

Acuerdo n°: **19/24**
Consulta: **Alcalde de Fuenlabrada**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **19.12.24**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de diciembre de 2024, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Fuenlabrada, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente relativo a la interpretación del contrato denominado “*Redacción de proyecto, dirección de obra, construcción y explotación de instalaciones en la Ciudad Deportiva Oeste en Fuenlabrada*”, adjudicado a la empresa FUENLABRADA SPORT 10, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de diciembre de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Fuenlabrada en relación con la interpretación del contrato citado en el encabezamiento.

Dicha solicitud dio lugar al expediente número 801/24 de esta Comisión Jurídica Asesora, iniciándose en la indicada fecha el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el

artículo 23 apartado 1 del Reglamento Orgánico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Ha correspondido su ponencia a la letrada vocal, Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de acuerdo, siendo deliberado y aprobado, en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 19 de diciembre de 2024.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- El 23 de julio de 2010, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada aprobó el estudio económico-financiero y de viabilidad, así como los pliegos que debían regir el contrato de concesión de obra pública denominado *“Redacción de proyecto, dirección de obra, construcción y explotación de instalaciones en la Ciudad Deportiva Oeste en Fuenlabrada”*.

2.- Previa licitación, el contrato fue adjudicado, el 3 de diciembre de 2010, a la empresa Fuenlabrada Sport 10, S.L. El contrato se formalizó el 22 de diciembre de 2010.

De dicho contrato interesa destacar las siguientes cláusulas:

En la cláusula segunda se establece el precio de las diferentes prestaciones que componen el contrato, consignándose un canon anual de 175.000,00 euros y un compromiso de inversión mínima a efectuar de 16.562.319,40 euros. El plazo de la concesión se establece en 39 años.

La cláusula tercera estipuló un plazo de dos meses desde la formalización del contrato para la elaboración del proyecto; tres meses desde la fecha del acta de comprobación del replanteo para el inicio de

la ejecución de las obras, que deberían terminarse en un plazo de veinticuatro meses.

Además, interesa destacar la cláusula quinta que establece el equilibrio financiero de la concesión en los siguientes términos:

“Aportación municipal para garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra:

El concesionario tendrá derecho a percibir del Ayuntamiento de Fuenlabrada, las cantidades que, en este apartado de acuerdo con la Tarifa de Equilibrio, con su correspondiente revisión, en concepto de la explotación de las instalaciones.

Las cantidades para el mantenimiento de equilibrio se determinará mediante el cálculo anual de los ingresos procedentes por abonados medios mensuales, tal y como se recoge en los apartados siguientes.

Se determina como tarifa de equilibrio cuyo objeto es garantizar el equilibrio económico y financiero de la concesión, la cantidad de 5.000 abonados medios mensuales garantizados. Dicha cifra podrá alcanzarse o no a lo largo de la concesión, para lo cual la comisión de seguimiento realizará un análisis de la misma, a efectos de liquidar conforme a lo estipulado en los documentos contractuales de la concesión, las cantidades que cada año correspondan. Para ello el tercer trimestre de cada año, dicha dirección técnica realizará las estimaciones de ingresos por abonados garantizados, procediendo a realizar una estimación del valor de todos con objeto de planificar los presupuestos municipales, para la inclusión en los de las correspondientes partidas de gastos necesarias para hacer frente a la liquidación real de estas partidas que habrá de realizarse en el primer

trimestre del año siguiente, procediendo a realizar el Ayuntamiento, los pagos que correspondan según la liquidación resultante en el segundo trimestre de dicho año.

La compensación municipal por el restablecimiento o garantía de equilibrio financiero de la concesión se efectuará de forma equivalente a los ingresos no calculados en función del precio del abono normal mensual, y siempre que se produzca una desviación del número de abonados superior al 10% límite establecido en el estudio de viabilidad para considerar la inversión en riesgo.

La tasa de equilibrio será variable en función del número de abonados que se registren en las instalaciones, generando compromisos de pagos para el Ayuntamiento al Concesionario en el caso de no alcanzarse el equilibrio de la concesión o compromisos de ejecución de mejoras en las instalaciones a cargo del concesionario en caso de superarse el equilibrio de la concesión de la siguiente forma:

En caso de no alcanzar la concesión el nivel garantizado de 5.000 abonados mensuales medios, como ingresos de equilibrio, el Ayuntamiento asumirá a su cargo y abonará al concesionario, los ingresos correspondientes a la diferencia entre la cifra de abonados registrados y la cifra garantizada. El cómputo de los 5.000 abonados mensuales medios se realizará una vez contruidos los nuevos equipamientos deportivos, y puesta en funcionamiento de los servicios deportivos.

