

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

S E N T E N C I A

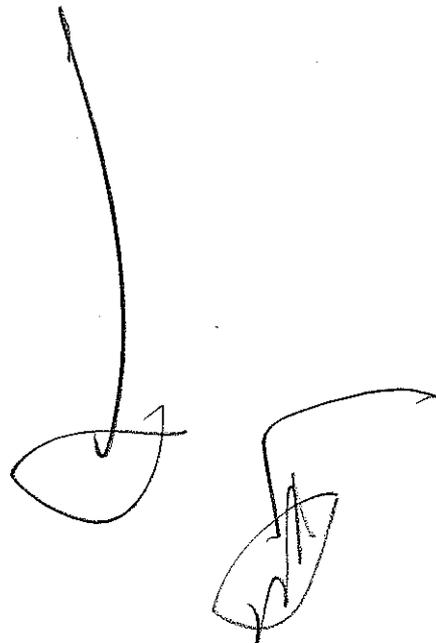
Ilmo. Sr. Presidente en funciones

Don Jose Ignacio López Cárcamo

Ilmas. Sras. Magistradas

Doña Esther Castanedo García

Doña Paz Hidalgo Bermejo

A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The signature is cursive and appears to be 'J. I. López Cárcamo'. The stamp is partially obscured by the signature.

En la ciudad de Santander, a dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto los recursos de apelación 143/2016 interpuestos, por el Ayuntamiento de Castro Urdiales, representado por la Procuradora Doña Teresa Cos Rodríguez y defendido por el Letrado Don Jorge Álvarez González, y el interpuesto por ASCAN, empresa constructora y de gestión S.A., representada por el Procurador Don Ignacio Calvo Gómez y defendida por el Letrado Don José Martínez Balbas, siendo ambas partes recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de

los de esta ciudad dictó Sentencia, el día 18 de marzo de 2016, recaída en el Procedimiento Ordinario nº 85/2013, cuya parte dispositiva estableció que, "Estimo parcialmente la demanda presentada por Don Ignacio Calvo Gómez, en nombre y representación de "ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTION S.A." contra el Ayuntamiento de Castro Urdiales, de fecha 12 de diciembre de 2013 y DECLARO: que la concesión de la gestión integral de aguas del municipio de Castro Urdiales se encuentra en una situación de desequilibrio económico financiero; y que el actor, tiene derecho a obtener del Ayuntamiento de Castro Urdiales el reequilibrio económico financiero de la concesión. Asimismo condeno al Ayuntamiento de Castro Urdiales, a abonar en el concepto de reequilibrio económico a la mercantil ASCAN la cantidad total de 5.382.514,22 euros, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la solicitud en vía administrativa. Sin imposición de las costas procesales a ninguna de las partes".

La citada sentencia fue aclarada por Auto de fecha 22 de abril de 2016, que incluye el periodo de desequilibrio que abarca los años 2007 a 2013, y rectifica la cantidad que debe abonar el Ayuntamiento de Castro Urdiales, 4.862.514,22 euros.

SEGUNDO.- La Procuradora Doña Teresa Cos Rodríguez, en la representación del Ayuntamiento de Castro Urdiales interpuso, por escrito presentado el día 13 de mayo de 2016, recurso de apelación contra la citada sentencia solicitando su estimación, la revocación de la sentencia recurrida y su sustitución por otra por la que se inadmita o, en su defecto, se desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo, y se impongan las costas a la recurrente.

TERCERO.- La representación de ASCAN empresa constructora y

de gestión S.A., interpuso, por escrito presentado el día 17 de mayo de 2015, recurso de apelación contra la citada sentencia solicitando su estimación, y que se acuerde la revocación de la sentencia recurrida en lo relativo a la desestimación parcial de los conceptos que se identifican en el recurso de apelación y en su lugar, y estimando íntegramente las pretensiones contenidas en el escrito de demanda, se condene al Ayuntamiento a abonar, adicionalmente, un importe de 2.167.786,88 euros, mas los intereses devengados por dicha cantidad desde la reclamación en vía administrativa, como compensación por el desequilibrio derivado de dichos conceptos hasta diciembre de 2013. Solicita asimismo la imposición de costas al Ayuntamiento de Castro Urdiales.

