepto de “mejora” del “proyecto de nuevo abastecimiento de agua a xxxxxxxxxxxx desde el xxxxxxxxxxxx”, valorado en 328.163,40 euros cada dos años, sea compensado descontándose del canon anual que zzzzzzzzzz



abona al Ayuntamiento como porcentaje de la facturación normal por abastecimiento y alcantarillado.

- Que los extracostes ocasionados a la concesionaria como consecuencia de las modificaciones producidas en la nueva EDAR (380.017 euros) y de nuevo canon del vertido (124.523,24 euros) valorados en 534.812,65 euros (6% incluido por costes generales), así como el importe de 1.656.377,37 euros de mantener el porcentaje del canon que recibe el Ayuntamiento de zzzzzzzz en el 28%, se compensen mediante la facturación por zzzzzzzzz de una tarifa de depuración de 0,1721 €/m³.

Este informe precisa que sólo correspondería a zzzzzzzzz lo recaudado por dicha tarifa en el municipio de xxxxxxxxxx, no en los municipios cercanos.

Cuarto.- Con fecha 31 de mayo de 2004, se emite un informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de xxxxxxxx, considerando que una vez acreditados la ruptura del equilibrio económico-financiero, los costes de reposición del carbón activo granular y los sobrecostes de explotación de la nueva EDAR en cuanto consecuencia de manifestaciones del *ius variandi*, deben compensarse íntegramente, y que el incremento del canon de vertido, constitutivo de *factum principis*, debería distribuirse equitativamente entre las partes contratantes.

Quinto.- Con fecha 28 de junio de 2004, el Oficial Mayor Letrado emite un informe que concluye señalando: "no se han acreditado, ni concurren las condiciones necesarias para modificar la contraprestación contractual planteada por `zzzzzzzzzzzz SA´ en ninguno de sus aspectos".

Sexto.- Con fecha 26 de julio de 2004, se emite un informe por el Interventor del Ayuntamiento de xxxxxxxxx, en el que concluye considerando "que la actual situación económica de la concesión no trae causa ni viene motivada en requisitos o presupuesto de hecho exigidos para la aplicación del restablecimiento del equilibrio financiero concesional, `teoría del riesgo imprevisible´, con plena vigencia del principio del `riesgo y ventura´ que preside la contratación administrativa (art. 99 LCAPO y 13 a) del PCAP).

»Pues no se debe confundir el EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN –cuyo mantenimiento exige la Ley y Jurisprudencia– con el EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONCESIONARIO".



Séptimo.- Constan en el expediente un informe de cccccccccc, S.L. de 16 de septiembre de 2004 y un dictamen de D. mmmmmmmm de 15 de septiembre de 2004, ambos emitidos a requerimiento de zzzzzzzz.

Octavo.- La Comisión de Contratación y Bienes, en sesión extraordinaria celebrada el día 22 de octubre de 2004, emite el siguiente dictamen:

«Primero.- Entender que la sustitución de la EDAR proyectada inicialmente por otra, así como la sustitución de los filtros de arena iniciales por otros de carbón activo, constituyen un supuesto de *ius variandi* que deben ser compensados íntegramente al concesionario, según lo que al respecto establecen los arts. 12, g) y 24,2) del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato, al deberse a modificaciones instadas por la Administración que incluyen prestaciones a las que el concesionario no estaba obligado inicialmente. Del mismo modo el aumento del canon del vertido constituye un *factum principis* que obliga al Ayuntamiento a compensarlo íntegramente.

»Segundo.- Mantener el canon del 28% que señala el punto 4º del contrato, apartado b.

»Tercero.- Proponer que la compensación de los costes que para zzzzzzzz suponen los apartados 1 y 2 anteriores, se realice vía tarifa, bien porque se cree una nueva o bien incrementando alguna o algunas de las existentes.

»Cuarto.- Ante los informes contradictorios existentes en el expediente se elevará a consulta al Consejo Consultivo de Castilla y León, sobre si se ha producido o no desequilibrio financiero de la concesión, informe que será vinculante para la Corporación, y que se solicitará por urgencia”.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS



1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en virtud de lo dispuesto en los artículos 4.1.h), 3º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como en el artículo 59.3.a) y 96.1 del texto refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tramitándose el expediente como un supuesto de mantenimiento o restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, al amparo del artículo 164 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, precepto único de la sección 2ª, "De la modificación del contrato de gestión de servicios públicos", del capítulo IV del título II del libro II. El dictamen resulta preceptivo, vista la cuantía de las modificaciones propuestas y la duración del contrato.