Se entenderá por "abonado mensual medio garantizado" a efectos de garantías de la tasa de equilibrio aquellos que se correspondan con el abono denominado "Abono normal mensual", al precio vigente en cada anualidad, calculando por tanto los ingresos procedentes de este tipo de abonado como ingresos afectos a la determinación de la tasa de equilibrio. Los ingresos procedentes

del resto de los abonos mensuales se computarán de forma proporcional al precio del abono respecto del abonado denominado "Abono mensual general". El resto de ingresos no serán computables a efectos del cálculo de la tarifa de equilibrio».

Según resulta del expediente, el Ayuntamiento de Fuenlabrada, desde el inicio de la explotación, ha efectuado los siguientes pagos al concesionario en virtud de la tarifa de equilibrio:

- 2012, Comisión de Seguimiento 14/05/2014, 336.537,63 €.
- 2013, Comisión de Seguimiento 11/07/2014, 622.510,10 €.
- 2014, Comisión de Seguimiento 26/03/2015, 540.166,15 €.
- 2015, Comisión de Seguimiento 05/07/2016, 830.378,27 €.
- 2016, Comisión de Seguimiento 10/07/2017, 970.801,70 €.
- 2017, Comisión de Seguimiento 09/04/2018, 967.450,55 €.
- 2018, Comisión de Seguimiento 23/05/2019, 943.323,04 €.
- 2019, 959.127,40 €.
- 2020, Comisión de Seguimiento 29/06/2021 1.044.958,09 €.
- TOTAL, 7.215.252,93 €.

3.- La Intervención General del Ayuntamiento de Fuenlabrada realizó una auditoría operativa con la colaboración de la empresa auditora externa FAURA CASAS AUDITORS CONSULTORS, S.L. a la empresa concesionaria, emitiendo informe provisional el 16 de mayo de 2023, en el que se recogen como principales conclusiones las siguientes:

«1.- La información de las memorias de actividades y servicios anuales no incluye la totalidad de la información requerida en los pliegos de prescripciones técnicas de la licitación del contrato.

2.- El análisis del equilibrio económico a lo largo del periodo de ejecución con respecto al estudio de viabilidad inicial ha puesto de manifiesto que la empresa concesionaria ha obtenido un beneficio antes de impuestos superior en 1.787.894.-€ al estimado por el estudio económico financiero.

3.- El que para garantizar la viabilidad económica únicamente se tenga en cuenta el número de abonados (5.000) y no se tengan en cuenta los resultados de la explotación, así como los resultados de la cafetería y ventas de vending, supone que no se analice y verifique la equivalencia entre las ventajas que realmente obtiene el concesionario y las obligaciones que se le exigen y tiene que afrontar el concesionario.

4.-El concesionario no tiene que aplicar técnicas de marketing o ventas para la captación de usuarios y asegurar la rentabilidad de la concesión, cuando la aplicación de estas técnicas se considera imprescindible en una buena gestión del servicio y para garantizar la rentabilidad del servicio que presta el concesionario. La cláusula anula la necesidad de que el concesionario tenga que aplicar las capacidades y habilidades para la captación de usuarios, trasladándole toda la carga y la iniciativa al Ayuntamiento.

5.-No se ha considerado, en el cálculo de la tarifa de equilibrio abonada en estos 10 años, ningún ajuste por los costes variables en los que no incurre la empresa concesionaria por el número de abonados que sufraga el Ayuntamiento, y que hubiese tenido que soportar si se hubiese alcanzado el número de 5.000 abonados. La falta de información impide que se pueda estimar este ajuste

de costes. La programación de actividades deportivas que debe elaborar anualmente la empresa, podría ser el documento que recogiese la programación y los recursos necesarios en los que incurriría el concesionario para prestar el servicio de 5.000 abonados.

6.-Los protocolos y procedimientos implantados por el concesionario para el seguimiento y control de cobros en efectivo o tarjeta se consideran razonables para determinar la integridad de los abonos cobrados mediante esta modalidad.