CUARTO.- Por Diligencias de Ordenación, de fechas 17 y 27 de mayo de 2016, se admitieron a trámite los recursos y se acordó dar traslado de los mismos a las partes personadas en el proceso, presentándose, por ASCAN empresa constructora y de gestión S.A. escrito, de fecha 10 de junio de 2016, por el que se opone al recurso del Ayuntamiento y solicita que se dicte por este Tribunal Superior sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas al Ayuntamiento de Castro Urdiales.

Por su parte, la representación del Ayuntamiento de Castro Urdiales, formula expresa oposición al recurso de apelación de ASCAN, solicitando que se dicte sentencia desestimatoria del recurso en los extremos impugnados por la actora, y la expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación, de fecha 24 de junio de 2016, se acuerda elevar las actuaciones al Tribunal Superior con emplazamiento a las partes que comparecieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación, de fecha 5 de julio de 2016, es designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña Paz Hidalgo Bermejo, y mediante Providencia de fecha 19 de julio siguiente, se señaló el día 5 de octubre de 2016 para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, si bien tuvo lugar el 19 siguiente.

SEPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones del artículo 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Ley 29/1.998, de 13 de Julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida en apelación, dictada el 18 de marzo de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 2 de Santander, aclarada por Auto de fecha 22 de abril de 2016, estimó parcialmente la demanda contenciosa administrativa, formulada por ASCAN empresa constructora y de gestión S.A. frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castro Urdiales, de fecha 12 de diciembre de 2013, que desestimó de forma expresa la solicitud de reequilibrio económico financiero respecto del contrato administrativo de adjudicación de concesión integral de aguas en dicho municipio.

La Sentencia de instancia, una vez detallado el régimen jurídico aplicable al caso, analizando el pliego de condiciones administrativas del contrato, y valorando las pruebas, los informes periciales, el informe del interventor municipal y otros, concluye que ha quedado acreditado el desequilibrio económico sufrido por la concesionaria en alguna de las partidas reclamadas. Considera que alguna de ellas no son imputables a la Administración demandada y por ello excluye las relativas al desequilibrio derivado del incremento de los impagos (por importe de 597.659,51 euros) y

el desequilibrio que denomina originado por la crisis económica (en cuantía de 1.570.127,37 euros), estima el resto de las partidas cuantificadas en el informe pericial emitido por Don Juan Pablo López Heras (PW Advisory & Capital Services), por importe total de 4.862.514,22€.

SEGUNDO.-Frente a la sentencia, la representación del Ayuntamiento de Castro Urdiales interpone recurso de apelación oponiendo la inadmisibilidad de la demanda de ASCAN por desviación procesal que sustenta en la modificación "en conceptos y cuantías", tanto respecto de lo planteado en vía administrativa como a lo largo del procedimiento, entre lo pretendido inicialmente, lo pedido en la ampliación de la demanda y en el escrito de conclusiones.

En segundo lugar denuncia que la sentencia infringe los arts. 126.2,,b; 127.2.2 apartado a y b, 128.2.2. y 152.3 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17-6-15 y la jurisprudencia existente sobre tales preceptos, considerando que los factores aducidos no constituyen supuesto de riesgo imprevisible y tampoco de factum principis según han sido perfilados por la jurisprudencia que cita y que concreta en:

1°.- que en la teoría de riesgo imprevisible, las circunstancias causantes de la ruptura del equilibrio tienen que ser extraordinarias, anormales y profundas.

2°.- que la teoría del riesgo imprevisible ha de aplicarse de forma estricta sin que quepa aplicación analógica ni extensiva.

