



Roj: **STS 4716/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4716**

Id Cendoj: **28079130032023100180**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/11/2023**

Nº de Recurso: **1339/2021**

Nº de Resolución: **1452/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4223/2020,**
ATS 14237/2021,
STS 4716/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.452/2023

Fecha de sentencia: 16/11/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1339/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 1339/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1452/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1339/2021, interpuesto por el Ayuntamiento de Villaquilambre, representado por la procurador D.ª Ana Isabel Camino Recio y bajo la dirección letrada de D. Máximo Luis Barriento Fernández, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid en fecha 10 de diciembre de 2020 en el recurso de apelación 348/2020. Es parte recurrida Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U., representada por la procuradora D.ª Purificación Diez Carrizo y bajo la dirección letrada de D.ª Pilar Rodríguez Quiroga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de abril de 2020 el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de León dictó sentencia por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U. contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud que había efectuado el 7 de junio de 2018 ante el Ayuntamiento de Villaquilambre instando el inicio del procedimiento de adecuación de las ordenanzas fiscales que regulan las tarifas y tasas municipales por uso de los servicios objeto de la concesión, que autorice el corte de suministro y, de no autorizarlo, que se inicie la vía de apremio para satisfacer la cantidad líquida adeudada por la Junta Vecinal de Navatejera referida a los recibos entre el 2T/2010 y 4T/2017, y de no iniciarse la vía de apremio, que se reconozca el derecho de Aquona a ser compensada por el perjuicio económico causado.

La sentencia dictada condena al Ayuntamiento a modificar la ordenanza por la que se fijan las tarifas a abonar por los usuarios del servicio a que se refiere el contrato suscrito para adaptar la naturaleza de éstas a la nueva Ley 9/2017, respetando lo establecido en el apartado sexto del artículo 20, y desestima el resto de pretensiones.

Recurrida en apelación la sentencia por Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U., la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (Sección Tercera) estimó parcialmente el recurso de apelación por sentencia de 10 de diciembre de 2020, revocando la sentencia apelada sólo en el sentido de condenar al Ayuntamiento de Villaquilambre a abonar a la recurrente el importe de 366.411,96 euros.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia de apelación a las partes, la apelada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de apelación de fecha 11 de febrero de 2021, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 28 de octubre de 2021 por el que se admite el recurso de casación, precisando que la cuestión respecto la que se entiende que existe interés casacional objetivo es si, producida la modificación unilateral de una concesión por el *ius variandi* de la Administración local, el examen de una posible compensación debe analizarse en virtud del principio de equilibrio económico, teniendo en cuenta los efectos en la globalidad del contrato, o la indemnización es automática, siendo suficiente el hecho de haber generado un aumento de costes o disminución de ingresos en la concesión, según el tenor literal del artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 258, 1, 2 y 4 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con las cláusulas 22 y 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares; los artículos 126.2 b) y 127.2.2º, 128.3.2º del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se regula el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y los artículos 217.1 y 2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- A continuación se ha concedido a la parte recurrente plazo para interponer el recurso de casación, quien formula en el correspondiente escrito un primer motivo por infringir la sentencia impugnada el artículo 258, apartados 1, 2 y 4, letra b). de la Ley 30/2007, en relación con las cláusulas 22ª y 24ª del Pliego de Cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo de autos firmado entre las partes; un



segundo motivo por infracción de los artículos 126.2.b), 127.2.2ª a) y 128.3.2º del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se regula el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; y un tercer motivo por infracción del artículo 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finaliza el escrito suplicando que se dicte sentencia que, con íntegra estimación del recurso de casación, anule la recurrida, con imposición de costas a la entidad mercantil apelante.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, habiendo presentado su representación procesal el correspondiente escrito, en el que solicita que se acuerde desestimar íntegramente el recurso de casación y confirmar íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente y demás que proceda.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 5 de julio de 2023 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 24 de octubre del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