La Sección Primera del Consejo Consultivo es competente para la emisión del preceptivo dictamen, a tenor de lo establecido en el Acuerdo del Pleno de 30 de octubre de 2003, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las secciones (regla 4ª, A, e).

2ª.- En relación con el procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente, resulta de aplicación el regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por aplicación supletoria de la disposición transitoria cuarta del Código Civil. En cualquier caso, debe advertirse que:

- No consta en el expediente que se haya dado formalmente trámite de audiencia al contratista, si bien puede entenderse cumplido dicho trámite toda vez que las pretensiones expuestas en fecha 2 de abril de 2004 por la concesionaria se ven respaldadas, aun de forma más favorable, al incluir la compensación de los costes de reposición del carbón activo, en el informe-propuesta del Servicio de Medio Ambiente de 27 de mayo de 2004 y en el dictamen de la Comisión de Contratación y Bienes de 22 de octubre de 2004. No cabe olvidar que figuran en el expediente el informe de cccccccc, S.L. y el dictamen de D. mmmmmmmmm, aportados por la concesionaria.

- Constan en el expediente sendos informes de la Asesoría Jurídica y del Oficial Mayor-Letrado (cabe recordar aquí que, según la regla 4ª del artículo 113 del texto refundido de Régimen Local, de 18 de abril de 1986, para la aplicación a las entidades locales de la legislación estatal sobre contratación administrativa, los informes que la Ley asigna a las Asesorías Jurídicas se evacuarán por la Secretaría de la Corporación).



- Consta asimismo en el expediente un informe del Interventor, teniéndose por cumplido el trámite de fiscalización previa.

- Figura igualmente el dictamen de la Comisión de Contratación y Bienes, auténtica propuesta de resolución en los términos que resulta de sus tres primeros apartados.

- El dictamen del Consejo Consultivo se entiende preceptivo conforme a lo expuesto, cumpliéndose con el presente trámite. Debe recordarse que el mismo, por el asunto al que se refiere, no tiene carácter vinculante, pese a lo que en este sentido ha manifestado la Comisión de Contratación y Bienes.

- Si bien resulta exigible el informe de la Comisión Especial de Cuentas, conforme a lo dispuesto en el artículo 101.3 y la disposición adicional 9.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que su contenido es presupuestario, de carácter meramente interno, su omisión no afectaría a la eficacia de la modificación sin perjuicio de que pueda motivar la depuración de responsabilidades internas.

La competencia para adoptar la resolución procedente corresponde, de conformidad con el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al órgano de contratación, en el presente caso al Pleno del Ayuntamiento (artículo 22.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

3ª.- El fondo de la cuestión planteada se enmarca, en principio, como un supuesto de mantenimiento o restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, respondiendo a la previsión que con carácter general recoge el artículo 164 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y que de forma particular se contiene en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 126.2.b); 127.2.2; 128.2.2 y 152.3).

Principio del equilibrio económico-financiero respecto del cual el Tribunal Supremo ha manifestado:

“(…) Derecho positivo municipal, en el que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 126.2 B), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3) acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo



tanto del hecho del príncipe (apartado a), como de la teoría de la imprevisión (en el apartado b), destacando el artículo 129.4 la naturaleza de principio excepcional reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 13 de enero de 1958, 24 de noviembre de 1962, 1, 8 y 13 de abril, 22 de octubre y 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo y 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987, entre otras).

»También ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, así en Sentencias de 6 de junio de 1975, 11 de julio de 1978, 23 de diciembre de 1980, 23 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 1 de marzo de 1983, 3 de enero de 1985, 11 de junio de 1986 y 22 de febrero de 1988, el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional, amparado en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2 a) y b), 128.3.2, 129.3 y 5 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, siendo nulas aquellas cláusulas que establecieran la irrevisibilidad de las retribuciones de los concesionarios durante el transcurso de la concesión, ya que la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber de la misma para mantener, en todo caso, el equilibrio económico". (Sentencia de 20 de mayo de 1999).