3°.- que las circunstancias han de producirse sin culpa del contratante y atribuye a la concesionaria muchas de las causas alegadas, y cita a modo de ejemplo, el menor rendimiento de la red que, como principal parámetro de la

concesión, tuvo que conocer, o en su caso requerir del Ayuntamiento. Asimismo se refiere a las obras de mejora de instalaciones hidráulicas que con cargo al canon no se han realizado alegando que el pago del canon no es imprevisible y su importe fue la razón de la adjudicación, máxime si la realización de las obras puede ser a largo plazo.

4°.- que el desequilibrio ha de combinarse con el principio de riesgo y ventura.

5°.- que de producirse el desequilibrio, no debe conllevar una compensación integral sino un reparto entre concedente y concesionario.

En tercer lugar, alega que la sentencia infringe las reglas de la carga de la prueba, porque afirma la carga de la prueba de la ruptura del equilibrio económico del contrato y de la cantidad precisa para su restablecimiento, corresponde al contratista y, de no realizarse, solo a la parte demandante puede perjudicar. Mantiene que el informe pericial, de parte, no puede prevalecer sobre los informes de los técnicos municipales, afirmación que apoya en que el informe pericial adolece de falta de motivación, que las modificaciones entre los informes periciales de parte presentados, no fueron, a su juicio, debidamente aclaradas y critica que el informe pericial no se realiza sobre datos reales, sino sobre estimaciones.

La mercantil ASCAN empresa constructora y de gestión S.A. se opone al recurso de apelación, niega la existencia de desviación procesal y la existencia de cuestiones nuevas. Alega que se ha formulado la misma pretensión, en vía administrativa y judicial, y que la modificación de las cantidades, inicialmente reclamadas, se ha producido tras la resolución tardía de desestimación expresa que dicta el Ayuntamiento, 4 años después de formular la reclamación, y que es notificada, a la mercantil demandante, cuando ya se

había formulado la demanda en el proceso judicial, lo que justificó la ampliación.

Respecto de la infracción de la normativa y jurisprudencia, mantiene que el principio de riesgo y ventura se debe coordinar con el de equilibrio económico, cuya finalidad es la de asegurar la buena prestación del servicio, y dotar al concesionario de la seguridad jurídica que le permita ser resarcido económicamente frente a una eventual sobrecarga exorbitante respecto de las prestaciones pactadas en el contrato, y que es exigencia de la lealtad y buena fe que deben inspirar las relaciones entre la administración y el concesionario.

Concluye que los supuestos alegados, que han ocasionado el desequilibrio, se integran en el concepto de riesgo imprevisible y factum principis y afirma, son, única y exclusivamente, imputables al Ayuntamiento y no al concesionario, por lo que exigen el reequilibrio de la concesión en los términos pretendidos por ASCAN.

Niega la infracción de las reglas de la carga de la prueba y se opone a la pretendida superioridad de los informes de los técnicos municipales (algunos) con valor de documental. Además, afirma que su representada, ASCAN, ha cumplido la carga probatoria mediante las pruebas practicadas, testifical, pericial y documental que no pueden ser desvirtuados por la pericial que aporta el Ayuntamiento a la que achaca, falta de conocimientos técnicos, omisión de cálculos económicos, desconocimiento del objeto del mismo, que se limita al criticar el informe aportado por la demandante, y porque manifiesta opiniones jurídicas.

TERCERO.-La representación de ASCAN empresa constructora y de gestión S.A. limita el recurso de apelación frente a la sentencia, a las dos partidas que no fueron estimadas en la sentencia, relativas a la morosidad derivada de los impagos

(en cuantía de 597.659,51 euros) y al desequilibrio derivado de la crisis económica (por importe de 1.570.127,37 euros). Considerando que las mismas deben incluirse realizando una correcta interpretación de la normativa y de la jurisprudencia, sobre el principio de riesgo y ventura y el principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, lo que sustenta en las siguientes consideraciones:

Respecto de la morosidad en los pagos, alega que de los pliegos se desprende que la gestión del cobro corresponde en vía voluntaria a la concesionaria, pero en vía ejecutiva corresponde al ayuntamiento que no realizó actuación tendente al cobro. A lo anterior añade que el impago ascendía a una cifra media del 5,41% en lugar de los parámetros de 0,5 a 1% como se fijó en la oferta de ASCAN aceptada por el ayuntamiento. Concluye, citando en su apoyo jurisprudencia del Tribunal Supremo y un Dictamen del Consejo de Estado de fecha 22-7-10, que se trata de un desequilibrio derivado del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el pliego, y que no pudo prever el concesionario. La existencia del incumplimiento es avalado por el interventor, en su informe de fecha 24 de enero de 2013.

