

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

APELACIÓN NÚMERO N° 669/2015

Recurso n° 441/2013

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE SEVILLA

REGISTRO	 AYUNTAMIENTO DE OSUNA
	26 MAYO 2016
	ENTRADA 3219

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente:

DON JULIÁN MANUEL MORENO RETAMINO

Ilmos. Sres. Magistrados:

DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURAN.

DON EUGENIO FRÍAS MARTÍNEZ

En la ciudad de Sevilla, a once de mayo de dos mil dieciséis. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto la apelación referida en el encabezamiento, interpuesto por **ACCIONA AGUA SAU.** , representada por la procuradora Sra Muñoz Martínez y

defendida por el Letrado, contra Sentencia dictada por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE SEVILLA, en fecha 1 de junio de 2015. Ha sido parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE OSUNA**, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos Sr. García Carvajal.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n° 6 de Sevilla, se dictó Sentencia en el recurso N° 441/2012, que contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contenciosos administrativo interpuesto contra la resolución estimatoria parcial de la solicitud de desequilibrio económico financiero"

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por **ACCIONA AGUA S.A.** y tramitado el mismo de acuerdo con lo establecido en la Ley, se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.

TERCERO.- Al no solicitar las partes la práctica de prueba, ni la celebración de vista o presentación de conclusiones, la Sala dejó conclusos los autos para dictar Sentencia. Se señaló para votación y fallo el día 9 de mayo del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURÁN**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La entidad apelante después de reiterar los argumentos de la demanda y realizar una explicación de los conceptos de la reclamación por desequilibrio alega como motivos de la apelación:

- Vulneración del artículo 50.5 del Pliego de Condiciones y error en la valoración de la prueba.

- Error en la valoración de la prueba en relación con la plasmación en el informe pericial de las actualizaciones de las tarifas.

-Error de valoración de prueba del informe pericial.

- Error en la valoración de prueba en relación con el consumo gratuito de las dependencias municipales.

- Error en la valoración de la prueba en relación a las obras ejecutadas por el Ayuntamiento de Osuna.

-Error en la valoración del informe de Intervención. Por ello insta a la Sala para que considere el desequilibrio económico financiero en la concesión durante 2011 y 2012, por importe de 875,577,61 euros, cantidad resultante de restar los 107.369,39 euros reconocidos por la demandada y motivado por: la subida del precio de compra del agua en origen, impago del canon de mejora, sobre coste en suministro municipal, subida del coste de electricidad, personal, morosidad, amortización, ingresos y otros, que ha quedado suficientemente acreditado con el informe pericial que sirvió de base para dicha reclamación.

SEGUNDO.- La Sentencia impugnada, después de rechazar la falta de legitimación activa alegada por el Ayuntamiento demandado y reproduciendo parcialmente el informe pericial de parte que sustenta la reclamación y el del Interventor Municipal, da

mayor validez a éste último y a tenor del artículo 50.5° del Pliego que dice " el equilibrio económico de la concesión se producirá cuando el concesionario, con los ingresos del Servicio, haya cubierto el conjunto de gastos de explotación que inciden en la prestación del servicio, la recuperación del capital invertido y sus retribuciones o las aportaciones realizadas por el concesionario", considera que se deben comparar ingresos y gastos reales, y no cifras reales de la explotación con una proyección de cifras estimativas presentadas en la Oferta de 2001 que es lo que hace el informe aportado por la actora, y que además no ha tenido en cuenta las actualizaciones de tarifas que se han venido realizando. Y no consta que dicho informe se base en información real entre ingresos y gastos de la cuenta de explotación de agua y alcantarillado específico de la concesión de aguas de Osuna y utiliza cifras distintas y contradictorias entre si. Es decir, la concesionaria no ha probado la existencia de una ruptura en el equilibrio económico financiero en la cuantía reclamada.

TERCERO- Planteados en estos términos la presente apelación, estimamos que no existe ni infracción del artículo 50.5 del pliego , ni error en la valoración de la prueba en relación a cada uno de los conceptos que según la actora provocan el desequilibrio. Son circunstancias ajenas a la voluntad del concesionario e imprevisibles, las que según el pliego pueden provocar una alteración económica de la concesión, por lo que es necesario conocer los ingresos del servicio y los gastos reales desglosados y justificados, en suma la cuenta de explotación individualizada correspondiente al Municipio de Osuna, que no fue aportada al expediente administrativo, considerando el juez que la referencia a ella que efectúa el informe pericial aportado para sustentar la reclamación es insuficiente.

Ante la falta de dicha documentación no es posible acreditar el desequilibrio contractual, que según la Jurisprudencia citada requiere ser probado y ser lo suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumida en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación.

Por otro lado aparece con toda claridad que se desestima la pretensión al acoger los argumentos del informe del Interventor que se reproduce en la sentencia, llegando a la conclusión que el mismo desvirtúa la reclamación solicitada por la actora al no existir el desequilibrio económico en la concesión.

