

En Logroño, a 10 de noviembre de 2017, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José M^a Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, y D. José Luis Jiménez Losantos, habiéndose ausentado el Consejero D. Pedro Prusén de Blas, por concurrir en el mismo causa legal de abstención, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad de los asistentes, el siguiente

DICTAMEN

68/17

Correspondiente a la consulta formulada por el Pleno del Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja), a través del Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja, sobre el *expediente, instado por la empresa C.D.T.F.SL, para el restablecimiento del equilibrio económico y la interpretación del contrato de redacción del proyecto, construcción y posterior explotación, en régimen de concesión, del Centro deportivo, con piscina cubierta climatizada y anexo, denominado Casa del Agua.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Único

1. La Consejería de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja ha remitido a este Consejo Consultivo, a petición del Ayuntamiento de Arnedo, el expediente sobre el restablecimiento del equilibrio económico de interpretación del contrato administrativo arriba referido.

El Ayuntamiento de Arnedo, por acuerdo de su Pleno de 14 de enero de 2010, adjudicó a la *U.T.E.C.S.SL – C.C.O.V.SL (QODA) – J.I.G.C.SL*, un contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción, y posterior explotación de un Centro deportivo con piscina cubierta climatizada y anexo, denominado *Casa del Agua* en la misma localidad.

Posteriormente, el 23 de marzo de 2010, el Ayuntamiento autorizó la cesión de la concesión a favor de la mercantil *C.D.T.F.SLU*.

A la vista de las discrepancias surgidas entre el Ayuntamiento concedente y la mercantil concesionaria en punto a la interpretación de ciertas cláusulas del contrato, el Ayuntamiento ha tramitado un expediente para la *“resolución de las incidencias surgidas”*,

que afectan, según el acto por el que se inicia el procedimiento (Providencia de Alcaldía de 27 de febrero de 2017) a *“las aportaciones públicas necesarias para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión y a la aportación concedida con fecha 24 de enero de 2014”*.

2. El expediente remitido a este Consejo Consultivo consta de la siguiente documentación:

-Documento suscrito, el 28 de enero de 2010, entre el Ayuntamiento y la UTE inicialmente adjudicataria, por el que se formaliza el contrato administrativo de concesión de obra pública.

-Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y Pliego de prescripciones técnicas (PPT) aprobados por el Ayuntamiento.

-Escrito de la mercantil cesionaria del contrato, *C.D.T.F.SLU*, presentado el 18 de enero de 2017, por el que interesa del Ayuntamiento que *“se sirva iniciar la tramitación del expediente contradictorio ... en relación con las incidencias surgidas en la ejecución”* del contrato, *“sobre la obligación de realizar las aportaciones públicas necesarias para garantizar la viabilidad económico financiera de la concesión y la aportación concedida con fecha 24 de enero de 2014* (Registro de salida núm. 2014000614, de 24 de enero de 2014). Al escrito, la mercantil acompaña otros seis presentados con anterioridad, entre el 2 de diciembre de 2014 y el 13 de julio de 2016. En el último de ellos, había solicitado que el Ayuntamiento le informara acerca del *“plazo máximo dictar la resolución y notificación del procedimiento incoado en virtud de las solicitudes de 2 de diciembre de 2014, 1 de abril de 2015 y 30 de junio de 2015, indicando los efectos que puede producir el silencio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la citada Ley”*; así como también *“sobre la fecha en que (el Ayuntamiento) va a dictar resolución expresa en relación con las citadas solicitudes”*.

-Providencia de Alcaldía, de 27 de febrero de 2017, por la que, *“visto el escrito presentado”* por el contratista, *“por el que solicita la apertura de un expediente para la resolución de las incidencias surgidas en el contrato administrativo de concesión de obra pública”*, y al amparo de los arts. 194 y 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP'07), dispone *“iniciar procedimiento tendente a la resolución de las incidencias surgidas”* entre el Ayuntamiento y el concesionario; discrepancias que la Providencia de 27 de febrero de 2017 concreta en los términos transcritos con anterioridad.

-Informe, de 6 de marzo de 2017, del Servicio de Contratación del Ayuntamiento.

-Informe, de 16 de marzo de 2017, del Servicio de Deportes del Ayuntamiento.

-Informe de, de 18 de abril de 2017, del Secretario General del Ayuntamiento.

-Escrito de alegaciones, de la mercantil *C.D.T.F.SLU*, de 30 de abril de 2017.

-Informe, de 18 de mayo de 2017, del Interventor accidental del Ayuntamiento.

-Certificado, expedido por el Secretario General del Ayuntamiento, del Acuerdo adoptado, por el Pleno del Ayuntamiento, en su sesión de 27 de julio de 2017, por el que se eleva el expediente, a la Consejería de Fomento y Política Territorial, a fin de que, a través de ella, se recabe el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de La Rioja.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 9 de agosto de 2017, registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Ayuntamiento de Arnedo, a través del Excmo. Sr. Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (en sustitución del Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial, conforme al Decreto 5/2017, de 28 de julio), remite al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 10 de agosto de 2017, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo y su ámbito.

En los supuestos en que la Administración pública ejercite sus prerrogativas de *interpretación, nulidad y resolución* de contratos administrativos, y cuando el contratista haya mostrado su oposición, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Así lo dispone, en la actualidad, el art. 211.3. a) del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RD-Leg 3/2011, de 14 de noviembre, LCSP'11); como, antes, el art. 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP'07); o el art. 59.3 a) del Texto

refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD-Leg 2/2000, de 16 de junio, LCAP'00).

Por su parte, nuestra Ley reguladora 3/2001, de 31 de mayo, recoge, en su artículo 11.i), la preceptividad de nuestro dictamen, en los mismos casos; y, en iguales términos, se expresa el artículo 12.I de nuestro Reglamento orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero. Por lo tanto y como quiera que entre la Administración y el contratista existen discrepancias en cuanto a la interpretación del contrato, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En materias como la que nos atañe, las Corporaciones Locales pueden y deben recabar el dictamen del Consejo Consultivo, de acuerdo –además de con los preceptos ya citados- con el art. 10.2 de la Ley 3/2001 y con los arts. 9 y 39 del Decreto 8/2002, cumpliendo los requisitos establecidos por el art. 40 de éste último, que se consideran adecuadamente satisfechos en este caso.

Segundo

Normativa aplicable al presente expediente

El contrato de cuya interpretación se trata constituye un contrato administrativo típico, de concesión de obra pública, de los previstos por el art. 7 de la LCSP'07, que, como enseguida veremos, es aplicable en este caso.

En efecto, el contrato tiene por objeto la construcción -y posterior conservación y mantenimiento- de un bien inmueble, en este caso, un Centro deportivo con piscina cubierta climatizada y sus anexos en la ciudad de Arnedo. Como contraprestación -y según más adelante se detallará- el concesionario recibe el “*derecho a explotar la obra*” así como el derecho a “*percibir un precio*”. Adicionalmente, el contratista asume la obligación de redactar un proyecto de obras, prestación que también se contempla, como propia del contrato de concesión de obra, por el art. 7.3 LCSP'07.

Con arreglo a la DT 1ª LCSP'07, esta Ley de 2007 resulta de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada en vigor, que se produjo el 30 de abril de 2008 (DF 7ª). En este caso, el contrato cae, sin duda, bajo el imperio temporal de la LCAP'07, pues se adjudicó por Acuerdo del Pleno de la Corporación Local de 14 de enero de 2010, de modo que habrá de estarse a la redacción de la citada LCAP'07, vigente a esa fecha.

En coherencia, la DT 1ª.2 de la vigente LCSP'11 dispone que “*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regularán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior*”.