7.-La estimación de las previsiones de los ingresos y gastos de los ejercicios pendientes de ejecución del contrato, concluye que la entidad concesionaria obtendría beneficios que le permitirían recuperar la inversión y obtener una TIR positiva que confirma la rentabilidad del proyecto.

8.-El análisis del programa “interforus” pone de manifiesto que ha habido muchos más usuarios de Fuenlabrada que han utilizado otros centros, a los 34 usuarios de otros centros que han utilizado las instalaciones de Fuenlabrada.

9.-El análisis del control y procedimiento para obtener la información que soporta los datos utilizados en el cálculo de las tarifas de equilibrio (programa Deporwin), pone de manifiesto que existen pequeñas diferencias, ocasionadas por errores administrativos y correcciones posteriores, si bien, estas variaciones no se consideran significativas, y la información proporcionada por FORUS se puede considerar razonable.

10.-La empresa concesionaria ofertó como inversión mínima a ejecutar el importe de 16.562.319,40.-€ más IVA, habiéndose recepcionado por el Ayuntamiento únicamente una ejecución de

15.373.366,60.-€. Se ha solicitado información a la empresa concesionaria sobre cómo se ha ejecutado el importe pendiente de 1.188.952,80.-€, no proporcionándose la justificación o evidencia de esta inversión. Se recomienda que, como parte de la información del acuerdo de concesión, también se incluya en las cuentas anuales, la información que permita identificar el importe de la inversión que se ha considerado por la sociedad y los cálculos o estimaciones que concilien dicho importe con el valor actual de la contraprestación a recibir por parte del Ayuntamiento de Fuenlabrada.

11.-No se remite a la comisión de seguimiento la memoria económica donde se detallen todos los ingresos y los gastos de la explotación diferenciando los ingresos y gastos correspondientes a los abonos medios, del resto de los ingresos y gastos de la empresa, de manera que dicha información permita verificar que la información rendida de las cuentas anuales es equivalente a los datos que se utilizan para el cálculo de la tarifa de equilibrio.

12.-No se remite a la comisión de seguimiento el inventario de las instalaciones, equipos, máquinas y útiles afectos al servicio».

4.- El 11 de julio de 2023, la concesionaria formuló alegaciones al informe provisional de auditoría de la Intervención General del Ayuntamiento de Fuenlabrada. En dichas alegaciones, se da contestación a los distintos puntos del informe provisional, siendo oportuno destacar sus manifestaciones relativas al principio de riesgo y ventura que rige el contrato de concesión de obra pública, así como sobre la claridad de la cláusula quinta del contrato establecida para garantizar el equilibrio económico de la concesión.

5.- El 3 de octubre de 2023, la Intervención General del Ayuntamiento de Fuenlabrada eleva a definitivo el informe provisional de auditoría operativa.

6.- El 13 de mayo de 2024, la Intervención General del Ayuntamiento de Fuenlabrada fiscaliza de conformidad la tarifa de equilibrio para el año 2023, *“todo ello, sin perjuicio de que se deban tener en cuenta las conclusiones puestas de manifiesto en el informe definitivo de auditoría operativa contratada en 2022 por el Ayuntamiento de Fuenlabrada con la empresa FAURA CASAS AUDITORS CONSULTORS S.L.”*.

El 3 de julio de 2024, la Intervención General emite un informe complementario de fiscalización para realizar algunas aclaraciones sobre el anteriormente emitido y, entre otras cuestiones, indica que *“el órgano de contratación debe adoptar el oportuno acuerdo instando a la concesionaria, para que, en un plazo estimado, termine de ejecutar la inversión inicial no justificada y que asciende a la cantidad de 699.887,02.-€. De no llevarse a cabo la inversión pendiente deberá iniciarse el oportuno expediente de incumplimiento contratación, indemnizando al Ayuntamiento por daños y perjuicios, e imposición de penalidades, en su caso”*.