CUARTO. - Nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público de larga duración, y aunque la incidencia del principio de mantenimiento del equilibrio económico juega un papel determinante, dicho principio hay que entenderlo en los justos términos y para ello hay que hacer referencia obligada a otros dos principios presentes en la contratación pública: primero el riesgo y ventura del contratista; segundo el principio "pacta sunt servanda" según el cual el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es ley entre las partes y las modificaciones deberían obedecer a razones de interés público. Así el art 162 del texto Refundido 2/2000 de 16 de junio establece el derecho a las contraprestaciones económicas derivadas del contrato y su revisión en los términos que el propio contrato establezca y el 163 dispone la revisión de tarifas por razones de interés público. Por su parte el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en su art. 127.2 b) para mantener el equilibrio financiero de la concesión... Revisará las tarifas y subvención cuando, aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinasen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión, y añade el 152.3 cuando se produjera el desequilibrio en la economía

de la empresa o concesión por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro”.

QUINTO Es por tanto una cuestión de prueba, de esas circunstancias sobrevenidas o imprevisibles y de que las mismas han provocado la ruptura del equilibrio, sin que podamos considerar error en la valoración de prueba sobre la apreciación del juez referida al informe pericial de parte por omisión de las actualizaciones de las tarifas, ya que, si bien en el informe por ejemplo cita dentro de los ingresos del servicio la cuota de alcantarillo, no analiza la incidencia de las subidas de tarifa de alcantarillado en función de los metros cúbicos de agua consumidos, que si están contemplados en el informe del Interventor Municipal.

Pues bien analizando los documentos remitidos y las circunstancias que concurren en el contrato debemos a priori considerar que el incremento de gastos de personal, electricidad y otros son gastos de explotación cuya actualización se ajusta a lo previsto en la oferta y han sido contempladas en las revisiones de tarifas anuales por el Ayuntamiento de Osuna, no pudiendo considerarse como circunstancias de riesgo imprevisible, sino de cumplimiento de un contrato basado en unas cláusulas que dan lugar a una oferta que después se asume en el contrato.

Esto mismo cabría decir del incremento del precio del agua en origen, aunque como el propio Ayuntamiento ha admitido respecto al año 2012 por dicha circunstancia una compensación por la ruptura, debemos analizar si esa subida que la actora cifra en 827.351 euros período 2011 2012 tiene una base real, ha sido imprevisible y ha alterado el equilibrio económico de la concesión.

Y aunque efectivamente está probado el incremento del precio por encima de las previsiones de la oferta que lo cifraba en el 1%

no se produce el desequilibrio según el Pliego y los preceptos citados que queda desvirtuado por los datos del Informe del Interventor.

Además la ausencia de la cuenta de explotación individualizada del servicio sobre los resultados de ingresos y gastos reales, como se afirma en la sentencia hace imposible probar que el desequilibrio es en efecto existente, porque el informe pericial ha sido debidamente desvirtuado por el Informe de Intervención y porque ese aumento del precio del agua aún siendo real no puede ser considerado aisladamente para apreciar el déficit tarifario ya que queda compensado por la cuota fija, por los otros bloques de consumo donde la retribución es mayor que el precio de compra. En suma que de los datos obrantes en autos no se puede llegar a otra conclusión que las tarifas anualmente aprobadas permiten la recuperación de los costes establecidos en el contrato de concesión y en el pliego de condiciones y que no resulta acreditado mediante el estudio económico oportuno la ruptura del equilibrio económico de la concesión.

SEXTO.- Tampoco los consumos municipales suponen un sobre coste, ni resulta una circunstancia sobrevenida ya que estaba previsto en el pliego art 46 que establece un volumen mínimo de consumo gratuito para edificios e instalaciones municipales de 80.000 m3 anuales" y en la oferta económica se añadió el volumen de consumo necesario elevando así el mínimo del pliego. Por tanto es a la empresa a quien le corresponde vigilar los suministros que no respondan a la exigencia impuesta en el Pliego. Tampoco el canon de mejora dicho suministro puede ser imputado como sobrecoste ya que tiene correspondencia con la gratuidad del servicio.

Por último el canon de inversiones de 800 millones de pesetas a invertir en los primeros cuatro años era según el Pliego para Infraestructuras Municipales, correspondiendo solo el 25% a

mejoras e infraestructuras Hidráulicas a ejecutar por PIDESA-ONDAGUA, y cuya amortización se realiza a lo largo de 25 años. La certificación municipal acredita que las inversiones se han realizado y que además se ha aprobado un Plan Director en 2013 para mejorar las infraestructuras hidráulicas del Municipio de Osuna. El recurso por tanto debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

SEPTIMO.- Procede la expresa imposición de costas conforme a los criterios regulados en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, aunque limitadas a un máximo de 600 euros conforme al apartado 3 del precepto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por **ACCIONA AGUA SAU. S.A.**, representada por la procuradora Sra Muñoz Martínez y defendida por el Letrado, contra Sentencia dictada por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE SEVILLA, en fecha 1 de junio de 2015., que confirmamos. Con costas (máximo 600 euros.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma, junto con las

actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.