En relación con las cantidades correspondientes al desequilibrio, que la sentencia denomina originado por la crisis económica, y que excluye por aplicación del principio de riesgo y ventura, atribuye el desequilibrio a la actuación del Ayuntamiento considerando que los menores ingresos traen causa de incorrecta información facilitada de los datos del crecimiento poblacional, consignados en el PGOU y en el plan director aprobado por el Ayuntamiento. La concesionaria afirma que en base a estos realizó el estudio de los costes del servicio, en función del crecimiento de la población y del consumo del municipio, estudio que estaba obligada a realizar por el Pliego, por lo que la disminución de ingresos sufrida se debe a la información facilitada y

consignada por el Ayuntamiento.

Considera que la paralización del desarrollo urbanístico y la situación de crisis económica, también puede calificarse de imprevisible, para la concesionaria, como se valoró en el informe del interventor del Ayuntamiento (y por el Consejo Consultivo de Aragón en informe de fecha 10-4-13).

Incluye la minoración de ingresos debido a que las tarifas de conservación de acometidas y contadores no cubren el coste real del servicio de acometidas y conservadores, como una manifestación del factum principis, citando Jurisprudencia e informes de la Junta Consultiva de contratación, que permite su compensación como resulta del informe emitido por el interventor del Ayuntamiento de Castro Urdiales (de fecha 24-1-2013).

El Ayuntamiento de Castro Urdiales se opone al recurso de apelación, solicitando su desestimación por considerar que se trata de una mera reiteración de los anteriores escritos de demanda y conclusiones.

Niega la existencia de incumplimiento del Ayuntamiento y que este le facilitase a ASCAN dato alguno sobre el posible incremento de la población del municipio. Por el contrario, afirma que la empresa acudió a las fuentes que estimo oportunas. Finalmente rechaza que la crisis económica constituya un supuesto de riesgo imprevisible como se ha pronunciado el TS en últimas sentencias (4-2-14, 28-1-15, 20-4-15 y 17-11-15).

CUARTO.-Centrado así el debate procede en primer lugar y por razones de oportunidad analizar la causa de inadmisibilidad que se ha opuesto por el Ayuntamiento de Castro Urdiales.

Solicita el Ayuntamiento de Castro Urdiales la inadmisibilidad del recurso contencioso oponiendo desviación

procesal, motivo inatendible a la vista de las peticiones de la concesionaria y las resoluciones de la concedente (presunta y expresa).

La pretensión de compensación por ruptura del equilibrio se formula en idéntico sentido tanto en vía administrativa como ante el órgano judicial, sin que haya habido modificación alguna en la delimitación del acto inicialmente impugnado en vía administrativa y la subsiguiente pretensión.

Es verdad que si comparamos las cantidades reclamadas, se aprecia una alteración, pero no hay peticiones ex novo ni lo pretendido va más allá de lo reclamado ante la Administración, por lo que no incurre en desviación procesal, toda vez que lo que se comprueba es que, en resumen, la mercantil demandante finalmente reclamó una compensación económica de menor entidad y alcance, pero no de distinta naturaleza, que las formuladas en vía administrativa. Además, la "segunda" demanda, tiene como causa la resolución expresa tardía, de fecha 12 de diciembre de 2013, denegatoria por falta de acreditación de la ruptura del equilibrio económico de la concesión, lo que justificó la ampliación del recurso y un nuevo trámite procesal de demanda.