"(...) mantenimiento del equilibrio financiero constituye una fórmula excepcional que, según la sentencia de 9 de octubre de 1987, debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la `res pública´ en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales". (Sentencia de 17 de julio de 1991)

En esta línea el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en Sentencia de 23 de junio de 2001, señaló:

"Es por ello por lo que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato –la remuneración del concesionario y el coste del servicio– y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado *hecho*



del príncipe o ius variandi, por el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario ha de relacionarse con el principio de *riesgo y ventura*, ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que, en cuanto tal, no puede aplicarse de forma indiscriminada sin convertirse en una garantía ordinaria de los intereses del contratista, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la *res pública*, en contra de los que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales.

»(...) hay que considerar que el principio del equilibrio financiero no cabe respecto de la Administración el *alea* empresarial, integrado por los riesgos comerciales del negocio vinculados a la gestión interna de la empresa y que, por ello, deben ser soportados por el contratista, al no derivar, propiamente, ni del supuesto del riesgo imprevisible (fuerza mayor), ni del *ius variandi* de la Administración”.

Bajo la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio económico-financiero tienen cabida los siguientes supuestos:

a) Modificación derivada del ejercicio del *ius variandi* por la Administración, que exige mantener el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación.

Respecto del *ius variandi* el Consejo de Estado, en Dictamen de 24 de julio de 2003 (expte. nº 1531/2003), ha tenido la oportunidad de señalar que “la modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991). Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de las exigencias propias del servicio, deriva de la exigencia de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (artículo 101 de la LCAP, cuya aplicación no se excluye en el artículo 155.5 de la misma Ley). El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del *ius variando*, concluía el Consejo de



Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas”.

Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el informe 50/03, de 12 de marzo de 2004, consideró que “(...) debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce” (informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999, y de 2 y 5 de marzo de 2001, expedientes 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00).

Como dice el artículo 164 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, “cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en Sentencia de 23 de octubre de 2002, señaló:

“(...) el principio de riesgo y ventura no significa que el contratista haya de asumir todas las alteraciones en el precio del contrato.

»La consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre el ius variandi (ver por ejemplo la sentencia de 24 de diciembre de 1997), de acuerdo con la cual el riesgo que asume el contratista de que a lo largo de la ejecución del contrato ésta resulte más gravosa `no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su ius variandi, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas”.



En estos casos la compensación debe ser integral, como ya señalaba el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de diciembre de 1986: “Esta Sala ha venido declarando –así SSTs de 14 de marzo de 1985 y 25 de abril de 1986– que cuando el desequilibrio tiene su origen en una actuación de la Administración la compensación es total y se extiende por tanto al daño emergente y al lucro cesante, lo que implica la inclusión de los tres conceptos clásicos que determinan la retribución del concesionario: coste del establecimiento, gastos de explotación y beneficio industrial –arts. 126.2 b) y 129.3 del Reglamento de Servicios–”.

b) Supuesto de *factum principis* o de medidas adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus potestades administrativas generales que modifican el contrato no de forma directa, sino indirecta. En palabras del Tribunal Supremo, “medidas administrativas adoptadas al margen del contrato pero con repercusión en las obligaciones nacidas de él haciendo más oneroso su cumplimiento” (Sentencia de 20 de noviembre de 1995).

El Consejo de Estado, en su Dictamen nº 3725, de 12 de noviembre de 1948, entendió que existe *factum principis* cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del *imperium* (definición que luego ha reiterado en varias ocasiones). Según el Dictamen nº 31/1992, de 13 de febrero de 1992, alude a intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato, y son una fuente de responsabilidad extracontractual liquidable en el seno del contrato.

Como ya se ha indicado el Tribunal Supremo considera que el supuesto de *factum principis* se encuentra recogido en el artículo 127.2.2º.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de modo que, resultando sobrevenido, imprevisible y afectando a los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación, dará derecho al concesionario a ser compensado. Compensación que tendrá el mismo alcance que en los supuestos del *ius variandi* (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril y 20 diciembre de 1986).



c) Supuesto en el que circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato e imprevisibles en dicho momento hagan mucho más oneroso para una de las partes el cumplimiento del contrato en los términos pactados.

Supuestos que han encontrado respuesta en diferentes teorías doctrinales, teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, teoría de la imprevisión, teoría de la base del negocio, y que se encuentran recogidos en el artículo 127.2.2ª.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de diciembre de 2003, señaló:

“Como hemos expuesto en alguna otra ocasión, la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado. La sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1988 legitimaba una revisión de precios no pactada cuando en las vicisitudes de la contratación concurren unas circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afectan gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables”.

