



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de... solicita del Departamento de Asistencia a Municipios, mediante escrito de fecha 13 de octubre pasado y registro de entrada en Diputación el día 18 del mismo mes, la emisión de un Informe acerca de si el Ayuntamiento *“debe o no atender el requerimiento de la empresa..., que pretende que [la] Corporación se haga cargo de manera íntegra de las facturas que se generan ‘por retirada de lodos’ [de la depuradora]”*, que la citada empresa viene realizando a su costa, lo que, según ésta, le genera un desequilibrio económico en la concesión.

A tales efectos, la primera autoridad municipal nos remite, sendas copias del contrato suscrito, en su día, con la citada mercantil, así como, de la modificación introducida en el mismo en el año 2005, además de otras copias de documentos obrantes en el expediente, como son, el recurso de reposición planteado por la citada mercantil, el pliego de bases generales técnico-económicas que habrán de regir la contratación – si bien, en este caso, se omite el contenido de las páginas pares –, e informe de la Secretaría, en el que se examinan determinados aspectos de la evolución habida en la relación contractual entre el Ayuntamiento y la citada mercantil, al tiempo que se efectúa un análisis crítico del contenido del mencionado recurso de reposición, tanto en lo que respecta a la forma de presentación y exigencia de pago de la factura controvertida, como en lo relativo al planteamiento de fondo del supuesto desequilibrio financiero de la concesión, producido como consecuencia de la aplicación de la nueva normativa de gestión de residuos por gestores autorizados, en cuya alegación el concesionario no parece, sin embargo, tener en cuenta los incrementos de tarifas aprobados a raíz de la modificación del contrato efectuada en el año 2005.

Con tales antecedentes documentales, y como quiera que, a pesar de haberse solicitado por correo electrónico que se completara el contenido del mencionado pliego de condiciones, éste, finalmente, no pudo ser completado, al reiterarse de nuevo el envío de las mismas páginas remitidas con anterioridad, y con el fin de no demorar aún más la redacción del presente Informe, vista la documentación facilitada por el Ayuntamiento, y una vez consultada la doctrina jurisprudencial y la legislación



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

considerada de aplicación al caso que, en su momento, se citará, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

La empresa concesionaria, en su recurso de reposición contra la negativa del Ayuntamiento a atender la factura presentada al cobro por el transporte y retirada de lodos de la EDAR, arguye, en síntesis, el incremento producido en los últimos años en los costes de explotación del servicio objeto de la concesión, como consecuencia de haber tenido que efectuar a su cargo no solo la redacción del preceptivo Plan de Gestión de lodos, sino también su ejecución, evitando con ello al Ayuntamiento las sanciones económicas que, en otro caso, hubiera podido imponerle la Comunidad ante el incumplimiento de sus obligaciones legales.

Según la propia empresa, los referidos trabajos de transporte y retirada de lodos habrían venido produciéndole un evidente desequilibrio económico en la concesión, a cuya restauración y reequilibrio estaría obligado el Ayuntamiento, en base a lo dispuesto en las cláusulas 27ª, 28ª y 30ª del Pliego de Condiciones, y como continuación a la política retributiva seguida en ocasiones anteriores por el propio Ayuntamiento, el cual, a raíz de los incrementos producidos en los costes de explotación del servicio objeto de concesión, ya había compensado económicamente a aquélla.

A este respecto, es cierto – como argumenta el concesionario – que el Derecho administrativo local recoge entre sus disposiciones un principio esencial y necesario de mantenimiento del equilibrio financiero de las concesiones administrativas, cuya configuración legal aparece plasmada, básicamente, en los artículos 126.2.b)¹ y

¹ 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.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

127.2.2^{o2} del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL), aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955.

Ahora bien, no es menos cierto que el citado principio tiene, a su vez, un carácter excepcional, en la medida en que, según la regulación reglamentaria citada, parece quedar limitado a los supuestos contemplados específicamente en los apartados a), comprensivo del denominado “*factum principis*”, y b), relativo a la “*teoría de la imprevisión*”, del artículo 127.2.2^o del RSCL, de forma que, más allá de los indicados supuestos, la teoría del equilibrio financiero de la concesión debe ser aplicada con suma cautela, y teniendo presente siempre que, como señala al efecto el artículo 129.4³ del citado RSCL, y ha venido confirmando la doctrina jurisprudencial, en ningún caso los distintos medios retributivos reconocidos a favor del concesionario pueden llegar a garantizar a éste un rendimiento mínimo de la explotación.