Igualmente, resulta de aplicación el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01), singularmente sus arts. 109 y ss.

Tercero

Sobre el efecto del transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento

1. Como hemos expuesto en los Antecedentes del Asunto, el Ayuntamiento de Arnedo, por Providencia de Alcaldía de 27 de enero de 2017, a la vista de las discrepancias existentes entre la Administración y el concesionario sobre la interpretación del contrato, dispuso, conforme a los arts. 194 y 195 LCSP'07, la iniciación de un procedimiento administrativo para resolverlas.

Expuesto lo anterior, hemos de analizar si ha transcurrido el plazo máximo del que el Ayuntamiento disponía para resolver dicho procedimiento y, en su caso, los efectos jurídicos que se deriven de tal circunstancia.

2. Sobre la primera cuestión (como ya dijimos, entre otros muchos, en nuestros dictámenes D.9/12 o D.18/16), es preciso recordar el marco legal que rige los plazos de duración de los procedimientos a través de los cuales la Administración pública ejerce sus prerrogativas de interpretar, resolver y modificar los contratos administrativos.

Según el art. 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15) (antiguo art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, LPAC'92), la Administración está obligada a resolver expresamente todos los procedimientos tramitados y a notificarlos, cualquiera que sea su forma de iniciación (apartado 1).

El plazo máximo en que debe notificarse la resolución (más correctamente, ha de hablarse del plazo máximo para resolver y notificar la resolución expresa) «*será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento*» (apartado 2) y, «*cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses*» (apartado 3). El cómputo del plazo debe hacerse, «*en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación*» [apartado 3, letra a)], plazo contado, como es sabido, «*de fecha a fecha*» (art. 5.1 Cc).

Además, en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo sin haber dictado y notificado la resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver. A partir de ahí, cuando se trate de un procedimiento en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se

producirá la caducidad (art. 25.1,b LPAC'15), mientras que, por el contrario: *“en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”* (art. 25.1,a LPAC'15).

Pues bien, la legislación de contratos de las Administraciones públicas no fijó (ni en el LCAP'00 ni en sus Reglamentos de desarrollo, como el RCAP'01 aplicable a este caso) el plazo máximo para adoptar y notificar, en el procedimiento correspondiente, las decisiones de resolver o interpretar un contrato administrativo, debiéndose aplicar, en consecuencia, el plazo supletorio de tres meses.

En este caso, es claro que el plazo de tres meses, computado desde el 27 de febrero de 2017 (fecha en que la Administración local incoa el procedimiento) se cumplió el 27 de mayo de 2017.

3. Por lo que hace a los efectos del transcurso del plazo máximo para resolver, en los supuestos en que el procedimiento se endereza a hacer efectiva la *resolución* del contrato, el transcurso del plazo máximo para resolver supone la caducidad del procedimiento. Ello, al amparo del vigente art. 25.1.b) LPAC'15, que es un trasunto del anterior art. 44.2 LPAC'92. En interpretación de este precepto, la jurisprudencia ha sido unánime al considerar que el agotamiento de dicho plazo, sin que, en tales procedimientos, la Administración dictara una resolución y la intentara notificar al interesado, entrañaba necesariamente la caducidad del expediente, criterio del que es exponente, por todas, la Sentencia, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (STS), de 28 de junio de 2011 (R. Cas. 3003/2009), y del que se ha hecho eco este Consejo Consultivo, por ejemplo, en nuestro dictamen D.8/16.

La situación es diferente, sin embargo, en los procedimientos que se incoan por la Administración con el objeto de interpretar el contrato y resolver las discrepancias que surjan entre ella y el contratista, prerrogativa igualmente reconocida a la Administración por el art. 194 LCSP'07.

En tales casos, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares, de 14 de septiembre de 2016 (Recurso nº 77/2015), no resulta miméticamente aplicable esa doctrina porque:

“...no nos encontramos ante un expediente de resolución contractual, sino que se trata de un procedimiento de interpretación de una cláusula del PCAP, iniciado de oficio por la Administración contratante, ante las dudas y problemas que estaba generando el abono de los gastos correspondientes a los consumos de suministros. Ni se trata de un procedimiento que forzosamente deba ser iniciado de oficio -ya que puede incoarse a petición del contratista- ni tampoco produce efectos desfavorables, sino que, a través del mismo, el órgano de contratación fijó el sentido en el

que debía entenderse la cláusula 15.3.b 5.4 PCAP ...Por consiguiente, el efecto previsto en el artículo 44.2 LCAP no resultaba aplicable al transcurrir el plazo de tres meses previsto en el art. 42.3 LCAP... sino que, en su caso, los efectos serían desestimatorios”.

Y eso es lo que aquí acontece, porque el procedimiento incoado por Providencia de Alcaldía de 27 de febrero de 2017 no está llamado necesariamente a producir efectos desfavorables, o de gravamen, al contratista. Por ello, resulta de aplicación el vigente art. 25.1.a) LPAC '15, de modo que *“los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”*.

4. A la misma conclusión se llegaría si se interpretara que el procedimiento administrativo (para la interpretación del contrato y, en su caso, para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión), se inició a instancia de parte y principió ya con la mera presentación, por la concesionaria, de su escrito de 18 de enero de 2017.

En este sentido, a efectos de una adecuada aplicación del art. 24.1 LPAC'15, debe recordarse que, en los procedimientos de contratación -según ha señalado la Sala 3ª del TS- no rige el silencio positivo, lo que se deriva, primero, *“de su propia naturaleza y de la realidad de la existencia de dos partes contratantes con derechos y obligaciones específicamente delimitadas y concretadas”*; y *“así también se desprende, aunque sea indirectamente, del hecho de que el RCAP'01, en su DA Tercera, sólo declare como procedimiento en el que se aplica la doctrina del silencio positivo, a las solicitudes de clasificación y de revisión de clasificaciones”*.

En materia de revisión de tarifas de concesiones administrativas, el TS ha explicitado también este criterio, entre otras muchas, en su Sentencia de 12 de junio de 2012 (R.Cas. nº 2017/2011), y en las citadas en ella:

“En la Sentencia de este Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 -recurso 8003/2004 - se dijo que en el caso de autos no es aplicable la doctrina del silencio administrativo positivo, pues la determinación de los peajes y tarifas derivados de una concesión administrativa no es otra cosa que un procedimiento en el que se trata de desarrollar y cumplir los derechos y obligaciones de esa concesión, que, al estar obviamente relacionada con el servicio público, y que puede incluso afectar la dominio público se inserta en las previsiones del artículo 43.2 de la Ley 30/92 . Y ello sin olvidar que la materia relativa las concesiones administrativas no es sino una parte de la contratación del Estado; y, para esta materia, el Pleno de esta Sala Tercera, en Sentencia de 28 de febrero de 2007- recurso 302/2004 -, declaró que la contratación administrativa no está sujeta al régimen del silencio administrativo positivo y sí al silencio administrativo negativo ” .

5. Sea como fuere, aunque el concesionario pueda ya considerar presuntamente desestimadas sus peticiones, subsiste sobre la Administración consultante la obligación de resolver el procedimiento (art. 21.1 LPAC'15), si bien, y como es sabido, la desestimación presunta carece de la consideración de acto administrativo, por lo que la Administración,

al dictar resolución expresa extemporánea, podrá hacerlo sin vinculación alguna al sentido del silencio (art. 24.3.b) LPAC'15).

Cuarto

1. Como se ha expuesto en los Antecedentes del Asunto, el Ayuntamiento de Arnedo y la mercantil *C.D.T.F.SLU* están vinculados en la actualidad por un contrato de concesión de obra pública suscrito, el 28 de enero de 2010, entre la Corporación local y una UTE, la cual, posteriormente y previa autorización municipal (conferida por Acuerdo de 23 de marzo de 2010), cedió su posición contractual a la actual concesionaria, la citada mercantil *C.D.T.F.SLU*.