QUINTO.- Las cuestiones suscitadas en los recursos de apelación hacen aconsejable recordar previamente la jurisprudencia referente a los contratos administrativos y de la modalidad de concesión administrativa que establece la aplicación de varios criterios recogidos por todas en la STS de 6 de noviembre de 2015:

El principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas, que es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la concesión administrativa se caracteriza por llevar

inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos, al estar proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista en base al que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración no le habilita para reclamar su modificación.

Por último nuestro ordenamiento jurídico ha establecido unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad, 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.

En consecuencia, no toda alteración del equilibrio de las prestaciones da derecho al concesionario 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.

En estos términos procede analizar los motivos de impugnación que se formulan en los recursos de apelación frente a la sentencia.

La cuestión litigiosa se reduce a determinar si se ha mantenido o no el equilibrio financiero de la concesión, y en su caso las causas y la cuantía del desequilibrio. Esto implica la necesidad de analizar, en primer lugar, el recurso del Ayuntamiento, ya que la sentencia recurrida declara que se rompió el equilibrio económico de la concesión y el Ayuntamiento niega la existencia de desequilibrio y la obligación de compensarlo.

SEXTO.-La primera cuestión que opone la representación del Ayuntamiento es la indebida interpretación que realiza la sentencia, de la normativa y jurisprudencia relativa a los mecanismos dirigidos al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La cuestión litigiosa se integra en el ámbito de la contratación relativa a la concesión de la gestión integral del servicio de aguas en el municipio de Castro Urdiales, siendo de aplicación el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aplicable por razón de vigencia, y el Reglamento de Servicios aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL). En concreto, el art. 126.2b del Reglamento regula 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. La retribución del concesionario durante la vigencia del contrato se completa con la previsión establecida en el art. 127.2.2 del RSCL que establece que, la Corporación concedente deberá 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".

La Corporación, en los términos de los preceptos señalados, está obligada por ley a mantener "en todo caso" el equilibrio económico financiero de la concesión, durante el tiempo de la concesión.

Por su parte, la principal obligación del concesionario es la de prestar el servicio con la continuidad convenida; en palabras del RSCL, prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión (art. 128 RSCL y art. 161 LCAP). Los anteriores pronunciamientos son coherentes con las previsiones del Pliego de Prescripciones que rige la concesión, por ejemplo las cláusulas octava, decimoquinta, decimo novena y vigésima).

La sentencia, acoge el informe pericial aportado con la ampliación de la demanda emitido por el Sr. López Heras, y concluye la existencia del desequilibrio y con ello la obligación de compensación, "al concurrir los presupuestos aludidos en el fundamento anterior", fundamentos que por remisión al art. 127 del RSCL incluye las modificaciones que se ordenen y las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Asimismo analiza en la fundamentación los supuestos de *factum principis* y de riesgo imprevisible.

La representación del Ayuntamiento niega que los supuestos que justifican la compensación, fijada en la sentencia, respondan al concepto de riesgo imprevisible ni constituyan un supuesto de *factum principis*, sino que afirma, son imputables a la concesionaria que formuló una oferta, con errores o inadvertencias en su formulación, añadiendo diferentes críticas sobre la mención en la sentencia al *factum principis*, críticas que por lo antes expuesto deben

ser rechazadas al haber considerado la concurrencia de ambos supuestos como fundamento de la compensación reconocida.

Dicho lo anterior, la Sala estima que el examen de las actuaciones evidencia que la actuación del Ayuntamiento ha incidido de forma directa en el desequilibrio económico de la concesión. En efecto, el Ayuntamiento incumplió la obligación de ejecutar las obras de mejora de las instalaciones hidráulicas, obligación prevista en la cláusula décima del pliego y su destino en la cláusula vigésima con la finalidad de mejorar la eficiencia del servicio. No se trata, como opone la representación del Ayuntamiento, de la existencia de una "suerte de derecho de adjudicación preferente" de la ejecución de las obras, sino del incremento de gastos que la no realización de esas obras en las instalaciones, ha supuesto a la concesionaria, y que cuantificada por la concesionaria, y admitida en la instancia, no es desvirtuada por la apelante.