El Ayuntamiento de Villaquilambre impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 10 de diciembre de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (Sección Tercera) en materia de contratación administrativa. La sentencia recurrida estimó en parte el recurso de apelación que había interpuesto la concesionaria Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U., y condena al Ayuntamiento citado a abonar a la mencionada mercantil la cantidad de 366.411,96 euros.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 28 de octubre de 2021, en el que se declaró de interés casacional determinar si, producida la modificación unilateral de una concesión por el *ius variandi* de la Administración local, el examen de una posible compensación debe analizarse en virtud del principio de equilibrio económico, teniendo en cuenta los efectos en la globalidad del contrato, o la indemnización es automática, siendo suficiente el hecho de haber generado un aumento de costes o disminución de ingresos en la concesión, según el tenor literal del artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El Ayuntamiento recurrente funda su recurso, en síntesis, en que no se ha acreditado en términos económicos precisos la ruptura del equilibrio concesional y, de haberse producido, su alcance. Formula tres motivos en los que aduce la infracción del artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), en relación con las cláusulas 22 y 24 del pliego de condiciones administrativas particulares del contrato suscrito entre las partes -primer motivo-; de los artículos 126, 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955) -segundo motivo-, y del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -tercer motivo-.

La empresa demandada considera que la baja del suministro a determinados abonados por parte del Ayuntamiento es una alteración sustancial del contrato suscrito entre las partes que por sí misma supone una alteración de las condiciones del servicio en ejercicio del *ius variandi* de la Administración que debe en todo caso ser indemnizada.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La sentencia objeto del recurso funda la estimación parcial del mismo en las siguientes consideraciones jurídicas:

" **SEGUNDO.- Elementos fácticos admitidos en apelación. Efectos jurídicos del *ius variandi*. Compensación procedente. Estimación parcial.**

Dados los términos en los que se plantea el litigio en esta apelación, debemos partir de los hechos que la sentencia de instancia estima probados y que, sin perjuicio de su alcance jurídico -al que seguidamente nos referiremos-, ya no son discutidos por las partes; así, y en lo que ahora interesa, debemos considerar lo siguiente:

a) En el contexto de la licitación del contrato administrativo para la concesión indirecta del servicio municipal de abastecimiento de agua y saneamiento en el término municipal de Villaquilambre, el Ayuntamiento demandado venía obligado a aportar a las empresas interesadas el censo o padrón municipal y datos de los abonados al servicio, figurando entre ellos dos contratos a nombre de la Junta Vecinal de Navatejera referidos al suministro de agua al pabellón polideportivo. En consecuencia, para determinar el precio del canon y de las condiciones de la propuesta económica es evidente que la actora -al igual que el resto de potenciales licitadores- tuvo en



consideración los datos proporcionados por el Ayuntamiento y, en concreto, las tarifas por consumo de agua de ese inmueble que constituyen su retribución, las cuales han resultado impagadas por la Junta Vecinal por importe, no discutido, de 366.411,96 € correspondiente a los recibos comprendidos entre el 2º Trimestre de 2010 y el 4 Trimestre de 2017.

b)

b) Sin embargo, la postura definitivamente adoptada por el Ayuntamiento es la de no exigir el pago de tales recibos a la Junta Vecinal de Navatejera -lo que la sentencia de instancia califica como exención del abono de la tarifa a un inicial abonado-, bien por estimar que es improcedente a la vista de una sentencia anterior desfavorable recaída en un proceso en el que el propio Ayuntamiento reclamaba a la Junta Vecinal tarifas anteriores, rechazando en consecuencia tanto el corte de suministro como el inicio de la vía de apremio solicitado por la concesionaria al amparo de la cláusula decimonovena del Pliego de Cláusulas Técnicas Particulares, bien porque, en otro caso, el Ayuntamiento incorporaría inmediatamente al polideportivo dentro de los edificios e instalaciones municipales exentos de pago de tarifas por el suministro de agua con arreglo a la cláusula 30.3 del Pliego.

Y **c)** En definitiva, la sentencia da por acreditado -y las partes no cuestionan- que en su oferta la contratista tuvo en consideración la facturación a la Junta Vecinal de Navatejera por el edificio del polideportivo; que no ha percibido ingresos por las facturas emitidas en relación con dicho inmueble; y que al verse privada de este significativo ingreso ello supone un cambio trascendente en las condiciones del contrato que la propia sentencia considera como un supuesto, legalmente permitido, de ejercicio del ius variandi por parte de la Administración.

A partir de aquí surge la controversia genuinamente jurídica sobre si en este caso el ius variandi de la Administración ha provocado o no un perjuicio económico en la concesionaria susceptible de indemnización ex artículos 258 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) -hoy derogada, aplicable al caso - y 127 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RSCL); y así, la sentencia de instancia y el Ayuntamiento demandado entienden que dicho perjuicio ha de contemplarse desde el concepto de desequilibrio económico global a que se refiere la cláusula 22ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y que no existe prueba al respecto, mientras que la concesionaria apelante alega que el perjuicio en este caso es consecuencia del ejercicio del "ius variandi", cuyo límite más importante en los contratos de gestión de servicios públicos consiste en el necesario respeto y, en su caso, restablecimiento del equilibrio financiero del contrato si como consecuencia de dicha modificación unilateral éste se ve quebrado como, afirma, es el caso.