Y el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en Sentencia de 24 de enero de 2002, recogiendo las tesis del Tribunal Supremo, manifestó:

“El Tribunal Supremo configura la cláusula *rebus sic stantibus* para legitimar esa revisión de precios a la figura jurídico-doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* o riesgo imprevisible, como ya había reconocido la precedente jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias de 29 de mayo, 5 de junio y 4 de julio de 1951, entre otras, tendentes a un restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurrían circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste, dentro de una previsión razonable (STS 30 de abril de



2001). Porque es necesario partir de que los contratos de que tratamos se celebran a riesgo y ventura del contratista por lo que según nuestro Alto Tribunal la teoría de la imprevisión debe aplicarse con mucha cautela en defensa y conservación del *status quo* y de la paz jurídica de forma que la avalancha de peticiones, basadas en la imprevisión, fuerza a considerar los perfiles precisos en que puede producirse su aplicación, que, generalizada, pugnaría con su misma naturaleza”.

Ahora bien, a diferencia de los supuestos anteriores, debidos a la voluntad de una de las partes contratantes, aquí la compensación no será integral, no puede abarcar el lucro cesante ya que no existe una garantía del beneficio del contratista. Así, se ha dicho que sería ilógico hacer recaer las consecuencias sobre una de las partes cuando el riesgo es ajeno a su voluntad, y que razones de equidad aconsejan compartir los efectos de las circunstancias imprevistas.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de abril de 1986, ya declaró:

“(…) el desequilibrio producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, en cuyo caso la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la Empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”.

»(...) cuando la Administración también sea ajena a la producción del mismo, por ser consecuencia ésta de la aparición de circunstancias sobrevenidas y de cuyo impacto lesivo no se ve exenta en absoluto, la lesión resultante debe ser compartida en adecuada proporción entre ambos sujetos afectados (...)”.

4ª.- Una vez analizados los diferentes supuestos que se contienen en la teoría del mantenimiento o restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión y sus efectos, resta por analizar, en el caso concreto que nos



ocupa, si las diferentes circunstancias acaecidas se corresponden con alguno de dichos supuestos. Así:

a) El hecho de que la Estación Depuradora de Aguas Residuales adscrita el 7 de abril de 2004 por el Ayuntamiento de xxxxxxxxxxxx a zzzzzzz no se corresponda con la resultante del proyecto básico, de octubre de 1995, y que sirvió de base al concurso para la concesión administrativa del servicio municipal de aguas, a través del Pliego de Cláusulas Administrativas y prescripciones técnicas, sino con la resultante del Proyecto Modificado nº 1 del Colector General Sur y Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) de xxxxxxxxxxxx, aprobado en el 2001, supone, desde el punto de vista de las relaciones concesionales entre el Ayuntamiento y la concesionaria, una modificación objetiva de las características de las instalaciones debida a la voluntad del Ayuntamiento de xxxxxxxxxxxx, calificable en consecuencia como una "modificación instada por la Administración que incluye prestaciones a las que el concesionario no estaba obligado inicialmente" (según los propios términos empleados en el dictamen de la Comisión de Contratación y Bienes).

Se trata así de una modificación de elementos del contrato, sobrevenida e imprevisible en el momento de su adjudicación, debida a la voluntad de la Administración concedente, que responde a un supuesto derivado del ejercicio por la Administración de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *ius variandi*.

Tal modificación, según resulta del expediente, supone unos mayores costes de mantenimiento y explotación de la EDAR adscrita que los que le hubieran supuesto la EDAR inicialmente proyectada.

Este incremento de costes para el concesionario, consecuencia del ejercicio de la prerrogativa del *ius variandi* de la Administración, debe ser íntegramente compensado por ésta.

Dicha conclusión no puede quedar desvirtuada por argumentaciones como las que siguen:

- *Que responde a una previsión contractual.* Al contrario, la previsión contractual estaba dirigida a fijar la repercusión económica de la incorporación de la EDAR proyectada a la concesión, pero no a fijar las consecuencias derivadas de una posterior modificación del proyecto, porque



resultaban imprevisibles tanto la propia modificación como su entidad y consecuencias.

- *Que el artículo 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas o el carácter dinámico del contrato, o la cláusula del proyecto obligan al concesionario a utilizar las instalaciones municipales existentes en cada momento.* Aun siendo esto cierto, no significa que resultando sustituidas o modificadas dichas instalaciones, por la voluntad de la Administración concedente, ésta no deba compensar los perjuicios que se causen a la concesionaria como consecuencia de dicha sustitución o modificación.