El desajuste entre los datos facilitados por la Administración, por estar incorporados junto con el Pliego de prescripciones, de los que dispuso la concesionaria, con la realidad, han supuesto unos incrementos de costes no previsibles, tanto respecto del personal que debía asumir el concesionario, como de las instalaciones, cuya gestión y mantenimiento debía asumir, con inclusión de los costes por suministro eléctrico de estos, los costes adicionales del mantenimiento (respecto de operación y mantenimiento, personal, vehículos, costes de reactivos y analíticas), y los costes derivados de la necesidad de disponer de vehículos no inicialmente previstos en la licitación. Estos incrementos de costes derivan directamente de la actuación del Ayuntamiento y justifica la inclusión de estos supuestos en el importe a compensar.

Fue también la documentación que la concedente facilitó

junto con los Pliegos la que dio lugar a que fijase el rendimiento de la red. El coste que a la concesionaria le supone el menor rendimiento de la red, respecto de lo previsto, conforme a los datos facilitados por el ayuntamiento, debe asimismo incluirse, confirmando la sentencia de instancia. Opone el recurrente su desmesurada cuantía, sin tener en cuenta que el importe que refiere en el recurso incluye junto con esta partida la referida a los mayores costes de compra de agua en alta. Sin que pueda estimarse como causa obstativa la ausencia de comprobación de estos datos por la concesionaria.

De igual manera la concesionaria debe ser compensadas por los costes adicionales por la compra de agua en alta no repercutidos a los usuarios, tal y como impone la clausula decimo novena del pliego de prescripciones, puesto que tal y como ha señalado esta sala en supuestos similares *"el precio del agua se integra en un mercado cautivo que trae causa directa de la Administración y que su incremento era imprevisible y además inevitable para la concesionaria"* (sentencia de 11-12-14, rec.93/14). En definitiva nos encontramos ante un desequilibrio en la concesión que debe abonar el Ayuntamiento a la concesionaria.

También procede compensar el desequilibrio causado por la asunción por la concesionaria del servicio de saneamiento municipal del ayuntamiento de Castro Urdiales, cuyos costes, según la clausula vigésima del pliego de prescripciones, no tenía que asumir el concesionario.

Sin embargo, el mismo texto de la cláusula vigésima del pliego impide la inclusión de los costes generados por la reducción de ingresos por consumos del ayuntamiento que se denominan asimilados a los municipales. La clausula vigésima del pliego establece que el Ayuntamiento no tendría que abonar el precio del agua de sus dependencias, servicios y

colegios. La literalidad y claridad de la cláusula permite considerar que los consumos de agua destinada a limpieza viaria, polideportivos municipales, parques y jardines, se integran en el concepto de servicio que gestiona el Ayuntamiento, sin distinguir si lo presta el propio servicio municipal con medios propios o se realiza con medios ajenos, mediante contratación administrativa. Los costes de estos servicios no son sino el cumplimiento de lo expresamente previsto contractualmente. Lo anterior conlleva que deben ser excluidos y que esta partida, por importe 298.715,70 €, no tiene cabida entre los supuestos que la normativa y la jurisprudencia permiten la compensación.

Lo antes expuesto justifica la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Castro Urdiales, debiendo reducirse de la cantidad reconocida como compensación en 298.715,70 €.

SEPTIMO.- Resta por analizar la vulneración que del principio de carga probatoria realiza el apelante Ayuntamiento de Castro Urdiales.

La sentencia acoge la existencia de desequilibrio tras la valoración de la prueba practicada, acogiendo el informe pericial emitido por el Sr. Lopez Heras porque "estudió y contabilizó partida por partida, los desequilibrios", porque para llegar a esta conclusión considera relevante el informe emitido por el interventor municipal, de fecha 24-1-13, y además porque en el dictamen pericial del Ayuntamiento demandado los anteriores fueron rebatidos "sin argumentos contables sustanciales".

Frente a esta valoración el apelante Ayuntamiento de Castro Urdiales denuncia que no debe ser preferente el informe pericial de parte a los informes de técnicos

municipales, salvo que se hubiera tratado de un perito judicial y realiza una crítica del informe emitido por el interventor municipal.