En síntesis, y centrándonos en las prestaciones principales que son objeto del contrato, la concesionaria contrae, en virtud del contrato, la obligación de: i) redactar el proyecto de construcción de un centro acuático (piscina climatizada y sus anexos) de titularidad municipal; ii) construirlo efectivamente; y iii) explotarlo durante treinta años, de acuerdo a las condiciones establecidas por la Administración concedente, titular del bien.

A cambio, el concesionario recibirá: i) una “*aportación pública a la construcción de la obra*”; y ii) el derecho a explotar dicho bien demanial, explotación por la que percibirá los ingresos que se deriven de las cantidades que abonen los usuarios (según el régimen tarifario aprobado por el Ayuntamiento) y que podrán ser complementados por el Ayuntamiento (en concepto de “*aportación pública a la explotación*”) si el número de socios no llega a 1.500.

2. Las tres cuestiones sobre las que se suscitan las dudas interpretativas que motivan la presente consulta son las siguientes:

-Si el Ayuntamiento tiene, o no, obligación de realizar las “*aportaciones a la explotación*” del Centro deportivo que el contrato prevé, mediante el establecimiento de un sistema de subvención de tarifas, para el caso de que el número de socios no alcance los 1.500.

-Si la subida del tipo de gravamen del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) – que está incluido en el precio de los distintos abonos- ha hecho que desaparezca el equilibrio económico de la concesión; y si, por tanto, han de adoptarse, o no, medidas para su restablecimiento.

-Si el Ayuntamiento tiene, o no, obligación de abonar a la concesionaria un millón de euros en concepto de aportación pública a la construcción del inmueble.

Quinto

Sobre la obligación municipal de realizar “aportaciones a la explotación”.

1. Como se ha señalado en el Fundamento anterior, una de las obligaciones que asume la Administración municipal, en virtud del pliego (PCAP) y del contrato, es la de realizar “aportaciones públicas a la explotación” para el caso de que el número de socios no alcance un mínimo que, finalmente, y en el contrato de 28 de enero de 2010, quedó fijado en 1.500.

Al respecto, el PCAP señala en su apartado 3.1.c), (Apartado relativo a los “recursos aportados por la Administración”, subapartado atinente a las “aportaciones públicas a la explotación”, que (las negritas son nuestras):

“El Ayuntamiento de Arnedo realizará aportaciones cuando sea preciso, incluso desde el inicio de la explotación de la obra, para garantizar su viabilidad económico-financiera. Las aportaciones, de conformidad con las previsiones del Estudio de Viabilidad, adoptarán la fórmula de la subvención.

*El Ayuntamiento trata de asegurar una rentabilidad mínima desde el primer año de la concesión mediante el establecimiento de un sistema de subvención a las tarifas. **Los licitadores podrán realizar en sus ofertas las correspondientes propuestas, tomando en consideración que asumirán, íntegra y exclusivamente, el riesgo y ventura de la explotación, siempre que el número de socios se encuentre en el umbral comprendido entre los 1.500 y los 2.500.***

A efectos del cómputo del número de socios/abonados, en casos de “abono familiar”, serán considerados tantos socios como miembros de la respectiva unidad familiar.

Los licitadores, en sus ofertas y conforme al Plan Económico Financiero, podrán proponer la reducción de ambos umbrales.

La Administración satisfará una subvención cuando el número de socios no alcance el mínimo señalado o de la cifra inferior ofertada por el concesionario. La cuantía de la subvención será por importe equivalente a los ingresos dejados de percibir por dicho concepto. A efectos del cálculo de la aportación municipal a la explotación, se dividirá el importe total de los ingresos tarifarios entre el número total de socios en período anual, y el resultado se multiplicará por el número de socios que reste hasta llegar al umbral mínimo ofertado. El importe resultante representará la cuantía de la subvención a la explotación y será abonada durante el primer trimestre del ejercicio siguiente”.

El apartado siguiente, 3.2, regula un “Canon concesional” que percibirá el Ayuntamiento para el caso de que “el número de socios o abonados exceda de 2.500 o de la cifra inferior ofertada por el adjudicatario”; ya que, en tal supuesto, “los ingresos obtenidos por el exceso serán repartidos al 50% entre el Ayuntamiento y el concesionario”. Finalmente, el apartado 3.3 dispone que “el cálculo de la cuantía del canon se regirá por las mismas reglas establecidas para el cálculo de la subvención a la explotación”.

Pues bien, en la medida en que el Apartado 3.1.c) PCAP permitía a los licitadores reducir los umbrales mínimo (1.500 socios/abonados) y máximo (2.500 socios/abonados), el propio PCAP, en su Apartado 7.3.3 (relativo a la “Proposición” que habrían de presentar los licitadores) establece, como una de las “*variables fundamentales de la oferta económica del licitador*”, las “*aportaciones económicas de la Administración a la explotación (subvenciones)*”; y, al respecto, dispone que:

“Los licitadores podrán reducir justificadamente el umbral mínimo de abonados (1.500) y, del mismo modo, podrán reducir el umbral máximo previsto (2.500), que una vez alcanzado determinará la participación de la Administración en los beneficios al 50%, a modo de canon concesional, conforme a lo previsto en las cláusulas 3.1.c) y 3.2. Deberán expresarse con claridad los umbrales previstos para que sean exigibles las ayudas públicas a la explotación o, en su caso, el canon concesional, así como la forma y pagos para su abono, en los términos previstos en este Pliego”.

Por ello, el propio PCAP previó los criterios con arreglo a los cuales habrían de valorarse las ofertas de los diferentes licitadores, primando a quienes ofrecieran una reducción de los umbrales de 1.500 y 2.500 señalados por el PCAP. Así, el Apartado 8.B) (“*Criterios objetivos*” de valoración de las ofertas”), dispuso:

“Reducción de los umbrales mínimo y máximo que determinarán la participación de la Administración en los riesgos y beneficios de la explotación (10 puntos).

Se asignarán 0,02 puntos por cada unidad en que se reduzca el número de abonados a efectos de establecer el umbral mínimo, hasta un máximo de 5 puntos, asignándose la puntuación máxima de puntuación a las ofertas que lo reduzcan en 250 unidades.

Se asignarán 0,02 puntos por cada unidad en que se reduzca el número de abonados a efectos de establecer el umbral máximo, hasta un máximo de 5 puntos, asignándose la puntuación máxima de puntuación a las ofertas que lo reduzcan en 250 unidades”.

2. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el contrato fue adjudicado a la UTE “*J.I.G.C.SL, C.S.*” (cedente del actual concesionario), que, en su proposición económica, no ofertó ninguna reducción del umbral mínimo, aunque podía haberlo hecho, como se acaba de exponer.

Y así, el contrato, a la vista de la proposición del adjudicatario, y al regular las “*aportaciones públicas a la explotación*” (Cláusula 6.3 PCAP), concreta las previsiones del apartado 3.1.c) PCAP en el siguiente sentido:

“La aportación municipal a la explotación revestirá la fórmula de subvención, y se producirá exclusivamente en aquellos casos en que el número de socios, calculado conforme a las reglas de la Cláusula 3.1.c) PCAP, no llegue a la cifra de 1.500”.

En definitiva, el licitador que luego sería adjudicatario ofreció (y la Administración, al adjudicarle el contrato, aceptó) no recibir más aportaciones a la explotación que las que

se produjeran cuando “*el número de socios ... no llegue a la cifra de 1.500*”; número, por lo demás, que había de ser “*calculado conforme a las reglas de la Cláusula 3.1.c) PCAP*”; esto es, teniendo en cuenta que, “*en casos de “abono familiar”, serán considerados tantos socios como miembros de la respectiva unidad familiar*”.