Pues bien, como una de las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, el artículo 194 LCSP permitía, en efecto, su modificación " *por razones de interés público*", si bien el artículo 258 añadía que " *2. 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*".

Por otro lado, el artículo 126 RSCL señala que " *2. En el régimen de la concesión se diferenciará:*

a) el servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público; y

b) la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial".

Y el artículo 127 RSCL añade que " *2. La Corporación concedente deberá:*

1.º Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente.

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.

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".

Frente a estos preceptos, que la concesionaria estima infringidos por la sentencia de instancia, la cláusula 22ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a cuyo amparo el juzgador a quo desestima sus pretensiones indemnizatorias, dice lo siguiente: "El equilibrio económico de la concesión se produce cuando



el concesionario, con las tarifas que haya aplicado a los consumos facturados a los abonados, haya cubierto el conjunto de gastos de explotación que incidan en la prestación del servicio, así como los gastos financieros generados por las inversiones realizadas, o las aportaciones realizadas por el concesionario y cualquier otro concepto que conforme los costes de los servicios".

Por su parte, la cláusula 24ª, sobre modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico, establece que "El Ayuntamiento, en cumplimiento de lo que establece el artículo 258 de la LCSP, deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las definidas en el artículo 214 de la LCSP y que se detallan a continuación...

El Ayuntamiento, con esta finalidad, podrá habilitar, si cabe, la correspondiente partida de gastos en el presupuesto ordinario del ejercicio siguiente".

En interpretación de los preceptos legales y reglamentarios aplicables, la sentencia de esta Sala y Sección de 16 de mayo de 2011 recaída en el recurso de apelación 785/2010 contiene las siguientes consideraciones: "**SEGUNDO.-Sobre el equilibrio financiero de la concesión en general. Ius variandi de la Administración: inexistencia de la incidencia sobre la globalidad del contrato.**

Con carácter general el artículo 99 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas -hoy derogada-, a la que quedaba sometido el contrato litigioso, establecía que la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144. En consecuencia, el contratista asume los riesgos inherentes al contrato. Como señala la STS de 30 de abril de 1999 el principio de riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (o incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, de lo que se infiere que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejecución.

Ahora bien, el art. 163 de la Ley 13/1995 también señalaba que "el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca", añadiendo el artículo 164 en cuanto a la modificación y sus efectos, lo siguiente: "1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. 2. 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. 3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos".

Por otro lado, de forma más detallada se refiere a la necesidad de mantener el equilibrio financiero durante la vigencia de la concesión administrativa el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, señalando el art. 126.2 b) que: " 2. En el régimen de la concesión se diferenciará: b) la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial", fijando el art. 127.2 del citado Decreto como obligación de la Corporación no sólo la de mantener el citado equilibrio sino que incluso se refiere a los medios con los cuales mantener dicho equilibrio en relación con las causas que pueden provocar el mismo, y lo verifica en los siguientes términos: " 2. La Corporación concedente deberá:...2º) Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) Compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución. b) Revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión". Y el art. 128.3 2º del mismo Decreto reconoce, entre otros, como derechos del concesionario: "2º) Obtener compensación económica que



mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias que se refieren los números 2º, 3º y 4º del párrafo 2 del artículo anterior".

En el mismo sentido el artículo 163.2 del 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 -hoy derogado- al disponer que " 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 pues, el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser objeto de una interpretación tan rigurosa que excluya la responsabilidad de la Administración en otros supuestos, además del de fuerza mayor, como ocurre en el caso en que la conducta de la Administración haya provocado una mayor onerosidad para el contratista, con quiebra del principio de equilibrio financiero. La jurisprudencia viene reconociendo la derogación del principio de riesgo y ventura del contratista en virtud de la aplicación de los principios "rebus sic stantibus", el enriquecimiento injusto y del riesgo imprevisible.