7.- La Asesoría Jurídica municipal emite informe el 10 de septiembre de 2024, en el que tras referirse a la cláusula quinta del contrato de constante referencia y al informe de auditoría de la Intervención General, y efectuar las oportunas consideraciones jurídicas sobre el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en favor del ayuntamiento, concluye en *“la necesidad de iniciar los trámites necesarios para determinar la compensación económica correspondiente al Ayuntamiento de Fuenlabrada debido a la rotura del mantenimiento del equilibrio económico del contrato por un incremento más que considerable de los ingresos del concesionario según estaba previsto en el estudio de viabilidad económico financiero del expediente de contratación; así como exigir el cumplimiento respecto a las inversiones que ha de realizar el concesionario, ya que de no ser*

así se estaría permitiendo el enriquecimiento injusto de un particular a costa del interés general municipal”.

TERCERO.- El 27 de septiembre de 2024, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada, teniendo en cuenta lo indicado en el antecedente de hecho anterior, aprueba el siguiente acuerdo:

“PRIMERO. – Incoar expediente administrativo relativo a reconocimiento a favor del Ayuntamiento de Fuenlabrada del derecho a ser compensado por la empresa concesionaria FUENLABRADA SPORT 10, S.L. en la cantidad de 1.787.894.-€, tras las conclusiones del informe definitivo de los trabajos de auditoria realizados por el Ayuntamiento, a través de la empresa FAURA CASAS AUDITORS CONSULTORS, S.L. y que ponen de manifiesto que la empresa concesionaria ha obtenido un beneficio superior, en la cantidad anteriormente indicada, a la estimada en el estudio económico.

SEGUNDO. – Proponer al concesionario el siguiente cronograma de devolución, en aras a no producir un desequilibrio a la empresa concesionaria(...).

TERCERO. - Conceder a la empresa concesionaria un plazo de alegaciones de 15 días conforme a los señalado por el art. 82.2 LPACAP.”

Dicho acuerdo fue notificado a la empresa concesionaria el 7 de octubre de 2024.

El 25 de octubre de 2024, la adjudicataria formula alegaciones que, en síntesis, ponen de manifiesto que la previsión contractual referida a la tarifa de equilibrio es clara por sí misma y no plantea dudas de interpretación, siendo una cláusula que se recoge en otros

contratos de concesión similares y cuya conformidad a Derecho ha sido ratificada por los tribunales con carácter firme. Sostiene que lo que pretende el ayuntamiento es crear de cero, sin cobertura legal o contractual, un derecho económico a su favor y a costa de la concesionaria sin compensar en absoluto a esta última. Aduce que el ayuntamiento ha abonado a la sociedad puntualmente la tarifa de equilibrio durante los 10 primeros años de concesión, sin ningún problema interpretativo.

La concesionaria aduce, además, con cita de jurisprudencia, que el Tribunal Supremo ha señalado que un órgano de contratación no puede intervenir unilateralmente un contrato modificando aspectos relevantes que incidan directamente en los resultados económicos de la concesionaria, pues ello sería tanto como admitir que la Administración puede modificar a voluntad las características del contrato siempre que el contratista no acredite que incurría en pérdidas, lo que constituye una interpretación manifiestamente desviada de las previsiones contractuales.

Asimismo, indica que no concurren los presupuestos exigidos por la normativa contractual para acordar el reequilibrio económico del contrato, por cuanto el ayuntamiento no ha iniciado ningún procedimiento para modificar por razones de interés público las condiciones de explotación de la obra, y si así fuese, y ello incidiera en los resultados económicos de la concesionaria, debería llevar aparejado la pertinente compensación en favor de la sociedad. Además, señala que no concurre ninguna causa de fuerza mayor o actuaciones de la Administración que determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Añade que el informe de auditoría refleja que no se ha producido una ruptura sustancial de la economía del contrato, sino que la concesionaria, asumiendo el riesgo y ventura propio de dicha relación contractual,

algunos años obtiene mejores resultados económicos de los previsto en el estudio de viabilidad inicial, y otros años, peores resultados. Por último, incide en la inexistencia de un riesgo imprevisible, no imputable a la gestión del concesionario, que provoca una subversión en la economía de la concesión, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o favorable en términos económicos.