A diferencia de lo acontecido con el umbral mínimo, el concesionario original rebajó en su oferta el umbral máximo pues, como señala la Cláusula Séptima (“*Canon concesional*”):

“En el supuesto que el número de socios, conforme a las mismas reglas de la Cláusula 3.1.c) PCAP, rebase la cifra de 2.250, los beneficios obtenidos por el exceso serán repartidos al 50% entre el Ayuntamiento y el concesionario. La cuantía que, en su caso, resulte, será ingresada en el Ayuntamiento durante el primer trimestre del ejercicio siguiente”.

3. Por otro lado, tanto el contrato como el PCAP pormenorizan los documentos que “*revisten carácter contractual*” y que, por tanto, contribuyen a configurar el contenido del contrato y los derechos y obligaciones que, en su virtud, adquieren y contraen las partes.

Al respecto, el documento por el que se formalizó el contrato, el 28 de enero de 2010, recoge, en su Cláusula Primera, que el adjudicatario, a través de su representante:

“...se compromete a la ejecución del contrato de concesión de obra pública... con arreglo al acuerdo de adjudicación y a la oferta presentada, y demás documentos que figuran en el expediente aprobado por el Ayuntamiento, documentos contractuales que acepta incondicionalmente y sin reserva alguna, de lo cual deja constancia, dando su conformidad en este acto a cada uno de ellos y firmando una copia por duplicado de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que se incorporan como anexos al presente contrato”.

A lo anterior, la Cláusula Primera del contrato añade que:

“A los efectos señalados, en atención a lo dispuesto en la Cláusula 1.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, revisten carácter contractual los siguientes documentos:

- 1. El documento de formalización del contrato.*
- 2. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).*
- 3. El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP)*
- 4. El Anteproyecto de construcción y de explotación aprobado por la Administración.*
- 5. El proyecto de obras que apruebe la Administración.*
- 6. La oferta presentada por el adjudicatario.*
- 7. El Plan Económico-Financiero presentado por el contratista.*
- 8. Estudio de viabilidad aprobado por la Administración.*

Los documentos relacionados se interpretarán, en el supuesto de existir cualquier contradicción, en sus términos, teniendo en consideración el orden de prelación por el que se enumeran, de modo que cada uno de ellos tendrá preferencia y vinculará, durante la ejecución de las obras y hasta que finalice el plazo concesional, a los que le siguen en orden”.

Orden de prelación que es, por lo demás, idéntico al que ya contenía la Cláusula 1.2 PCAP, y con el que tanto el contrato como el PCAP satisfacen la exigencia, establecida por el art. 26.1.e) LCSP'07, según la cual los contratos del sector público han de contener, como mención necesaria.

“La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos”.

Por lo demás, las cláusulas del PCAP forman, en sí mismas, parte integrante del contrato y este debe ajustarse, necesariamente, al contenido del PCAP (cfr. arts. 99.2 y 99.3 LCSP'07).

4. De cuanto acaba de exponerse pueden ya extraerse las siguientes conclusiones, que, a juicio de este Consejo, conducen a rechazar que la Administración haya de abonar al concesionario las *“aportaciones a la explotación”* en razón al número de socios que utilicen el Centro deportivo, a las que se refieren, como hemos visto, la Cláusula 6.3 del contrato y el Apartado 3.1.c) PCAP.

A) Lo primero que debe observarse es que el contrato y el PCAP resultan enteramente coherentes entre sí al precisar el orden jerárquico que se atribuye a unos u otros documentos contractuales.

En efecto, como hemos visto, tanto el contrato como el PCAP disponen que los derechos y obligaciones de las partes se regirán -además de por la LCSP'07 y sus disposiciones de desarrollo- por el documento contractual (que ocupa el primer lugar en orden de prelación), y, en segundo lugar, por el PCAP. Los restantes documentos contractuales, cualquiera sea su contenido, claudican ante aquellos cuando sus términos resulten contradictorios con el de los dos primeros.

B) Tanto el Contrato como el PCAP son igualmente congruentes al regular las *“aportaciones públicas a la explotación”*, pues la Cláusula Sexta del contrato determina, como se ha explicado, que la aportación municipal, *“que revestirá la fórmula de subvención”*, *“se producirá exclusivamente en aquellos casos en que el número de socios, calculado conforme a las reglas de la Cláusula 3.1.c) PCAP, no llegue a la cifra de 1.500”*.

Es obvio, por tanto, que lejos de advertirse contradicción alguna entre ambos documentos, el propio contrato se remite, de modo explícito, a la forma de cómputo de los socios regulada en el Apartado 3.1.c) PCAP.

C) El PCAP, que es el documento contractual que, en última instancia, regula la forma de cómputo de los socios, a los efectos de determinar si procede, o no, la aportación municipal a la explotación (y, en su caso, qué cuantía haya de alcanzar esa aportación), resulta igualmente meridiano, al precisar, en el propio Apartado 3.1.c), que, *“a efectos del cómputo de socios/abonados, en casos de “abono familiar”, serán considerados tantos socios como miembros de la respectiva unidad familiar”*.

Al respecto, es necesario advertir que la interpretación literal del PCAP es inequívoca, pues el *sentido literal de sus palabras* no deja margen alguno a la duda (art. 1281.1º Cc). Pero es que, además, la propia *ubicación sistemática* del inciso transcrito (que se incluye en el mismo Apartado 3.1.c) PCAP que regula la aportación, a cuyo efecto es relevante la forma de cómputo de los socios/abonados); y la *finalidad perseguida* con esa indicación (que se realiza, precisamente, *“a efectos del cómputo de socios/abonados”*); obligan a concluir que fue el propio redactor del PCAP (esto es: la Administración contratante) el que, en un verdadero ejercicio interpretación *auténtica*, estableció los criterios de cálculo del número de socios, con el fin de despejar cualquier duda hermenéutica que pudiera surgir al respecto.

En definitiva, si un abono familiar ampara el uso del Centro deportivo por cuatro miembros de la unidad familiar, a efectos del cómputo de socios/abonados relevante para aplicar el art. 3.1.c) PCAP, eso supondrá que se contabilizarán cuatro socios/abonados, y no sólo uno (el titular del abono familiar).

D) Como también se ha señalado ya, el PCAP establecía, para todos los licitadores, la posibilidad de rebajar ese umbral mínimo de 1.500, como también el máximo de 2.500, con los consiguientes beneficios que ello habría de reportar, en términos de mayor puntuación, a los licitadores que ofrecieran estas rebajas (Apartados 7.3.3. y 8.B.1.3).

De hecho, el concesionario original (cedente del actual) pudo haber ofertado una rebaja del umbral mínimo, igual que ofreció la del umbral máximo (que rebajó a 2.250 socios/abonados). Sin embargo, no lo hizo, lo que entraña, necesariamente, que asumió el umbral mínimo de 1.500, a los efectos del art. 3.1,c); esto es: que los licitadores (y, en última instancia, quien resulte adjudicatario) *“asumirán íntegramente el riesgo y ventura de la explotación siempre que el número de socios se encuentre en el umbral comprendido entre los 1.500 y los 2.500”* (cifra esta última que, en el caso del concesionario, se rebaja a 2.250, según se ha indicado).

5. En relación con lo anterior, debe partirse del carácter vinculante que los contratos tienen para quienes los celebran (cfr. arts. 1.091, 1.258 o 1.278 Cc, por todos); principio *pacta sunt servanda* (los pactos han de ser cumplidos) que, en el ámbito de la contratación administrativa, se expresa, por todos, en los arts. 129.1 y 193 LCSP '07.