No denuncia tanto la carga de la prueba sino la valoración que de la misma ha realizado el juez de instancia pretendiendo minorar el valor que otorga al dictamen pericial, por haberse presentado por la parte junto con los escritos de demanda y por no tratarse de un perito judicial.

En el proceso contencioso-administrativo la prueba se rige por los mismos principios que la regulan en el proceso civil y la base de la convicción del juzgador para dictar sentencia descansa en la valoración conjunta y ponderada de toda la prueba practicada. Y la valoración de la prueba, dada la vigencia del principio de inmediación en el ámbito de la práctica probatoria, es función básica del juzgador de instancia que si bien puede ser revisada, deberá serlo en supuestos graves y evidentes de desviación que la hagan totalmente ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica.

A la vista de lo antes expuesto, la Sala estima que debe ser rechazada la impugnación teniendo en cuenta que para la LEC tanto los informes aportados por la parte, como los judiciales, tienen la consideración de prueba pericial y su valoración debe realizarse según las reglas de la sana crítica que establece el art. 348 LEC, sin que se denuncie por el Ayuntamiento apelante que la valoración de la prueba resulte ilógica, absurda, arbitraria, irracional o claramente contrarias al sentido común.

OCTAVO.- El recurso de apelación que interpone ASCAN se limita a las dos partidas que el Juzgador excluye de las reclamadas como compensación del desequilibrio. Nos referimos a las que se denominan como derivadas de la crisis económica, que

engloba el freno del crecimiento poblacional, tarifas de conservación de acometidas y contadores (1.570.127,37), y la disminución de ingresos por incremento de los impagos de los consumidores (597.659,51).

Con carácter previo debemos analizar la solicitud de desestimación, que realiza el Ayuntamiento, del recurso de apelación interpuesto por ASCAN, por considerar que sólo reproduce y reitera las alegaciones que fueron rechazadas en la instancia.

El Tribunal Supremo ha señalado en innumerables ocasiones que el recurso de apelación debe combatir la resolución impugnada y no, obviando esta, limitarse a la reproducción más o menos literal, de los argumentos del escrito de demanda ya que con dicho recurso se ataca una resolución concreta, la sentencia de instancia, y a esta deben ir dirigidos los argumentos de la apelación.

Pero esto no puede predicarse del recurso que formula ASCAN. Por el contrario, viendo estimadas parcialmente sus pretensiones en la sentencia que recurre, no se limita a realizar una reproducción de los argumentos de la instancia, sino que concreta las razones de disenso con la sentencia, detalla la infracción que denuncia de la sentencia y analiza las dos partidas excluidas, por lo que, procede examinar el recurso.

Son dos las partidas que considera el recurrente que deben incluirse en la cantidad a compensar. En primer lugar la denominada derivada de la crisis económica (1.570.127,37) respecto de la que el recurrente considera que la minoración de ingresos por la disminución del crecimiento poblacional se debe a la deficiente información dada por el Ayuntamiento. En base a estas expectativas realizó la concesionaria las previsiones de demanda, como obligaba el pliego y fueron aceptadas por el Ayuntamiento, y alega que estas previsiones

de población, ya sea por la crisis económica o por la política urbanística, son ajenas a la concesionaria, por lo que debe considerarse que es un riesgo imprevisible.

Por el contrario, la Sala considera, tal y como se argumentó en la sentencia de instancia que el supuesto se integra en el concepto de riesgo y ventura en base a las siguientes consideraciones.

Partiendo de las premisas de que en la contratación pública rige el principio de intangibilidad de lo pactado, y en la modalidad del contrato de concesión el principio de riesgo y ventura, el concesionario asume todas las consecuencias –favorables o desfavorables– que se derivan del cumplimiento efectivo del contrato, salvo en aquellos supuestos en los que se produce la quiebra del mencionado principio de riesgo y ventura, ya sea el ejercicio del ius variandi, ya la figura del factum principis o bien la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible.