Además, la concesionaria aduce que el estudio de viabilidad de la concesión que invoca el ayuntamiento para exigirle el reembolso, es un documento que incluye meras estimaciones y que parte de condiciones distintas (canon abonado por la sociedad: 150.000 €; número de años del contrato: 40 e inversión inicial: 15.056.654 €) a las finalmente pactadas tras la licitación (canon abonado por la sociedad: 175.000 €; número de años del contrato: 39 e inversión inicial: 16.562.319,40 €). Asimismo, incide que se trata de un documento no vinculante, por lo que los licitadores deben presentar su propio estudio económico-financiero y, precisamente, el aportado por la concesionaria estimó unos beneficios antes de impuestos superiores a los obtenidos realmente por la sociedad, por lo que, entiende que, aplicando el criterio del ayuntamiento, debería acordarse un reequilibrio económico del contrato, pero en favor de la concesionaria y no del ayuntamiento.

El 6 de noviembre de 2024, la Intervención General del Ayuntamiento de Fuenlabrada emite un informe complementario de control financiero a los emitidos el 13 de mayo y el 3 de julio de 2024, aclarando que la oferta fue correctamente ejecutada por la empresa concesionaria, y a tal efecto, procedía dar por terminadas las actuaciones municipales conducentes a dar cumplimiento a la conclusión del informe de auditoría en su punto 10º, en el que se decía que la empresa concesionaria ofertó como inversión mínima a ejecutar el importe de 16.562.319,40 € más IVA, habiéndose

recepcionado por el ayuntamiento únicamente una ejecución de 15.373.366,60 €.

El 17 de noviembre de 2024, la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Fuenlabrada emite informe en el que incide en los términos del anteriormente emitido, y en contestación a las alegaciones de la concesionaria indica que la interpretación del contrato que se pretende y que deriva del contenido del informe de la Intervención general del Ayuntamiento de Fuenlabrada, en consonancia con el informe de auditoría, no viene a modificar la cláusula quinta del contrato sobre la tarifa de equilibrio. Señala que, sentado el hecho de que el ayuntamiento garantiza el equilibrio del contrato conforme a la cláusula quinta del mismo, debemos preguntarnos por qué, si existe un beneficio extra sobre el ya calculado y obtenido por la concesionaria según el estudio de viabilidad económico financiero, este beneficio extra no debe servir para compensar al ayuntamiento. Destaca que “riesgo y ventura” y “equilibrio económico”, deben jugar simultánea y coordinadamente en los contratos de gestión de servicios públicos, y que el problema con el que nos encontramos para articular este reparto del desequilibrio es que ni el derecho positivo ni la jurisprudencia concretan en qué porcentaje debe hacerse, por lo que debe ser en los pliegos donde se previene esta situación. Como no es así en este caso, no queda más remedio que realizar el presente procedimiento, que tiene como límite que los datos económicos garantizan que el servicio siga siendo rentable a través de la tarifa de equilibrio que abona el ayuntamiento al concesionario, debiendo la empresa conformarse con un menor beneficio.

Además, el informe señala que no cabe duda alguna que el estudio de viabilidad económica financiera, sus datos, fueron trasladados al Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la

posterior adjudicación del contrato. Por lo cual, los datos económicos que sirvieron de base para conformar el canon y la tarifa de equilibrio del contrato, también deben servir de base para para la obtención de los cálculos de beneficios extraordinarios de la empresa.

Por lo expuesto, el informe concluye que las alegaciones de la concesionaria deben ser desestimadas, acordándose por el órgano de contratación, previo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, una compensación económica correspondiente al Ayuntamiento de Fuenlabrada debido a la rotura del mantenimiento del equilibrio económico del contrato por un incremento más que considerable de los ingresos del concesionario, según estaba previsto en el estudio de viabilidad económico financiero del expediente de contratación.

El 25 de noviembre de 2024, el concejal de Promoción Deportiva y Vida Saludable, en uso de las facultades delegadas el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Fuenlabrada, formula propuesta de acuerdo a la Junta de Gobierno Local, en base a los informes emitidos en el curso del procedimiento, en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Desestimar las alegaciones formuladas por Fuenlabrada Sport 10, S.L. presentadas con fecha 25.10.24 y nº de registro 2024061785, en relación con el expediente de interpretación del contrato para la “Redacción de proyecto, dirección de obra, construcción y explotación de instalaciones en la ciudad deportiva oeste en Fuenlabrada” aprobando el reconocimiento a favor del Ayuntamiento de Fuenlabrada del derecho a ser compensado por la empresa concesionaria FUENLABRADA SPORT 10, S.L. en la cantidad de 1.787.894.-€, tras las conclusiones del informe definitivo de los trabajos de auditoria realizados por el Ayuntamiento, a través de la empresa FAURA CASAS AUDITORS CONSULTORS, S.L. y que ponen de

manifiesto que la empresa concesionaria ha obtenido un beneficio superior, en la cantidad anteriormente indicada, a la estimada en el estudio económico.