Conforme al art. 129.1 LCSP'07, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

A partir de ahí, aceptado por todo licitador el contenido del PCAP, y una vez seleccionado el adjudicatario, tanto éste como la Administración quedan sujetos a la fuerza vinculante del contrato, pues *“los contratos han de cumplirse a tenor de sus cláusulas”* ex art. 192 LCSP'07, de cuyo contenido normativo forma parte el PCAP mismo (art. 99.3 LCSP'07, así como art 192), pues en esos pliegos *“se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato”* (art. 99.2 LCSP '07). En este sentido, es sabido que *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”* (por todas, STS, de la Sala 3ª, de 19 de septiembre de 2000, R. Cas. nº 632/1993).

Por otra parte, la eficacia vinculante de los contratos administrativos, al gravitar sobre la Administración contratante tanto como sobre el contratista mismo, constituye, además, una garantía de la igualdad entre los licitadores, que constituye un principio rector de la contratación administrativa (arts. 1 y 123 LCSP '07 y art. 18.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública).

Esta idea la ha expresado reiteradamente la Sala 3ª del TS, entre otras muchas, en su Sentencia de 12 de abril de 2000 (R. Cas. 1984/1992), al razonar que:

“Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles sean las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego”.

En igual sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 29 de abril de 2004 (asunto C-496/99), razona, en sus núms. 120 y 121, que:

“120. En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.

121. Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas”.

Pues bien, debe repararse, en este punto, en que, como es obvio, al tramitarse el procedimiento de adjudicación se dio oportuna publicidad al contenido del PCAP; por ello, a la vista de sus términos, como cabalmente cabe suponer, otros potenciales licitadores pueden haber decidido no concurrir a la adjudicación del contrato, por ejemplo, por parecerles un excesivo “*riesgo y ventura*” el no recibir aportación alguna si el número de socios excedía de 1.500.

En suma, como es evidente, la mercantil que inicialmente fue adjudicataria del contrato de concesión fue libre de tomar o no parte en el procedimiento de adjudicación. Al hacerlo, aceptó los términos del PCAP. E incluso, aunque éste permitía que los licitadores rebajaran el número de socios/abonados que operaba como “*umbral mínimo*” a los efectos de generar el derecho a percibir la aportación a la explotación regulada por el Apartado 3.1.c) PCAP, no redujo ese umbral, aunque sí redujo el “*umbral máximo*”.

Por su parte, el actual concesionario -a quien el adjudicatario cedió su posición en el contrato- se subrogó, voluntariamente, en todos sus derechos y obligaciones (art. 209.3 LCSP’07).

Siendo ello así, ni el concesionario actual ni, como es obvio, la Administración concedente, pueden sustraerse a la eficacia vinculante del contrato, en cuyo contenido se integran -de modo primordial y prevalente- las cláusulas y condiciones descritas por el PCAP, que es, como se ha indicado, inequívoco en su contenido y que, a juicio de este Consejo, no suscita dudas interpretativas ni autoriza otra exégesis que la que resulta -en lo que afecta a las “*aportaciones a la explotación*” que haya de satisfacer la Corporación Local contratante del tenor literal del Apartado 3.1.c).

6. Por lo demás, en relación tanto con las alegaciones formuladas por el contratista en sus diversos escritos, como con las observaciones realizadas por el Secretario municipal en su informe de 18 de abril de 2017, cualquiera que sea el contenido del Plan económico financiero presentado por el contratista, y del Estudio de viabilidad aprobado por la Administración (que no obran en la documentación remitida a este Consejo para la emisión de nuestro dictamen), lo cierto es que, en caso de que esos documentos albergaran alguna contradicción con el contrato y con el PCAP, estos últimos, necesariamente, prevalecerán sobre aquéllos, según se ha señalado.

Así, aun en la hipótesis de que, de aquellos otros documentos (Plan económico y Estudio de viabilidad), pudiera inferirse una voluntad del contratista, o incluso de la Administración, de computar el número de socios/abonados de forma distinta a la estipulada por el Pliego, la superior eficacia normativa del PCAP (que es claro en sus términos, y que no requiere de ninguna operación de interpretación o integración) impide a las partes separarse de él. Tanto a la Administración al confeccionar el Estudio de

viabilidad, como al contratista al elaborar el Plan económico financiero tras la formalización del contrato (Cláusula 3.1 del contrato); Plan en el que, *“en ningún caso, podrán variarse características del mismo (contrato) que difieran de lo adjudicado y resulten perjudiciales para la Administración”*.

Por otra parte, figura en el expediente analizado el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arnedo de 19 de abril de 2013 que aprobó las tarifas presentadas por la mercantil *C.D.T.F.SL*; y, como en ese Acuerdo puede comprobarse, los importes de los abonos individuales son notablemente inferiores (en término anual: 253 euros, 280 euros, o 395 euros, según distintos tramos de edad y criterios de minusvalía o jubilación) a los importes de los abonos familiares (527 euros, para familias de dos miembros; 558 euros, para familias de tres; o 605 euros, para familias de más de tres); con lo que es evidente que la concesionaria –como, por otra parte, parece razonable- compensa el mayor número de socios/abonados que aporta un abono familiar con unos mayores ingresos percibidos.

Sexto

Sobre la necesidad de restablecer el equilibrio económico de la concesión debido a la subida del tipo de gravamen del IVA.

1. El concesionario, a través de diferentes escritos, ha puesto de manifiesto a la Corporación local que los sucesivos incrementos del tipo de gravamen del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) le ha generado una situación económica que hace preciso restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, dado que, en el precio que la concesionaria cobra a los usuarios del Centro deportivo por razón de su utilización, se incluye ya el IVA. De este modo, razona, el incremento del tipo de gravamen le genera una pérdida *“desde el inicio de la concesión, del 13,08% en el precio de las tarifas”*, según sus estimaciones (escrito de 12 de julio de 2016).

En tal sentido, de la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo, se deduce que el concesionario ha expuesto esta cuestión al Ayuntamiento de Arnedo, al menos, desde el 27 de marzo de 2015, fecha en que presentó un escrito aludiendo a esa circunstancia.

2. En este punto y en línea de principio, no es discutible que el tipo de gravamen del IVA establecido por los arts. 90 y 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, para la prestación de servicios como los que desempeña la mercantil, ha ido subiendo progresivamente.

Y, así, en lo que interesa al caso: i) con anterioridad a la reforma operada por el art. 79 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, el tipo de gravamen era del 7%; ii) por virtud de esa reforma y desde el 1 de julio de

2010, pasó a ser del 8%; y iii) con efectos de 1 de septiembre de 2012, por el art. 23 del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y la competitividad, pasó a ser el vigente del 21 %.

3. Cuestión distinta es si ello debe conducir necesariamente, o no, a la adopción de medidas de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, como el concesionario reclama.

Al respecto, debe partirse de que, siguiendo una tradición consolidada en nuestro Derecho de la contratación administrativa, el art. 228.b) LCSP'07 contempla el derecho del concesionario *“al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 241”*; precepto que, a su vez, establece los supuestos en los que será necesario asegurar la pervivencia de dicho equilibrio frente a circunstancias que, sobrevenidas a la celebración del contrato, lo pongan en riesgo, haciendo excesivamente onerosa para el concesionario la explotación de la obra.

Este derecho es reproducido por PCAP en su Apartado 16.1.d), que se remite al propio art. 241 LCSP'07. Pues bien, conforme a los párrafos 1 y 2 del art. 241 LCSP '07:

“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. 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, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 115.1.”