- *Que son riesgos subsumibles en el principio de riesgo y ventura.* Dicho principio, como ya se ha expuesto, "no incluye las actuaciones que sean debidas al ejercicio por la Administración del ius variandi, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas".

- *Que no llega a producirse una situación de verdadero quebranto de la economía de la concesión.* En las modificaciones debidas al ejercicio del *ius variandi* basta con que se produzca un incremento de los costes o una reducción de los beneficios, alterándose los supuestos económicos considerados básicos en la adjudicación del contrato, para que haya lugar a la compensación.

En cuanto a la forma en que ha de compensarse a la concesionaria cabe señalar:

- Que la estipulación 4ª del contrato y la oferta presentada por la UTE (a la que se refiere la estipulación 8ª) dispone que "la futura puesta en servicio de la nueva depuradora de aguas residuales comportará unos mayores gastos de explotación, este incremento en los gastos del Concesionario se compensará, a partir de ese momento, con una reducción del canon anual hasta situarlo en un 14% sobre los ingresos tarifarios (261 millones de pesetas)". "A partir de ese momento el canon se reducirá al 14% de los ingresos tarifarios para poder cubrir el incremento de costes de explotación que se ocasionen". De tal regulación se desprende que el sistema convenido para compensar los costes de la EDAR es la reducción del canon anual, de ahí



que la fórmula natural a emplear para compensar los sobrecostes consecuencia de la modificación de la EDAR proyectada sea la reducción del canon anual.

- Que no obstante no resulta excluida la posibilidad de acudir a otra forma de compensación, ni por la normativa aplicable ni por el Pliego de Cláusulas Administrativas. Entre tales formas diversas de compensación se encontrarían, en particular, las tarifas (27.2) o las subvenciones (26.c), pudiendo utilizarse por la Administración cualquiera de ellas siempre que su empleo quede suficientemente motivado.

- Que tratándose, ahora, de fijar la forma de compensar las consecuencias de una modificación ya aprobada sin determinar dicha forma, parece que ésta debiera limitarse a las posibilidades existentes en el momento en que debió adoptarse, ciñéndose por tanto, en su caso, a las tarifas entonces existentes y sin poder elevar las tarifas con efectos retroactivos (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1988 y 20 de octubre de 1989).

b) El hecho de que en la ETAP de la xxxxxxxxxxx se sustituyera la arena de los filtros por carbón activo granular responde al deseo manifestado del Ayuntamiento de xxxxxxx, atendido por ssssssss, S.A. e incorporado como mejora al "Proyecto de Nuevo Abastecimiento de Agua a xxxxxxxxxxx desde el xxxxxxxxxxx", según resulta del informe del Servicio de Medio Ambiente de 30 de marzo de 2004.

Desde el punto de vista de la relación concesional entre el Ayuntamiento y la concesionaria, este hecho supone también una modificación objetiva de las características de las instalaciones, debido a la voluntad del Ayuntamiento de xxxxxxx.

Como tal modificación reúne todos los presupuestos para ser configurada como manifestación del *ius variandi*, que conlleva unos costes sobrevenidos, de reposición periódica del carbón activo granular, que deben ser compensados íntegramente a la concesionaria. No obstante en la determinación del importe íntegro de la compensación habrá que tener en cuenta no sólo los costes de reposición, sino también las posibles economías o ahorros que pudieran producirse tal y como se indica en el informe de la Intervención.

Esta conclusión debe ser mantenida frente a argumentaciones similares a las formuladas respecto del apartado anterior por análogos



razonamientos y frente a la alegación consistente en considerar que sería una consecuencia del artículo 17.1 letras a), b) y c) del Pliego de Cláusulas Administrativas, porque la obligación de optimizar las instalaciones y emplear los sistemas o tecnologías que el Ayuntamiento ponga a disposición del concesionario no exime a aquél de compensar los nuevos costes, imprevisibles, derivados de alteraciones impuestas por la Administración.

En cuanto a la forma de compensación podrá optarse por la reducción del canon anual, por la subvención o por la modificación de las tarifas ya existentes, debiendo motivarse el empleo de la forma elegida.

c) El incremento del canon de vertido como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 606/2003, de modificación del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, por el que se traspone la Directiva 2000/60/CE, parece corresponderse, en principio, con un supuesto de *factum principis* que daría derecho al concesionario a la compensación integral de los principios derivados del mismo.