SEGUNDO.- Notificar a la empresa concesionaria los acuerdos adoptados”.

En esa misma fecha, 25 de noviembre de 2024, el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Fuenlabrada firmó la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, que tuvo entrada en este órgano consultivo el 3 de diciembre de 2024.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deber ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

De igual modo, el artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), aplicable a este procedimiento en

virtud de la fecha de inicio (27 de septiembre de 2024), establece que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: *“a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Al formularse oposición por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

SEGUNDA.- Con carácter previo a cualquier otra consideración, procede determinar si nos hallamos ante un procedimiento de interpretación contractual que exija el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora conforme a lo expresado en la consideración anterior.

Lo que acabamos de decir resulta relevante como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2020 (recurso 1192/2018) *«porque la determinación de la naturaleza de un procedimiento administrativo no puede depender de lo que crea, aún de buena fe, el órgano que lo incoa, tramita y resuelve, sino de lo que realmente es, ya que entender lo contrario iría contra el principio de legalidad que rige incondicionalmente esta materia, e igualmente vulneraría el principio de seguridad jurídica, que no es compatible con una suerte de concepción "subjetivista" de lo que constituye la naturaleza de un procedimiento administrativo»*.

En este caso, como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, la propuesta del Ayuntamiento de Fuenlabrada, dice literalmente *«Desestimar las alegaciones formuladas por Fuenlabrada Sport 10, S.L. presentadas con fecha 25.10.24 y nº de registro 2024061785, en relación con el expediente de interpretación del contrato para la “Redacción de proyecto, dirección de obra, construcción y explotación de instalaciones en la ciudad deportiva oeste en*

Fuenlabrada” aprobando el reconocimiento a favor del Ayuntamiento de Fuenlabrada del derecho a ser compensado por la empresa concesionaria FUENLABRADA SPORT 10, S.L. en la cantidad de 1.787.894.-€, tras las conclusiones del informe definitivo de los trabajos de auditoria realizados por el Ayuntamiento, a través de la empresa FAURA CASAS AUDITORS CONSULTORS, S.L. y que ponen de manifiesto que la empresa concesionaria ha obtenido un beneficio superior, en la cantidad anteriormente indicada, a la estimada en el estudio económico».

Si atendemos al mencionado informe de auditoría, posteriormente plasmado en el informe definitivo emitido por la Intervención General del Ayuntamiento de Fuenlabrada de 3 octubre de 2023, el procedimiento se plantea a raíz de haber detectado en la auditoría realizada que la empresa concesionaria ha obtenido un beneficio antes de impuestos superior en 1.787.894 € al estimado por el estudio económico financiero y considerar por tanto que dicho ayuntamiento debe ser compensado por el contratista en dicha cantidad para mantener el equilibrio del contrato. Por ello, el informe de la Asesoría Jurídica que sirve de fundamento al inicio del procedimiento plantea la necesidad de iniciar los trámites necesarios para determinar la compensación económica correspondiente al Ayuntamiento de Fuenlabrada, debido a la rotura del mantenimiento del equilibrio económico del contrato por un incremento más que considerable de los ingresos del concesionario, según estaba previsto en el estudio de viabilidad económico financiero del expediente de contratación.

Del expediente examinado se desprende que al ayuntamiento no le plantea ninguna duda interpretativa la tarifa de equilibrio plasmada en el contrato o al menos no plantea una interpretación de la misma distinta a la que resulta de sus estrictos términos, que por

otra parte lleva aplicando durante los diez años que lleva vigente la concesión, sino que considera que su aplicación le resulta perjudicial y por ello su propuesta es la compensación económica por parte del concesionario.

En realidad, ese es el objeto del procedimiento, una reclamación de cantidad del Ayuntamiento de Fuenlabrada al concesionario fundada en el enriquecimiento injusto que afirma producido en favor del mismo y tendente al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión a favor del propio ayuntamiento.

Resulta cierto que el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión a favor del interés público es una de las prerrogativas de la Administración, tal y como recoge el artículo 232.1 c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de aplicación al presente expediente en función de su fecha de adjudicación, y que se mantiene en la legislación posterior, así el artículo 261.1 c) de la LCSP/17.