Por lo demás, no podemos dejar de señalar que en el ámbito de la contratación administrativa existe también otro principio esencial, según el cual, los contratos, a partir de su perfeccionamiento, resultan inalterables y, consecuentemente, deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y con arreglo a las condiciones establecidas al efecto en los correspondientes Pliegos que les sirvan de base. Y que, según ese mismo principio, las condiciones jurídicas, técnicas y económicas de los referidos contratos solo podrían llegar a modificarse mediante una nueva licitación, salvo supuestos excepcionales previstos de antemano o, como ocurre en el caso de las concesiones, ruptura de su equilibrio económico-financiero como consecuencia de la

² 2. La Corporación concedente deberá:

.....
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 4. Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación, y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

producción de hechos imprevisibles o decisiones administrativas que ordenen al concesionario la introducción de modificaciones en el servicio. Solo en tales circunstancias, previamente acreditadas, y una vez comprobados los posibles perjuicios causados a cualquiera de las partes con el consiguiente beneficio para la otra, estaría justificada la alteración de los contratos, apoyada en la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto.

Así pues, solo en el caso de producirse alguna de las expresadas circunstancias determinantes de la ruptura de la economía de la concesión, como de hecho habría tenido lugar en el presente caso, según la empresa, tras el incremento producido en los costes variables de explotación del servicio como consecuencia de circunstancias imprevistas – cuya estimación, por otra parte, y en lo que a su alcance se refiere deberá hacerse de forma restrictiva, dada su naturaleza excepcional –, solo en tales circunstancias, como decimos, podría resultar justificada la alteración de la retribución inicialmente pactada con el concesionario.

Desde este punto de vista, la cuestión a dilucidar en el presente caso quedaría reducida a determinar si efectivamente se ha producido o no un hecho imprevisible que, en virtud de la “*teoría del riesgo imprevisible*” recogida en el citado artículo 127.2.2º, letra b), del RSCL, autorice al empresario a solicitar la restauración del equilibrio económico-financiero de la concesión, bien a través de la revisión de las tarifas percibidas por éste, bien mediante la adecuación, en su caso, del canon a pagar al Ayuntamiento.

A este respecto, conviene recordar, dado el carácter de concepto jurídico indeterminado atribuible a la expresión “*riesgo imprevisible*”, que la invocada imprevisibilidad nunca puede ser subjetiva, sino que debe estar fundada en criterios más o menos objetivos y racionales y al margen por completo de cualquier consideración sobre si el contratista debió prever o no dicha circunstancia extraordinaria o imprevisible, pues, lo relevante y primordial a tales efectos es llegar a determinar si aquél era racionalmente previsible y, a pesar de ello, el concesionario suscribió el contrato, asumiendo con ello un riesgo cuya materialización no debería, en ningún caso, incidir en las condiciones económicas pactadas. Igualmente, no es ocioso recordar que el negocio concesional se apoya sobre la búsqueda de la igualdad entre las ventajas



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

que se conceden al concesionario y las obligaciones que se le imponen; ventajas y obligaciones que deben compensarse entre sí y servir de contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previsibles de aquél.

Por otra parte, como han puesto de manifiesto algunos autores, críticos con el principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, habría que dejar a cargo del concesionario lo que ha venido en denominarse *“el alea normal del contrato”*, esto es, la pérdida o el beneficio que en circunstancias normales hubieran debido preverse, ya que, como apuntábamos más arriba al citar el artículo 129.4 del RSCL, no puede pensarse en un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y su consiguiente traslado a la Administración, lo que vendría a suponer un desequilibrio en sentido inverso, contrario a los intereses públicos y a los principios de justicia.

Del mismo modo, como dice la Sentencia, de 17 de febrero de 2004, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Fundamento de Derecho Cuarto, *“(…) no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias”*. Según la referida Sentencia, subsiste, por el contrario, la necesidad de comprobar, caso por caso, si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente.