Ahora bien, un análisis mas detallado pone de manifiesto que no pueden predicarse respecto del Ayuntamiento muchos de los presupuestos y fundamentos que caracterizan al *factum principis*, así:

- No es un acto nacido del poder general de *imperium*, no es el Ayuntamiento quien incrementa el canon de vertido, sino que el incremento se realiza por el Real Decreto 606/2003, pudiendo observarse que en el presente caso el mencionado poder realmente a quien corresponde en último término es a la Unión Europea cuya directiva se traspone.

- No es un acto fruto de la voluntad de una de las partes, pues para el Ayuntamiento de xxxxxxxxx resulta tan ajeno a su voluntad e imprevisible como para la concesionaria.

- Resultando totalmente ajeno a la voluntad del Ayuntamiento, no puede afirmarse que en definitiva sea una fuente de responsabilidad extracontractual liquidable en el seno del contrato.

Todo ello obliga a considerar que más que ante un supuesto de *factum principis*, aunque en alguna medida participe de su naturaleza, estamos



ante un supuesto de riesgo imprevisible, derivado de una circunstancia sobrevenida imprevisible y ajena a la voluntad de ambas partes contratantes.

En estos supuestos, siempre que quede acreditado el desequilibrio económico-financiero, la compensación no tiene por qué ser integral, sino que se deben distribuir adecuadamente entre las partes contratantes las consecuencias desfavorables.

En el presente caso cabe considerar que sí se ha visto afectado el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato, debido al aumento tan considerable e imprevisible, dado su naturaleza, que supone respecto de la cuantía que tenía en el momento de la adjudicación, sin que pueda considerarse riesgo o "aleas" propio del contrato, ni aun a pesar de lo dispuesto en los artículos 13.d) y 25 del Pliego de Cláusulas Administrativas.

En este sentido cabe recordar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa consideró, en el informe 59/03, de 3 de junio de 2004, que las variaciones producidas en el canon de vertido no justificaban la revisión de precios, prevista para supuestos diferentes de los del mantenimiento del equilibrio económico-financiero (informe 29/00, de 30 de octubre de 2000) pero que sí "podrían motivar que se modifique la retribución económica del concesionario para mantener el equilibrio económico financiero de la concesión".

En cuanto a la forma de compensación cabe reiterar lo señalado respecto de los sobrecostes de la EDAR, ya que el incremento del canon de vertido lo que supone, en definitiva, es un incremento de los costes del servicio de depuración de aguas.

d) Con el Acta de Entrega de instalaciones, entre las que se incluye la EDAR, por el Ministerio de Medio Ambiente al Ayuntamiento, de fecha 7 de abril de 2004, se dan todos los presupuestos para que resulte de aplicación la estipulación cuarta, apartado b), del contrato que impone sobre la empresa concesionaria la obligación de pagar "un canon anual variable en concepto de retribución periódica de la concesión que asciende al 28 por ciento de la cifra de negocios del servicio durante un período mínimo de 4 años, es decir, hasta el 31 de Diciembre de año 2000. A partir del 1 de enero del año



2001, el porcentaje anterior se reducirá al 14 por ciento si la estación depuradora de aguas residuales proyectada estuviese concluida y además entregada y recibida por el Ayuntamiento para su explotación. En caso de no cumplirse estas dos condiciones el porcentaje del 28 por ciento se mantendrá constante hasta que se cumplan.

»La cantidad correspondiente a este concepto se abonará anualmente antes del 31 de Marzo del año siguiente a que se refiere el citado canon”.

Así pues, en fecha 7 de abril de 2004 la EDAR proyectada está concluida, entregada y recibida por el Ayuntamiento.

A los efectos de determinar la procedencia de la aplicación de esta cláusula, reducción del canon anual del 28% al 14%, resulta irrelevante que la EDAR proyectada haya sufrido modificaciones en el Proyecto para su mejora, máxime si éstas han contado con el consentimiento del Ayuntamiento como en el presente caso, y éste la recibe y acepta adscribiéndola posteriormente a la concesión. Las modificaciones se producen respecto de la EDAR proyectada, que no obstante se entrega y acepta como la EDAR convenida.