La posibilidad de reequilibrar económicamente un contrato se admite como consecuencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, de tal forma que en los casos en los que se alteren extraordinariamente las circunstancias respecto de las existentes al contratar cabe el reequilibrio del contrato considerando que en la mecánica contractual debe existir un cierto equilibrio entre las prestaciones de las partes.

Esta cláusula se solía aplicar con un carácter restrictivo de tal forma que se exigía que existiese una alteración sobrevenida, extraordinaria, imprevisible e inimputable de las circunstancias que provocase una desproporción exorbitante entre las partes, siendo en todo caso de aplicación subsidiaria.

En el ámbito de la contratación pública esta cláusula se ha aplicado igualmente de una forma restrictiva si bien se admitió su

juego específicamente en las concesiones desde el famoso *Arrêt* del Consejo de Estado francés *Compañía General Francesa de Tranvías* de 1910.

En nuestro ordenamiento jurídico se recogió expresamente al regular de una manera completa la concesión de obra mediante la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Su exposición de motivos destaca que el principio de equilibrio económico financiero de la concesión se solía recoger en los pliegos de cláusulas de una manera únicamente favorable al concesionario. Por el contrario, la LCSP/17 afirma que:

“Para que la concesión conserve su naturaleza, el equilibrio económico contractual deberá recomponer –cuando se altera por las causas tasadas que la ley establece– el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario”.

De esta forma la citada ley introducía en el artículo 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, los supuestos en los que procedía el reequilibrio, que también recoge el artículo 241 de la LCSP, en los siguientes términos:

“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 y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, 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 4º. de la letra c), y en la letra d) del artículo 115.1.3.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un periodo que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente

asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación”.

De lo expuesto resulta, que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, pero establece tres supuestos concretos, que nos reconducen al *ius variandi*, el *factum principis* y la *fuerza mayor* en el contrato de concesión de obras públicas.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2019, “*en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones —tasadas— a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, que permiten 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 el mismo sentido, el art. 127 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, establece en su apartado 2 la obligación de la corporación de mantener el equilibrio económico de la concesión y establece los mecanismos al efecto, bien mediante una compensación económica al concesionario cuando las modificaciones que introduzca le incrementen los costes o disminuyan su retribución, bien mediante una revisión de tarifas y subvención cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

En este caso, del expediente examinado, resulta claro que no se dan, o al menos, el órgano consultante no invoca ninguna de las

circunstancias expuestas anteriormente que le permitirían acudir a realizar un reequilibrio económico de la concesión.

El único supuesto posible que permitiría al Ayuntamiento de Fuenlabrada acudir a un reequilibrio económico de la concesión viene determinada por lo previsto en el propio contrato para su revisión [artículo 248.2 c) de la LCSP], y como hemos dicho, en este caso, el propio contrato solamente ha establecido el reequilibrio en favor del concesionario a través de la mencionada cláusula quinta que reproduce lo dispuesto en la cláusula II.8 del PCAP “*aportación municipal para garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra*”.

En todo caso, como hemos dicho, tratándose como hemos dicho de un procedimiento para mantener el equilibrio del contrato, en uso de la prerrogativa que ostenta la Administración en los supuestos legales anteriormente citados, se trata de un procedimiento distinto al de interpretación contractual y en el que no es preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015 y el artículo 191.3 de la LCSP/17.

En un sentido parecido nos pronunciamos en nuestro Acuerdo 8/17, de 5 de octubre, criterio acogido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2020, anteriormente citada.

Por lo tanto, no tratándose propiamente de un procedimiento de interpretación contractual, no resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora, adopta el siguiente

ACUERDO

Procede devolver el expediente de interpretación del contrato denominado “*Redacción de proyecto, dirección de obra, construcción y explotación de instalaciones en la Ciudad Deportiva Oeste en Fuenlabrada*”, adjudicado a la empresa Fuenlabrada Sport 10, S.L, al entender que se trata de un procedimiento de reequilibrio económico de la concesión y por tanto no ser preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Madrid, a 19 de diciembre de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 19/24

Sr. Alcalde de Fuenlabrada

Pza. de la Constitución, 1 – 28943 Fuenlabrada