El problema se plantea en cuanto a la aparición de circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que inciden en el equilibrio económico-financiero del contrato para alterarlo en perjuicio del concesionario, que ve como los ingresos previstos son insuficientes. Entre esas circunstancias exógenas sin duda puede incluirse la disminución del crecimiento de la población que obviamente incidirá en la disminución de los ingresos.

En este contexto, la cuestión que se suscita es si esa circunstancia, que en última instancia pudiera verse condicionada por la situación de crisis económica que se produce de forma simultánea, integra un supuesto de riesgo imprevisible que atempere las derivaciones del principio de riesgo y ventura para el concesionario.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo concluye que, con carácter general, no puede configurarse como un supuesto de riesgo imprevisible que suponga la quiebra del principio de riesgo y ventura asumido por el contratista. Ni tan siquiera la apelación a la situación de crisis económica puede reputarse un supuesto de riesgo imprevisible pues, en última instancia, se recuerda que la ocurrencia de períodos de crisis en la vida económica está ya prevista en la propia cadencia de los ciclos económicos.

La STS de 12 mayo de 2016, Recurso 451/2012, que recoge las precedentes en idéntico sentido, señala que *"es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción"*. Lo antes expuesto impone la desestimación de su compensación.

Distinta suerte debe correr el recurso en lo que se refiere a la segunda partida pretendida, la correspondiente a disminución de ingresos por por incremento de los impagos de los consumidores (597.659,51). Esta partida es desestimada en la sentencia por considerar que los Pliegos atribuyen la competencia de gestionar los cobros a la concesionaria, por lo que los impagos deben ser asumidos en base al principio de riesgo y ventura. Sin embargo el texto de los pliegos, tal y como expone el recurrente ASCAN, atribuye sólo la gestión recaudatoria en periodo voluntario, puesto que tal y como se expone en el informe del interventor, el concesionario es un prestador de servicios y la cláusula decimosexta del pliego responsabiliza a la concesionaria de la vía voluntaria, pero no de la ejecutiva, de lo que se concluye que la acción de cobro de los recibos impagados corresponde al Ayuntamiento. De ahí que quede extramuros del principio de riesgo y ventura y

se integra en el derecho al restablecimiento del equilibrio de la concesión, en tanto que los pliegos de la concesión reconocen el derecho de la concesionaria a percibir el importe de los recibos que el propio Ayuntamiento había previsto como pago por los servicios que el concesionario prestaba, y en base a ello, la incidencia de los impagos dando lugar a una variación importante de la tasa media de impagos, con la consiguiente merma de ingresos, debe ser abonada por el Ayuntamiento al depender exclusivamente del Ayuntamiento y no tener intervención la concesionaria.

Lo anterior justifica la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por ASCAN a los efectos de incluir en la cantidad objeto de compensación 597.659,51€.

En conclusión la cantidad que en concepto de principal debe abonar el Ayuntamiento a la mercantil ASCAN, empresa constructora y de gestión S.A. asciende a 5.161.458,03€, resultado de deducir de la reconocida en la instancia la cantidad de 298.715,70€, por la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Castro Urdiales, según se analiza en el fundamento sexto de esta sentencia, y de adicionar la cantidad de 597.659,51€, por estimación parcial del recurso de ASCAN empresa constructora y de gestión S.A.

NOVENO.- La estimación parcial de ambos recursos de apelación y el mantenimiento de la estimación parcial de la demanda, de conformidad con lo previsto en el art. 139. 1 y 2 de la LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de Octubre, justifica que no proceda realizar pronunciamiento de condena de las costas en la apelación, y que se confirme el realizado en la instancia, sin imposición.

VISTOS.- Los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Ayuntamiento de Castro Urdiales, y por ASCAN, empresa constructora y de gestión S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado contencioso nº 2 de Santander, de fecha el día 18 de marzo de 2016. Se revoca parcialmente la sentencia y se fija en 5.161.458,03€ la suma que en concepto de principal debe abonar el Ayuntamiento de Castro Urdiales a la mercantil ASCAN, empresa constructora y de gestión S.A., y se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada, sin que proceda imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.