En este sentido 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 y aplicada tanto en los supuestos de (1) la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, como (2) del llamado "hecho del príncipe" (actuación indirecta secuenta a la adopción por cualquier Administración o ente público de medidas administrativas sociales o económicas de carácter general, acordadas al margen del contrato pero con una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario), como, en fin, (3) del ejercicio del "ius variandi" (actuación unilateral y directa de la Administración contratante modificando las condiciones u objeto del contrato en perjuicio del contratista o concesionario), ha de relacionarse con el citado principio de "riesgo y ventura" ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa.

En el presente caso la actora funda su reclamación en que se ha producido un desequilibrio económico en cuanto ha visto incrementado el coste de la explotación por la incorporación al servicio y consiguiente entrada en funcionamiento de dos nuevas instalaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Valladolid, consistentes en la construcción del nuevo depósito de Contiendas, que entró en funcionamiento en abril de 2002, y por la instalación en junio de 2006 en la E.T.A.P. Las Eras de filtros de carbón activo para mejorar el servicio público.

Por lo tanto, no es necesario acudir a la teoría de la ruptura del equilibrio financiero por la aplicación de la doctrina de la imprevisión o riesgo imprevisible, ya que aquélla es consecuencia en este caso del ejercicio del "ius variandi" entendido como una de las típicas potestades exorbitantes de la Administración en materia contractual que puede ejercitarse por ésta siempre que en el curso del contrato administrativo surjan necesidades nuevas o causas imprevistas, siendo el único requisito necesario para la modificación del contrato la existencia de razones de interés público. En tales casos el contratista está obligado a soportar la modificación del contrato impuesta por la Administración porque así lo exige el interés público el cual, en el caso de los contratos de gestión del servicio público, reside en la más eficaz prestación del servicio a los ciudadanos, si bien esta potestad de modificación del contrato que la ley concede a la Administración por razón del interés público y por el que aquélla tiene que velar, tiene su contrapartida en el derecho del concesionario a ser indemnizado por el desequilibrio económico que esa modificación le ocasione, como hemos visto.

La aplicación de las consecuencias indemnizatorias previstas en la normativa ha sido contemplada en diversas sentencias del Tribunal Supremo, referidas con carácter general a la obligación de efectuar las compensaciones precisas para mantener el equilibrio financiero, como es la 19 de septiembre de 2000, para la cual el equilibrio económico de las concesiones "merece la constante atención de la jurisprudencia de la Sala, especialmente en sentencia de 18 de enero de 1984 y las sentencias de 12 de junio de 1978, 6 de junio de 1975, 5 de marzo de 1982, 13 de marzo y 23 de noviembre de 1981 y 23 de diciembre de 1980", recordando la STS de 16 de mayo de 2008 que "en palabras de la de fecha 24 de diciembre de 1997, el riesgo que asume el contratista 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".

De lo hasta aquí expuesto podemos extraer una primera consideración en relación con la alegación formulada por el Ayuntamiento demandado acerca de que ni el informe pericial de parte aportado con la demanda, primero, ni el pericial judicial emitido en el proceso, después, ponen de manifiesto la existencia de un déficit en la concesión derivado de la ruptura del equilibrio económico como consecuencia de las nuevas instalaciones, no refiriéndose ninguno de los informes a la situación económico financiera de la empresa, y es que, sin embargo, esta exigencia



es predicable en todo su alcance respecto de los supuestos de imprevisión o riesgo imprevisible pero no en casos de ejercicio del "ius variandi" por la Administración contratante.

En efecto, cuando se trata de la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" o riesgo imprevisible -conurrencia de circunstancias o alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y graves no imputables a ninguno de los contratantes- es necesario que el concesionario acredite que se ha roto el equilibrio económico financiero de la concesión poniendo en peligro la continuidad del servicio, tratándose de una doctrina que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas, por lo que es necesario en cada caso concreto acreditar que el desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación, de suerte que, ciertamente, la incidencia del incremento en un determinado coste -por mor, se insiste, de una circunstancia no imputable a ninguno de los contratantes- habría de examinarse respecto de la globalidad del contrato ya que un determinado factor puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo, pudiendo en su caso simplemente determinar que el beneficio no alcance el margen calculado por el contratista, más esta circunstancia no autorizaría sin más a concluir acerca de la situación "desproporcionadamente lesiva" para el contratista.