De entenderse de otro modo significaría que por la sola voluntad del Ayuntamiento, al promover la modificación del Proyecto de la EDAR, devendría inaplicable una cláusula contractual que prevé la reducción del canon anual, conllevando una clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

El hecho de la entrega y recepción de la EDAR no supone ninguna circunstancia sobrevenida que determine una ruptura del equilibrio económico-financiero y que pueda motivar algún tipo de compensación a favor del concesionario. Por el contrario, constituye el presupuesto necesario para la aplicación de una cláusula contractual para un supuesto específicamente previsto.

Por todo ello, en virtud del *pacta sunt servanda* sólo cabe concluir la procedencia de la aplicación de cláusula contractual con la consiguiente reducción del canon anual del 28 al 14 por ciento.



Todo ello sin perjuicio de que, si el interés público así lo requiriese, el Ayuntamiento, en virtud de su potestad y autonomía financiera, de conformidad con lo dispuesto en el 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, pueda proceder, mediante la aprobación de la correspondiente Ordenanza fiscal, a crear una tasa por la prestación del servicio de depuración de aguas residuales (artículo 20.4.r), con sujeción a los límites de cuantía establecidos en el artículo 24, para sufragar los costes, en este caso en cuanto repercutidos por la concesionaria que conlleva la prestación del servicio a los ciudadanos; así como pueda proceder a hacer uso, en cuanto a la gestión, de la posibilidad que ofrece el artículo 27.2.

Así, conforme a lo expuesto en la presente consideración jurídica cabe concluir:

a) Que procede compensar en la cuantía y forma expresadas en los supuestos relativos al incremento de costes de la EDAR, a costes de reposición del carbón activo granular y al incremento del canon de vertido, por corresponderse con supuestos contenidos en la teoría del mantenimiento o restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

b) Que no se corresponde con ningún supuesto contenido en dicha teoría el reconocer compensación alguna por la inaplicación de la cláusula cuarta apartado b) del contrato.

5ª.- Por último, este Consejo Consultivo no puede dejar de señalar que la plena satisfacción de la común voluntad de las partes, en los términos en que parece desprenderse del expediente, pudiera lograrse, no en el marco de la teoría del mantenimiento del equilibrio económico-financiero, sino en el de la modificación contractual de mutuo acuerdo.

Respecto de esta modificación contractual por mutuo acuerdo de las partes se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995, al señalar que la legislación de contratos no se ocupa de:

“(…) de la modificación del contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, lo que no obsta para que esta modificación bilateral, ante



el silencio de la legislación de contratos, deba ser admitida, aunque no sea más que como consecuencia del principio de libertad de pactos proclamado en el artículo 3 de la Ley de Contratos del Estado y actualmente en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

»La conclusión sentada en el apartado anterior no constituye obstáculo para que deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública”.

Plena satisfacción de la común voluntad de las partes que pudiera lograrse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Que se produzca el reconocimiento a la concesionaria del derecho a ser compensada, reduciendo el canon anual, por los conceptos que se desprenden del presente escrito (sobrecostes EDAR, reposición carbón activo, incremento canon de vertido). De modo que se reconozca a la concesionaria el derecho a reducir el canon anual hasta un determinado porcentaje, inferior al 14% (hasta el 14 por aplicación de la cláusula 4ª del contrato, y por debajo del 14 por la compensación reconocida).

b) Que el Ayuntamiento haya procedido a crear una tasa por la prestación del servicio de depuración de aguas residuales conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en consideración a la necesidad de sufragar los costes derivados de su prestación a los ciudadanos.

c) Que teniendo el concesionario reconocido el derecho a reducir el canon anual a un determinado porcentaje, y existiendo una tasa municipal por la prestación del servicio de depuración de aguas residuales, se proceda por las partes, mediante modificación contractual por mutuo acuerdo, a sustituir el derecho de la concesionaria a reducir el canon anual, manteniéndose inalterado, por el derecho a la recaudación obtenida de la gestión de la tasa, ya existente, hasta alcanzar el importe que le correspondería por la reducción, atribuyéndose el resto de la recaudación al Ayuntamiento. Esta última limitación, fundamental, vendría a preservar el respeto al principio de libre competencia.



III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede compensar a "zzzzzzzzzz-FCC, UTE", al objeto de restablecer el equilibrio económico-financiero, por el incremento de los costos de la estación depuradora de aguas residuales, por los costes de reposición del carbón activo granular y por el incremento del canon de vertido, en el importe y en la forma señalados en el presente dictamen.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.