Y es que los contratos administrativos, una vez perfeccionados, vinculan a las partes que los suscriben; y, en ellos, hay necesariamente, para el contratista (especialmente en contratos de duración temporalmente prolongada, como los de concesión de obra pública), un inevitable elemento de aleatoriedad, derivado del *“riesgo y ventura”* que dicho contratista asume voluntariamente, *ex arts.* 199 y 225 LCSP'07.

Pero si lo anterior es cierto, también lo que es que la voluntad negocial de las partes (de la que nace el contrato), se forma y emite *“rebus sic stantibus”*, por lo que resultará preciso adoptar medidas de restablecimiento del equilibrio contractual inicialmente

proyectado por los contratantes, cuando, durante la vida del contrato, acontezcan circunstancias ajenas a la voluntad del contratista (y, en ocasiones, también a la de la Administración misma); que desfiguren ese primigenio equilibrio económico, y que lo hagan en términos tales que rompan la necesaria equidad en las prestaciones a que se obligan ambos contratantes, y que hagan excesivamente oneroso, a quien fue adjudicatario del contrato, el cumplimiento de sus obligaciones.

Si bien se observa, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no debe operar sólo en favor del concesionario -que también- sino en beneficio de la propia Administración o, más precisamente, del “*interés general*” que ésta tutela y encarna (la adecuada explotación de la obra pública), como dispone el art. 241.1 LCSP’07, citado.

Esa es la doctrina que, de modo reiterado y general, ha establecido la Sala 3ª del TS, cuyos criterios sobre esta figura se recapitulan, entre otras, en las SSTS de 20 de abril de 2015 (R.Cas. nº. 54/2013), y 28 de enero de 2015 (R.Cas. 449/2012), que efectúan las siguientes consideraciones:

“La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico, tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera, debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil; y, sobre la segunda, estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011. Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que se consideran extra muros del normal alea del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de ius variandi, factum principis, y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del ius variandi; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de

concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de ius variandi, fuerza mayor, factum principis y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y, en esa misma línea, se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

Por otra parte, la aplicación del principio factum principis, en palabras de la STS de 29 de mayo de 2007, Rec. 8202/2004 se asocia, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de contratos de concesión de obras públicas, anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que consagra expresamente, en el artículo 248, dicho principio, como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a aquellos supuestos en que la adopción, por la Administración, de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario, determina el reconocimiento judicial de la obligación de la Administración, con base a razones de equidad, con independencia de la aplicación del procedimiento contractual de revisión de precios o tarifas, de mantener indemne el equilibrio de las prestaciones económicas, compensando o indemnizando por los daños y perjuicios ocasionados...".

4. En definitiva, el principio de “riesgo y ventura”, proclamado por el art. 199 LCSP’07, entraña, según las Sentencias citadas, que la mera “frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato” no le libera de cumplirlo, pues, en virtud de ese principio, el contratista “asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (e incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras” (STS, de la Sala 3ª, de 30 de abril de 1999 (R. Cas. 7.196/1992).

Por ello, como han reiterado los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo, “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” (por todas, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 19 de marzo de 2015, R. Ap. 140/2014).

Y así, para que puedan entrar en juego medidas tendentes al restablecimiento de ese equilibrio, es necesario un *plus*: a saber, que se produzca una “ruptura sustancial” de la economía del contrato (expresión que aparece en el art. 241.2.b) LCSP ’07), como razona, por ejemplo, la STSJ de Murcia, de 25 de septiembre de 2017 (R. Ap. 160/2017); o, en

palabras de la citada STS 30-4-2009, “*que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse*”.

Naturalmente, la apreciación de si, en un contrato determinado, se ha producido una situación que entraña esa “*ruptura sustancial*” no puede hacerse de manera apriorística, sino que habrá de estarse a las particulares circunstancias de cada caso concreto.

Por ejemplo, la STSJ Castilla y León/Valladolid 16 de mayo de 2011 (Recurso 785/2010) indica que “*la incidencia del incremento de un determinado coste (...) 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*”.

Evidentemente, la carga de acreditar la ruptura del equilibrio económico corresponde al concesionario que la alegue, por virtud del principio general que resulta del art. 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil (LEC'00), y del que se hacen eco, en casos como el que nos atañe, las Sentencias citadas.

5. Estas consideraciones generales son de entera aplicación a los efectos que pueda entrañar en un contrato de concesión el incremento del tipo de gravamen del IVA, cuando las tarifas con arreglo a las cuales el concesionario cobra a los usuarios del bien incluyen el importe correspondiente a ese tributo.

Esta circunstancia, si bien puede afectar eventualmente al equilibrio económico de un contrato de concesión (como evidencian los numerosos pronunciamientos de órganos judiciales y administrativos citados en el informe del Secretario municipal de 18 de abril de 2017), no tiene porqué hacerlo de modo necesario; ni obliga, automáticamente y en todos los contratos administrativos, a poner en juego medidas de restablecimiento económico de la concesión.

Que ello sea así, o no, dependerá de las múltiples circunstancias presentes en cada caso concreto, y del variado conjunto de factores que en él concurran. Y así, habrá de atenderse, a título meramente enunciativo:

-A la mayor o menor previsibilidad de hipotéticos incrementos de ese tipo de gravamen a lo largo de la vida de la concesión, posibilidad que será tanto más alta, cuanto mayor sea la duración de la concesión (criterio que asume, por ejemplo, la citada STSJ de Murcia de 25 de septiembre de 2017 (R.Ap 160/2017));

-Al mayor o menor importe que esa subida entrañe respecto de los ingresos totales del concesionario, como se ha indicado con anterioridad;

-A si el contrato prevé, o no, un régimen de revisión de tarifas que permita amortiguar o paliar esa subida del IVA (por todas, STSJ Navarra de 15 de noviembre de 2016 (R. Ap. 479/2016), o STSJ de Murcia de 25-9-2017), o STSJ de Galicia de 16 de abril de 2014 (R. Ap. 4379/2013).

-A si la inclusión del IVA en el precio fue impuesta por la Administración, o fue producto de una oferta del propio contratista. En este sentido, la Sala 3ª del TS (por todas, STS de 4 de julio de 2006, R.Cas. 9890/2003) recuerda que la imprevisibilidad es un elemento central para que juegue la cláusula *rebus sic stantibus* y de modo que, cuando es la empresa concesionaria quien ofrece unas determinadas tarifas libremente, si *“erró en las apreciaciones que efectuó, a ella exclusivamente es imputable esa circunstancia; (pues) que esa errónea apreciación no es un riesgo imprevisible es obvio”*. Alineándose con este criterio, la STSJ de Galicia de 16-4-2014, aplica este mismo principio cuando es el contratista el que, libremente, ofrece un régimen tarifario que incluya el IVA en los importes a abonar por los usuarios.

6. Proyectando las anteriores consideraciones sobre el caso que nos ocupa, este Consejo, con los datos que obran en el expediente analizado, estima que no procede adoptar medida alguna de restablecimiento el equilibrio económico de la concesión.

A) De un lado, porque el concesionario no ha acreditado, a través de una prueba cumplida y fehaciente, que la subida del tipo de gravamen del IVA, operada a partir del 1 de septiembre de 2012, haya supuesto una pérdida de rentabilidad tal que haya hecho excesivamente onerosa la explotación de la concesión.

En este punto, según los datos que él mismo facilitó en su escrito de 18 de enero de 2017, es cierto que, en los ejercicios 2013 a 2015, la explotación genera pérdidas, pero también las generó en 2011, y también en 2012 (ejercicio en el que el IVA estuvo a un tipo del 8% hasta el mes de agosto); incluso, las pérdidas experimentadas en el ejercicio 2011 (con un tipo del 8%) son superiores a las que la empresa sufrió en 2013 y 2015.