SEGUNDO

Hechas las consideraciones de carácter doctrinal que anteceden, veamos ahora su aplicación al caso controvertido. En este sentido, como nos recuerda la parte recurrente, citando al efecto la base 30ª del Pliego, el Ayuntamiento se habría comprometido *“a mantener, en todo momento, el equilibrio económico de la concesión [..]”*; equilibrio que, según el propio concesionario, se habría visto alterado como consecuencia de los mayores costes asumidos por él tras la aplicación del nuevo régimen de retirada de lodos; por lo que concluye afirmando que, en tales circunstancias, el Ayuntamiento vendría obligado a restaurar el quebrantado equilibrio financiero de la concesión.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Pues bien, aún reconociendo la existencia del compromiso formal adquirido, así como, la hipotética aplicación al caso de la *“teoría del riesgo imprevisible”*, de la argumentación contenida en el escrito de recurso no puede deducirse, a priori y de manera ineludible, el nacimiento para el Ayuntamiento de una obligación consistente en que éste deba hacerse cargo del incremento habido en una parte de los costes variables del servicio. A cuyos efectos, bastaría con la presentación de la factura que, a decir de la empresa concesionaria, además de acreditar los mayores gastos en que podría haberse incurrido, serviría como elemento de prueba que ratificaría, a su vez, la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Sin embargo, el planteamiento anterior no puede admitirse de entrada, como tampoco puede admitirse el proceder unilateral de la empresa consistente en la presentación al cobro de una factura por los trabajos extraordinarios realizados, según ésta, al margen de sus obligaciones como concesionaria, dando por hecho que su pago correspondería en último término al Ayuntamiento. Entre otras razones, porque la alteración del equilibrio invocado, además de tenerse que acreditar previamente a través del oportuno procedimiento administrativo – a fin de constatar la efectiva realización de los citados gastos y su incidencia sobre el mencionado equilibrio –, solo resultaría admisible tras un análisis del resultado económico global de la concesión; es decir, considerando ésta no solo desde el punto de vista exclusivo del incremento de gastos invocado, sino en su conjunto, para lo cual habrán de tenerse en cuenta también, tanto la posible reducción de otros gastos, como la mejora de los ingresos inicialmente previstos.

En definitiva, y en base a los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, el Ayuntamiento no tendría por qué hacerse cargo del importe de la factura presentada por la empresa concesionaria del servicio, al menos, hasta que concluido el oportuno procedimiento administrativo tramitado al efecto, quedare convenientemente probado que, efectivamente, durante la ejecución del contrato han concurrido *“circunstancias sobrevenidas e imprevisibles”*, a consecuencia de las cuales se ha producido la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión. Por consiguiente, en tanto las mencionadas circunstancias concurrentes no sean calificadas, precisamente, como sobrevenidas e imprevisibles – que no imprevistas –, así como, probada la ruptura del



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

referido equilibrio económico-financiero como consecuencia directa de aquéllas, no nace para el Ayuntamiento obligación alguna que le lleve a tener que hacerse cargo del importe de la factura exigido unilateralmente por la empresa.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de apuntar que, en el caso de que fuera cierto lo que la empresa concesionaria arguye, en el punto SEGUNDO, *in fine*, del recurso de reposición, en el sentido de que, “*previo acuerdo entre las partes*”, se han venido girando otras facturas anuales al Ayuntamiento por el mismo concepto de retirada de lodos de la depuradora, además de la hipotética existencia del expresado acuerdo – del que no tenemos ninguna otra información, como tampoco la tenemos de su posible alcance y extensión –, con dicha forma de actuar el Ayuntamiento habría sentado un peligroso precedente, cuyo desconocimiento actual, si finalmente se decide no pagar el importe de la factura exigida por el concesionario, le obligaría a tener que motivar y justificar el cambio de criterio.

Es cuanto me corresponde informar al respecto, advirtiendo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones vertidas en el mismo se someten a cualesquiera otras mejor fundadas en derecho, ya que no pretenden, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 7 de noviembre de 2011.