Ahora bien, este examen sobre la globalidad del contrato -lo que el Ayuntamiento denomina situación económico financiera de la empresa, con obligación de llevar contabilidad separada de la gestión de la concesión (apartado 15 del Pliego, f.118), vinculándola a la economía de ésta- no es exigible con tal intensidad cuando del ejercicio del "ius variandi" se trata, pues, a diferencia del supuesto anterior, aquí nos encontramos ante una modificación que deriva de una orden de la propia Administración contratante y como tal externa al contratista, generalmente imprevisible y obligada para éste, orden que, en consecuencia, ya no forma parte del ordinario riesgo y ventura propio de cualquier contrato y que no tiene por qué asumir, siendo la Administración quien como titular del servicio y en ejercicio del ius variandi que legalmente tiene atribuido la que ha de compensar adecuadamente a dicho contratista por el desequilibrio económico que le ocasione. De hecho, el artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al concretar la obligación de éstas de mantener el equilibrio financiero de la concesión en los supuestos de concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, sin mediar modificación, exige la ruptura, en cualquier sentido, de "la economía de la concesión", mientras que cuando se trata de modificaciones con trascendencia económica que la Corporación ordenare introducir en el Servicio (artículo 163.3 de la Ley 13/1995), en principio bastará con que tales modificaciones "incrementaren los costos o disminuyeren la retribución".

En este sentido hemos de significar de antemano la esencial coincidencia entra el artículo 127.2 del RSCL y el artículo 9.2 c) del Pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión que aquí nos ocupa, precepto éste sobre el que la actora funda en esencia su reclamación y que el Ayuntamiento demandado considera inaplicable al caso, en cuya virtud, "Son derechos del concesionario:... c) Obtener la adecuada compensación económica para mantener el equilibrio económico de la concesión, en el supuesto de modificaciones del Servicio impuestas por la Corporación que supongan aumento de los costes o disminución de la retribución...", todo lo cual arrastra este primer motivo de oposición a la demanda aducido por el Ayuntamiento en contestación y en conclusiones, y reproducido en la apelación formulada contra la sentencia de instancia".

Hasta aquí nuestra sentencia de 16 de mayo de 2011 cuyas consideraciones acerca de la inexigibilidad de la incidencia sobre la globalidad del contrato en supuestos del ejercicio del ius variandi por la Administración -incidencia cuya falta de acreditación supuso el rechazo en la instancia de la pretensión indemnizatoria de la concesionaria-, conllevan, con el alcance que se dirá, la estimación de la apelación al ser claro que nos encontramos ante una modificación unilateral por el Ayuntamiento del contrato de concesión consistente en este caso en dar de baja de facto dos contratos de suministro de un abonado cuyas significativas tarifas fueron en su día tenidas en cuenta, como ingresos, en la oferta formulada por la concesionaria, y sin que a ello se oponga:

a) El argumento de que el estudio de viabilidad económica del concesionario estimaba un porcentaje de impagos sin demérito del equilibrio económico del 10% ya que, de un lado, el porcentaje de impagados que la concesionaria asumió como coste (dotación de insolvencias o provisión de impagados) fue el 1,5%, y no el 10% invocado por el Ayuntamiento y, de otro, que una cosa es una previsión de cobros imposibles, por ejemplo, por insolvencia del abonado tras vía de apremio, y otra la ulterior exención de un inicial abonado por decisión unilateral del Ayuntamiento.

b) El tenor de la cláusula 22ª del Pliego, cuyo contenido ha de ser interpretado de acuerdo con la propia cláusula 24ª sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato en supuestos de actuaciones del Ayuntamiento y, señaladamente, con arreglo a los preceptos legales y reglamentarios ya expuestos, debiendo



insistirse en que tanto la inicial inclusión de la Junta Vecinal de Navatejera como abonado a considerar por los licitadores, como su ulterior exclusión como obligada al pago, son decisiones exclusivamente imputables al propio Ayuntamiento demandado.

Ni c) En fin, el hecho de que las tarifas hayan sido actualizadas con arreglo a las previsiones contenidas en el Pliego pues ello no es sino el desarrollo ordinario de la relación contractual, cuestión por completo ajena a la aquí discutida.

En definitiva, procede la fijación de la compensación en las cantidades dejadas de percibir por la concesionaria, si bien minoradas en el 1,5% de provisión de insolvencias a que nos acabamos de referir, lo que arroja un importe indemnizable de 366.411,96 €." (fundamento de derecho segundo)

TERCERO.- Sobre el ejercicio del *ius variandi* en interés público.

De los hechos que nos viene fijados de la sentencia de instancia, recogidos con más detalle en el fundamento transcrito, y que, por lo demás, no son controvertidos por las partes, resultan los siguientes datos relevantes para la resolución del litigio:

- Entre los abonados al servicio municipal de abastecimiento de aguas del Ayuntamiento de Villaquilambre se encontraba el pabellón polideportivo a nombre de la Junta Vecinal de Navatejera, cuyo suministro estaba incluido en la documentación aportada por el Ayuntamiento para la licitación del servicio.

- Ante los impagos reiterados de los recibos correspondientes la concesionaria Aquona reclamó al Ayuntamiento que reclamase por vía ejecutiva los recibos impagados. El Ayuntamiento optó sin embargo por excluir del pago de tales recibos a la mencionada Junta Vecinal. La cantidad adeudada ascendía a 366.411,96 euros.

Pues bien, tal como señala la Sala de instancia, la controversia jurídica a resolver es si esta decisión del Ayuntamiento de eximir del pago a la referida Junta Vecinal de las facturas debidas a Aquona constituye un ejercicio del *ius variandi* de la Administración municipal que altera de manera relevante el contrato y debe ser indemnizado, como alega la mercantil actora en la instancia y admitió la sentencia recurrida, o si en virtud de una apreciación global del criterio del equilibrio concesional ha de entenderse que la ruptura del mismo ha de ser acreditada fehacientemente por el concesionario, como sostiene el organismo municipal.

La normativa general aplicable es la siguiente:

- Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, Ley 30/2007, de 20 de octubre, en su redacción inicial, vigente entre 30 de abril de 2008 y 5 de marzo de 2011)

" **Artículo 194. Enumeración.**

Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta."

" **Artículo 258. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.**

1. La Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

2. 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.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.



c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente."

- Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales (RSCL, Decreto de 17 de junio de 1955)

" Artículo 127.

1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1.ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

- a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y
- b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.

2.ª Fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación.

3.ª Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestare o no lo pudiese prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo.

4.ª Imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere.

5.ª Rescatar la concesión.

6.ª Suprimir el servicio.

2. La Corporación concedente deberá:

1.º Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente.

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.

3.º Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si ésta se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario.

4.º Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio."

- Cláusulas administrativas particulares de la concesión:

" Cláusula 22. Tarifas del servicio y equilibrio económico de la concesión

El equilibrio económico de la concesión se produce cuando el concesionario, con las tarifas que haya aplicado a los consumos facturados a los abonados, haya cubierto el conjunto de gastos de explotación que incidan en la prestación del servicio, así como los gastos financieros generados por las inversiones realizadas, o las aportaciones realizadas por el concesionario y cualquier otro concepto que conforme los costes de los servicios.

Las tarifas del servicio durante el año 2010 serán las que figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y se revisarán al principio de cada año. Los licitadores, por el mismo acto de presentación de la proposición, asumen explícitamente que con estas tarifas se logra el equilibrio económico de la concesión, y no se podrá invocar con posterioridad y durante la concesión otras causas de ruptura de este equilibrio económico que no sean causas de fuerza mayor o variaciones sustanciales de las circunstancias técnicas del abastecimiento, o del saneamiento.



Dado que está prevista una actualización de la tarifa en 1,5 % (excluido el IPC), para el primer año, en el caso de que el adjudicatario en su oferta, haya presentado una reducción a este incremento, deberá ingresar, junto con el canon variable, la diferencia entre la tarifa aplicada y la tarifa resultante de su propuesta.

El Ayuntamiento se reserva el derecho de dar el tratamiento jurídico que considere conveniente a las tarifas, pudiendo considerarlas ingreso de derecho privado."

" Cláusula 24. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico

El Ayuntamiento, en cumplimiento de lo que establece el artículo 258 de la LCSP, deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las definidas en el artículo 214 de la LCSP y que se detallan a continuación:

-Los incendios ocasionados por la electricidad atmosférica.

-Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como sismos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de tierra, inundaciones y similares.

-Los destrozos ocasionados violentamente en tiempos de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

El Ayuntamiento, con esta finalidad, podrá habilitar, si cabe, la correspondiente partida de gastos en el presupuesto ordinario del ejercicio siguiente."

La interpretación sistemática de las normas y preceptos reseñados muestra una regulación coincidente que nos lleva a desestimar el recurso de casación del Ayuntamiento de Villaquilambre. No cabe duda de que el equilibrio concesional es un principio rector de la contratación administrativa reconocido en nuestra legislación, la cual también contempla, como no podía dejar de ser, diversas alteraciones que pueden ocurrir en la vida de un contrato concesional y las consecuencias que derivan de tales eventualidades.

En el caso de autos nos encontramos con una modificación directa de las características del servicio por parte de la Administración contratante, al eximir del pago de los recibos por el suministro de agua concesional a un cliente cualificado, como sin duda habría que calificar al polideportivo, alteración que con toda claridad ha de conceptuarse como un ejercicio del *ius variandi* de la Administración por razones de interés público contemplado en los artículos 194 y 258.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, el artículo 127.1.1ª del RSCL y la cláusula 24.a) de las condiciones particulares de la concesión.

Tampoco ofrece mucha duda que se trata de una alteración que por su naturaleza y relevancia queda comprendida en los supuestos que obligan a la Administración a indemnizar al concesionario y restablecer con ello el equilibrio concesional, sin necesidad de cuantificar la pérdida ocasionada y hacer un balance para comprobar si se ha roto dicho equilibrio. En efecto, la privación al concesionario de un consumidor cualificado, que se supone que habría de proporcionar una mayor rentabilidad por su elevado consumo y con el que contaba la recurrente al concursar para prestar el servicio, cabe con toda lógica en el supuesto previsto en el artículo 258.4.a) de la LCSP, según el cual la Administración debe restablecer el equilibrio concesional cuando modifica por razones de interés público "las características del servicio contratado". Asimismo, el supuesto encaja en el artículo 127.2.2º.a) del RSCL, pues no cabe duda de que se trata de una modificación que disminuye la retribución del concesionario. Finalmente, el supuesto legal está recogido fielmente en la cláusula 24.a) de las condiciones particulares que prevé que el Ayuntamiento "en cumplimiento de lo que establece el artículo 258 de la LCSP deberá restablecer el equilibrio económico del contrato [...] cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado".

La Sala considera, en efecto, que entre las características del servicio contratado, en el caso presente el suministro municipal de aguas, hay que contar el número y perfil de los usuarios a los que se va a prestar dicho servicio y, en ese sentido, la supresión de un consumidor cualificado supone una alteración relevante del servicio a prestar. Por ello, esa decisión del Ayuntamiento, que adopta por estimarla más conveniente para el interés público, implica una modificación del equilibrio concesional que ha de ser indemnizada al margen de las concretas cuentas de la gestión de la concesión y del riesgo y ventura del concesionario.



Debemos descartar, por último, el argumento del Ayuntamiento de Villaquilambre basado en la interpretación de la cláusula 22 de las particulares de la concesión. Según el párrafo primero el equilibrio concesional se produce cuando las tarifas cubren los gastos de explotación, los gastos financieros y las inversiones y aportaciones efectuadas por el concesionario, añadiendo una cláusula final abierta sobre cualquier otro concepto que conforme los gastos del servicio. Pero hay que tener en cuenta también que cualquier contratista al hacer su oferta comprende, además de los referidos costes del servicio, un beneficio, que sin duda puede ser mayor o menor, o incluso no existir o incurrir en pérdidas, en función de las circunstancias de toda índole que puedan acaecer a lo largo del contrato, y en eso consiste precisamente el riesgo y ventura del contratista. Pero ese riesgo y ventura no puede comprender una intervención unilateral de la Administración contratante modificando aspectos relevantes del contrato que incidan directamente en los resultados económicos de la prestación del servicio, pues ello sería tanto como admitir que la Administración puede modificar a voluntad las características del contrato siempre que el contratista no acreditase que incurría en pérdidas respecto a los costes del servicio, lo que constituye una interpretación manifiestamente desviada de la referida cláusula. El riesgo y ventura del contratista en los términos que marca el párrafo primero de la cláusula 22 no altera el equilibrio concesional, pero sí lo hace una intervención de la Administración municipal que quede comprendida en el apartado a) de la cláusula 24 (y en el art. 258 LCSP), esto es una modificación unilateral de características relevantes del servicio contratado.

CUARTO.- Conclusión y costas.

En atención a las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Villaquilambre contra la sentencia de 10 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (Sección Tercera).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace especial pronunciamiento de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Villaquilambre contra la sentencia de 10 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (Sección Tercera) en el recurso de apelación 348/2020.
2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. No imponer las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.