No parece haber, por tanto, una relación directa entre la variación del tipo de gravamen del IVA y los resultados económicos de la concesionaria; y, por otro lado, no hay elementos probatorios que acrediten que el incremento del tipo de gravamen haya supuesto un coste que, analizada la globalidad del contrato, deba considerarse determinante.

Por otro lado, y siempre según los datos de la concesionaria (escrito de 30 de junio de 2016), sus ingresos no proceden exclusivamente de la explotación de la piscina cubierta, sino también de “*otras actividades*” que le reportan un porcentaje de ingresos sobre el total que oscila entre el 50,8 % (en el ejercicio 2012) y el 65,2 % (en el ejercicio 2015). Pues bien, de los ingresos generados por esas “*otras actividades*” no consta qué porcentaje o cantidad esté generado por el cobro de los importes regulados en las correspondientes tarifas y cuáles no.

B) Una segunda razón estriba en que (al menos de acuerdo con la documentación que obra en el expediente, y a reserva de la existencia, desconocida para este Consejo, de otros documentos que desmientan este extremo) no parece que la inclusión del IVA en el precio a abonar por los usuarios responda a una imposición unilateral de la Administración (circunstancia que el concesionario tampoco alega).

El PCAP nada dispone en tal sentido, y se limita: i) a considerar, dentro de las “*variables fundamentales de la oferta económica del licitador*”, la “*propuesta de tarifas a aplicar a los distintos servicios en la piscina cubierta e instalaciones complementarias, que no podrán exceder del máximo señalado en el Estudio de viabilidad y en el anteproyecto de explotación*” (Apartado 7.3.3. PCAP); y ii) a primar, en la licitación, a aquellos candidatos que ofrezcan mayores rebajas sobre los máximos establecidos por la Administración en el Estudio de viabilidad (Apartado. 8.B.1.4) PCAP.

En esta misma línea, es inequívoco que, a la hora de confeccionar su oferta, el concesionario original (en cuya posición se subrogó, voluntariamente, el actual), ofertó -cabalmente porque ello le beneficiaba en el procedimiento de adjudicación- una rebaja del 7% sobre las tarifas máximas previstas en el Estudio de viabilidad (Cláusula 6.2 del Contrato).

C) En tercer lugar, es de reseñar que el PCAP sí prevé la revisión de las tarifas durante la vida de la concesión (Apartado 16.1.c) PCAP, relativo a los “*derechos del concesionario*”, dándose la circunstancia de que, en este caso, el interesado no ha solicitado esa revisión.

Sobre este punto, el informe del Secretario municipal, de 18 de abril de 2017 (que razona que, a su criterio el incremento del IVA generó un desequilibrio económico que “*debió ser restablecido en su momento a petición del concesionario*”), añade que, “*sin embargo, éste, supuestamente, pretendió -como pretende- una compensación económica ya que el incremento tarifario no le beneficiaba desde el punto de vista de la captación y mantenimiento de los usuarios-clientes de la instalación*”.

D) Una última razón es que, también en cuanto a la cuantía de las tarifas, por Acuerdo del Pleno municipal de 19 de abril de 2013, fueron “*aprobadas las tarifas*

presentadas por C.D.T.F.SL relativas a las actividades y usos que se desarrollan en el Centro denominado Casa del Agua”, lo que evidencia que las aprobadas por la Corporación Local fueron las tarifas propuestas por el propio concesionario, sin introducir en la propuesta modificación o alteración alguna; propuesta, por otro lado, que abarcaba el ejercicio 2013, en el que ya estaba plenamente vigente la subida del IVA al 21%.

E) En estas circunstancias, parece razonable concluir que, aunque la subida del tipo de gravamen del IVA sea, ciertamente, una circunstancia externa a la voluntad del contratista; el hecho de que ese incremento impacte, de modo efectivo, en las retribuciones que percibe el concesionario no es, sin embargo, un hecho ajeno a su voluntad o que se produzca sin su intervención.

Las apreciaciones que anteceden (que, se realizan, se insiste, sobre la base de la documentación obrante en el expediente recibido), se entienden, naturalmente, sin perjuicio del derecho que asiste al concesionario a interesar, en lo sucesivo, una revisión de las tarifas aplicables a la concesión, en los términos establecidos por el PCAP.

Séptimo

Sobre la obligación del Ayuntamiento de abonar a la concesionaria un millón de euros en concepto de aportación pública a la construcción del inmueble.

1. Para la adecuada resolución de la cuestión, debemos partir del contenido del PCAP, primero, y del contrato, después.

El Apartado 3.1 PCAP regula los *“recursos aportados por la Administración”*, y, en concreto, el Sub-apartado a) las *“aportaciones públicas a la construcción”*; y lo hace del modo que sigue:

“Los licitadores podrán proponer en sus ofertas que la Administración participe en la financiación de la construcción de la obra.

La contribución municipal a la financiación de la obra pública será de un máximo de 11.400.000 euros, que se producirá una vez concluida esta. La aportación, que será mejorable a la baja por los licitadores, se distribuirá en una cantidad máxima de 380.000 euros al año, durante los treinta años de la concesión, bien entendido que, en el caso que los mismos ofrezcan una reducción del plazo de duración concesional, la cantidad anual indicada podrá ser superior, siempre que la suma total de las aportaciones anuales a la finalización del contrato no exceda de los 11,4 millones de euros.

El Ayuntamiento de Arnedo podrá amortizar, anticipadamente, en una única aportación o en las que estime oportunas, por la percepción una o varias subvenciones a lo largo de la vida de la concesión, total o parcialmente, la aportación anual, a la concesionaria, dado que dicha aportación está planteada y destinada a la financiación de la obra durante la vigencia del contrato”.

Por otro lado, el Apartado 7.3.3 (Sub-apartado 3), regula, dentro de la “*proposición*” que ha de presentar todo licitador, las “*variables fundamentales de la oferta económica del licitador*”. Pues bien, entre ellas, se encuentra la relativa a las:

“Aportaciones económicas de la Administración a la obra pública, consideradas éstas a la baja respecto de la aportación máxima considerada en la cláusula 3.1.a). Deberá expresarse con claridad el importe de las ayudas públicas a la construcción, así como la forma y plazos para su abono, en los términos previstos en este Pliego”.

En coherencia con ello, los criterios de valoración de las ofertas (apartado 8,B, *criterios objetivos*) primaban a los licitadores “*que reduzcan la aportación municipal*”, asignándose 20 puntos a quienes la redujeran “*en cuantía equivalente al 40%*”, porcentaje que operaba como reducción máxima; y atribuyendo a los restantes licitadores “*los puntos correspondientes, en proporción, y por orden decreciente*”.

Así, una vez adjudicado el contrato a la oferta económicamente más ventajosa (la del cedente de la actual concesionaria), en función de los términos de su oferta económica, el contrato, en su Cláusula Sexta, concreta esas “*aportaciones públicas a la construcción*” en la cantidad de 10.837.087,22 euros, durante los treinta años de vigencia de la concesión, a razón de 362.436,24 euros/mes, pagaderos mensualmente (por importe de 30.203,02 euros), durante los quince primeros días cada mes, a partir del siguiente al de la puesta en funcionamiento de la instalación.

2. De las cláusulas analizadas resulta evidente que el PCAP y el contrato, cuya coherencia interna es indudable: i) regulan, por un lado, una aportación pública que es *obligatoria* para el Ayuntamiento (la establecida en la Cláusula Sexta del contrato, que especifica los términos de los dos primeros párrafos del Apartado 3.1.a) PCAP), y que ha de satisfacerse, mensualmente, durante los treinta años de vida de la concesión; y ii) Contemplan, por otro lado, la *posibilidad* que tiene el Ayuntamiento (“*podrá*”) de decidir “*amortizar anticipadamente*” la totalidad o parte de esa aportación, en el caso de “*percepción (de) una o varias subvenciones a lo largo de la vida de la concesión*”, ya que “*dicha aportación está planteada y destinada a la financiación de la obra durante la vigencia del contrato*”.

Es claro, por tanto, que esa cláusula no confiere al concesionario un *derecho* a obtener de la Administración municipal esa amortización anticipada de la aportación pública a la construcción de la obra; sino que habilita a dicha Administración a, *potestativamente*, amortizar anticipadamente todo o parte de esa aportación obligatoria. Posibilidad que se vincula a que el Ayuntamiento perciba subvenciones, porque la aportación está destinada a financiar la propia construcción de la obra.

De ello, se desprende que, para que nazca en el patrimonio del concesionario el derecho a obtener esa amortización (y, correlativamente, para hacer surgir en la Hacienda

municipal la obligación de abonar al concesionario una cantidad) sería preciso, cuando menos, que el Ayuntamiento hubiera dictado un acto administrativo, concreto y determinado, en el que se concretara la voluntad de la Administración municipal de hacer efectiva la posibilidad que le confiere esa cláusula; acto que, a su vez, sólo podría considerarse conforme a Derecho si la Administración hubiera recibido una subvención destinada a la propia construcción de la obra.

3. Sin embargo, en el expediente analizado no se hace mención a la existencia de acto administrativo alguno que, con tal contenido, haya sido dictado por ningún órgano de la Corporación municipal. Desde luego, no obra en él ninguna certificación del Secretario municipal que identifique tal acto ni de fe de su contenido, fecha u órgano que lo haya dictado.

En este punto, debemos recordar que el reconocimiento de la obligación constituye una de las fases sucesivas del procedimiento de gestión de los gastos de las Entidades locales, procedimiento que está compuesto por la autorización del gasto, el compromiso del gasto, el propio reconocimiento de la obligación y la posterior ordenación del pago (art. 184 de la Ley de Haciendas Locales, Texto refundido aprobado por RD-Leg 2/2004, de 5 de marzo, LHL'04).

Por ello, con carácter previo a la expedición de cualesquiera órdenes de pago con cargo a los presupuestos de las Entidades Locales, habrá de *“acreditarse documentalmente, ante el órgano que haya de reconocer las obligaciones, la realización de la prestación o el derecho del acreedor, de conformidad con los acuerdos que, en su día, autorizaron y comprometieron el gasto”* (art. 189.1 LHL'04). En iguales términos, el art. 59.1 del RD 500/1990, de 20 de abril, aún vigente, que desarrolla el Capítulo I del Título VI de la vieja Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales (LHL'88), hoy sustituida por la LHL'04.

Pues bien, el *“reconocimiento y liquidación de la obligación es el acto mediante el cual se declara la existencia de un crédito exigible contra la Entidad, derivado de un gasto autorizado y comprometido”* (art. 58 RD 500/1990). Parecida definición del contenido y efectos de ese acto de reconocimiento de la obligación lo encontramos, para la Hacienda estatal, en el art. 73.1 c) y 75.4 de la Ley 47/2003, de 27 de noviembre, General Presupuestaria (LGP'03); y, para la Hacienda autonómica riojana, en los arts. 65.1 c) y 65.4 de la Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda Pública de La Rioja (LHPR'13). Distinto del reconocimiento de la obligación, y posterior, es la ordenación del pago, que *“es el acto mediante el cual el ordenador de pagos, en base a una obligación reconocida y liquidada, expide la correspondiente orden de pago contra la Tesorería de la Entidad”* (art. 61 RD 500/1990).

De lo anterior, resulta, sin dificultad, que el reconocimiento de la obligación supone la declaración jurídica por la Administración de la existencia de un crédito de un tercero contra ella, derivado de un gasto que, previamente, ha sido autorizado y comprometido. En suma, es un acto que hace nacer, en el patrimonio del tercero favorecido por él, un derecho de crédito frente a la Hacienda local.

Pues bien, como señalábamos con anterioridad, el expediente no evidencia la existencia de ningún acto administrativo que, dictado en el seno del correspondiente procedimiento de gestión presupuestaria, entrañe el reconocimiento de una obligación del Ayuntamiento para con la concesionaria.

Como único fundamento de su petición, el concesionario alude a una carta, dirigida por el Sr. Alcalde de Arnedo a un tercero (una entidad bancaria, acreedora hipotecaria del concesionario), el 24 de enero de 2014, en la que el Alcalde afirma que:

“...el Ayuntamiento ha llegado a un compromiso con C.D.T.F.SLU, consistente en la aportación anticipada de un millón de euros, que se producirá una vez conocida la liquidación del Presupuesto municipal de 2013 (que se estima para los próximos meses de marzo o abril) y que habrá de ser destinado a la amortización del préstamo hipotecario que dicha empresa tiene concertado con Vds”.

Sin embargo, no hay constancia en el expediente remitido a este Consejo Consultivo de cuál haya sido el concreto acto administrativo por el que el Ayuntamiento (a través de cualquier de sus órganos) haya llegado a ese “*compromiso*” con la mercantil. Acuerdo que, de existir, habría sido notificado a la concesionaria (y que ésta debería poder identificar con precisión); y que, adicionalmente, debería obrar en los correspondientes libros municipales de actas y resoluciones (arts. 198 a 200 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre, ROF’86); y cuya existencia, contenido y órgano de procedencia podrían ser certificados por el Secretario municipal (cfr. arts. 201 y 204 ROF’86).

En este sentido, ese Consejo Consultivo comparte los razonamientos contenidos en el informe del Interventor municipal de 18 de mayo de 2017, que, por lo demás, pone de manifiesto que informó desfavorablemente la solicitud, formulada por la concesionaria, en orden a la amortización anticipada total de la aportación correspondiente al ejercicio 2013.

Como se indica en ese informe de 18 de mayo de 2017, esa petición “*tiene su origen en la intención del equipo de gobierno anterior de amortizar anticipadamente 1.000.000 euros con cargo al superávit del ejercicio 2013*”; “*intención*” que, al menos en lo que resulta del expediente analizado, no se materializó en ningún acto administrativo concreto cuya legalidad pueda ser analizada o examinada por este Órgano Consultivo; y que, en todo caso, no guarda relación con lo establecido en el Apartado 3.1 PCAP, a cuyo tenor, y como hemos visto, el Ayuntamiento podrá proceder a esa amortización anticipada, no por

el hecho de tener superávit presupuestario, sino “*por la percepción (de) una o varias subvenciones*”.

Y, al respecto, el informe del Secretario municipal, de 18 de abril de 2017, señala que “*no ha sido obtenida ninguna subvención destinada a financiar dicha infraestructura*”, por lo que concluye – en criterio que este Consejo Consultivo comparte – que la aportación de esa cantidad de dinero no resulta exigible.

CONCLUSIONES

Primera

La cláusula 3.1.c) PCAP debe interpretarse en los términos señalados en el Fundamento Jurídico Quinto de este dictamen.

Segunda

La subida de tipo de gravamen del IVA no debe suponer la adopción de medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por los motivos expuestos en el Fundamento Jurídico Sexto de este dictamen, y sin perjuicio de lo indicado en su apartado 6, E), segundo párrafo.

Tercera

El Ayuntamiento de Arnedo no está obligado a abonar a la concesionaria una cantidad de 1.000.000 euros en concepto de aportaciones a la construcción, tal como se razona en el Fundamento Jurídico Séptimo de este dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero