

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Vía Laietana, 56, 3ª planta 08003 Barcelona  
93 344 00 50**

En aplicación de la normativa española y Europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

**Recurso de apelación de Sala núm. 1523/2023  
Recurso de apelación de la Sección Quinta núm. 361/2023**

**SENTENCIA nº 2589/2024**

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTA  
[REDACTED]

MAGISTRADOS  
[REDACTED]

En Barcelona, a 5 de Julio de dos mil veinticuatro.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY esta sentencia para resolver el recurso de apelación arriba referenciado, interpuesto por la SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.U. (en adelante AGBAR) (antes SOCIEDAD REGIONAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS, SAU, SOREA), representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED], siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE ARENYS DE MAR, representado por la Procuradora de los Tribunales Mª FRANCESCA BORDELL SARRO.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En el procedimiento ordinario nº 287/2018 A, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 16 de Barcelona, se dictó sentencia nº 90/2023, de fecha 21/03/2023, por la que se desestimó el recurso formulado frente a la desestimación presunta de las solicitudes presentadas por la actora para el reconocimiento del desequilibrio económico-financiero de la concesión para la gestión del servicio de suministro de agua potable en Arenys de Mar correspondientes a los ejercicios 2015 a 2017.

**SEGUNDO.** Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal, lo que verificó.

**TERCERO.** Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrada Ponente y se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

**CUARTO.** En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Antecedentes relevantes**

Con fecha 24 de octubre de 2001 el Pleno del Ayuntamiento de Arenys de Mar aprobó el Pliego de cláusulas administrativas particulares y Pliego de cláusulas de explotación que había de regir el concurso para la adjudicación mediante concesión de la gestión indirecta del servicio público municipal para el suministro de agua potable del municipio (en adelante "el Pliego") que obra en los folios 2 a 35 del EA 2019/743.

Tras la correspondiente tramitación, con fecha 27 de febrero de 2002, el Ayuntamiento de Arenys de Mar adjudicó a SOREA (ahora AGBAR) dicho contrato, que se formalizó en fecha 1 de abril de 2002 (en adelante, "el contrato") con una duración prevista de 25 años. (folios 133 a 170 EA).

Según el artículo 27 del contrato, la retribución consiste en un precio euro/m<sup>3</sup> de agua facturada siendo que, de conformidad al artículo 30, la revisión de la retribución se efectúa de forma ordinaria con carácter anual, por aplicación de la fórmula polinómica recogida en dicho artículo.

La referida fórmula fue objeto de modificación por medio de Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, adoptado en fecha 23 de julio de 2008 en relación con determinados costes del servicio objeto de la concesión a SOREA, Acuerdo que la concesionaria aceptó.

En el mes de octubre de 2015 SOREA presentó ante el Ayuntamiento demandado escrito solicitando la aprobación de nuevas tarifas y aportando el correspondiente estudio económico. Justificaba entonces que las tarifas vigentes venían siendo

aplicadas desde el 1 de enero de 2009 y habían sido aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 10 de noviembre de 2008 y posteriormente autorizadas por la Comisión de Precios en fecha 19 de diciembre de 2008. Igualmente se indicaba que el mes de abril de 2012 se había redactado un nuevo expediente de revisión de tarifas del servicio que repercutía el incremento de costes derivados de la aplicación de la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, que contempla las modificaciones del Canon del Agua, regulado por el Decreto legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la legislación de aguas de Cataluña, (en adelante, "Ley 5/2012") y que, a pesar de haber sido autorizado por la Comissió de Preus de Catalunya, el nuevo régimen tarifario nunca había llegado a ser aplicado.

También se decía por la concesionaria que desde entonces se había producido un incremento en los costes de los factores productivos que intervienen en la actividad que SOREA llevaba a cabo, así como un descenso del consumo, indicando también que *"A més, s'ha de considerar addicionalment, que amb els ingressos autoritzats a l'aprovació de la tarifa vigent, des del gener de 2009, s'assumia un important dèficit del servei."* Todo ello llevaba a SOREA a la conclusión de que procedía una revisión de las tarifas, que se pedía adjuntando el correspondiente estudio económico, peticionando su aprobación con el consiguiente traslado del expediente a la Comissió de Preus de Catalunya.

En el Informe de la Intervención de fecha 24 de noviembre de 2015 (folios 94 y 95 EA) se mantenía debía requerirse a SOREA que aportara una serie de documentación que se consideraba esencial, y se suspendía el plazo legalmente establecido para la emisión por parte del Pleno de la Corporación del Informe relativo a dicha solicitud.

En virtud de decreto de 25 de noviembre de 2015 (folios 102 a 104 EA) se requirió a SOREA dicha información, se suspendía el plazo de referencia y se acordaba notificar el mismo a la Comissió de Preus de Catalunya.

Tras la solicitud de una prórroga del plazo concedido, en el mes de mayo de 2017 SOREA presentó nueva solicitud de la aprobación de nuevas tarifas, aportando el correspondiente estudio económico (folios 107 a 167 EA).

Con fecha 23 de junio de 2017 se emitió informe conjunto de la Secretaría y de la Intervención municipales (folios 168 y 169 EA) que venía a concluir:

*"(...) previ el tràmit d'audiència, procediria la inadmissió de la sol·licitud presentada per SOREA en data 23 de maig de 2017 quant a la tramitació de la sol·licitud de revisió tarifària.*

*El que procedia es una petició del concessionari per modificar l'ordenança fiscal reguladora de la taxa per subministrament d'aigua potable, per tal que la taxa cobreixi el cost ordinari del servei.*

*Aquesta petició hauria de partir del cost inicial del servei previst al contracte amb les modificacions derivades de l'aplicació de la fórmula polinòmica, en*

*cap cas es podrien incloure revisions extraordinàries de costos no aprovades per l'ajuntament."*

Tras la realización de otros trámites, finalmente se dictó el Decreto 1104-2017 (folio 187 EA) de desestimación parcial de la petición de revisión de tarifas efectuada por SOREA en mayo de 2017.

De otra parte, y como también puede comprobarse en las actuaciones, la parte actora interpuso recurso contra la desestimación presunta por parte del Ayuntamiento de Arenys de Mar de la reclamación impuesta para el reconocimiento del desequilibrio económico de la concesión y la aprobación y pago del estado de cuentas entre SOREA y el Ayuntamiento de Arenys de Mar correspondiente a los ejercicios 2015 y 2016.

Posteriormente, se acordó la ampliación del recurso a la desestimación presunta de la reclamación interpuesta por SOREA con fecha 18 de mayo para el reconocimiento del desequilibrio económico-financiero de la concesión y la aprobación y pago del estado de cuentas entre SOREA y el Ayuntamiento de Arenys de Mar del ejercicio 2017.

En concepto de pagos pendientes de liquidaciones de explotación de los ejercicios 2015 a 2017, la actora –ahora apelante-, considera que debe verse resarcida en un total de 440.727,50 euros, más los intereses legales que correspondan, con el siguiente desglose:

- En relación con el ejercicio 2015: 143.083,10 euros
- En relación con el ejercicio 2016: 146.249,82 euros
- En relación con el ejercicio 2017: 151.392,58 euros

En concepto de restablecimiento del equilibrio económico financiero de los ejercicios 2015 a 2017 debe verse resarcida en un total de 826.727,40 euros, más los intereses legales que correspondan, con el siguiente desglose:

- En relación con el ejercicio 2015: 286.531,90 euros
- En relación con el ejercicio 2016: 261.809,93 euros
- En relación con el ejercicio 2017: 278.385,57 euros

Hay que decir que la actora había presentado una reclamación similar pero referida a los ejercicios de 2013-2014, de la que conoció el Juzgado Contencioso 4 de Barcelona, que desestimó el recurso, por lo que la demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la STSJC nº 3334/2023, de 16 de octubre, que no es firme, ya que AGBAR ha interpuesto recurso de casación, sin que conste a esta Sala si se ha admitido o no por el Tribunal Supremo.

Tampoco la apelante ha ofrecido información alguna sobre el resultado de ese recurso tras la notificación de la providencia de fecha 29/06/2024 por la que se señaló la deliberación votación y fallo de este recurso para el día 03/07/2024.

## **SEGUNDO. La sentencia apelada**

La sentencia apelada, tras un detallado análisis de los antecedentes, de la normativa aplicable, y de realizar un resumen de las alegaciones de las partes, desestima el recurso al entender, en síntesis, que:

- La parte actora no ha acreditado debidamente el alcance del perjuicio reclamado. Así, considera el Juez de instancia que los informes periciales aportados por la actora son puestos en duda por el informe de la interventora, ya que aquéllos no justifican documentalmente los costes que reflejan, dando por válidas las cifras que manifiesta la propia concesionaria.
- En cuanto a la procedencia del agua y la necesidad de captar toda ella del ETAP de Palafolls, considera que esa situación es imputable a las variaciones del ciclo hidrológico que, por un lado, quedan fuera del alcance del Ayuntamiento de Arenys de Mar y por otro, eran perfectamente previsibles, pues es sabido que el ciclo hidrológico fluctúa constantemente con variaciones muy notables entre años.
- Se añade también que, si se examina la gráfica obrante en el informe del interventor municipal de 2 de junio de 2021 (documento 7 del escrito de contestación a la demanda) se constata que la media de agua comprada en el período desde 2007 hasta 2017 es de 1.083.571,60 m<sup>3</sup> con una media de volumen de agua facturada de 844.832,60 m<sup>3</sup>, y si se consideran únicamente los años en los que no ha habido captación de agua de los pozos (del 2014 al 2017), el volumen de agua comprada asciende a 1.142.072,75 m<sup>3</sup> sobre un volumen facturado de 839.575,83 m<sup>3</sup>. De ello se concluye que la escasísima diferencia entre la media de estos 10 años y el periodo en el que no ha habido captación de pozos (58.501,15 m<sup>3</sup>) no es causa de desequilibrio financiero de la concesión, y que coste de la compra de agua ya se actualiza por aplicación de la fórmula de revisión del coste del servicio (revisión ordinaria), por lo que el incremento que se pueda producir en el precio de la compra del agua ya queda recogido por la aplicación de la fórmula polinómica de revisión.
- Tampoco se acepta que las modificaciones legislativas operadas por el Parlament de Catalunya mediante la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, así como por el Real Decreto 140/2003, que imponía requisitos higiénicos a los depósitos de agua, justificaran la reclamación que se plantea por el concesionario.
- En cuanto a la longitud de la red, la sentencia destaca que, en la plica presentada por la actora para participar en el concurso, la previsión era de 58 km (cuando en ese momento era de 22,7 km), por lo que crecimiento de la red ya estaba previsto por la propia recurrente al efectuar su oferta.
- El coste del almacén no se considera nuevo, ya que en la oferta presentada SOREA, ésta se obligaba a disponer de un almacén en la zona (así consta tanto en la "Memoria de la prestación del servicio", así como en el Informe del Ingeniero Municipal), aunque durante un periodo esa obligación no tuviera coste alguno para SOREA porque lo asumiera el Ayuntamiento al compartir el local.
- Seguidamente, en la sentencia se recuerda la dictada por el Juzgado Contencioso nº 4, en un procedimiento similar, si bien referido a los ejercicios 2013-2014 (al que antes ya se ha hecho referencia, sentencia que fue posteriormente confirmada por esta misma Sala y Sección).

- En cuanto a los cobros pendientes por aplicación de la revisión ordinaria aplicando la fórmula polinómica ex art. 30 PCAE (la llamada "fórmula polinómica FAURA-CASAS"), la sentencia considera que no resulta debidamente acreditada la cuantificación de costes efectuada por la parte actora, ya que la recurrente efectúa cálculos sin haber presentado la documentación contable imprescindible para que el Ayuntamiento pudiera efectuar el debido control financiero al que estaba sometido el contrato de concesión, impidiendo de forma sistemática, desde el requerimiento efectuado en fecha 25 de noviembre de 2015 dicho control, añadiendo que se imposibilitó el control financiero de los ejercicios 2015 y 2016 a través de la empresa auditora "Gabinete Técnico de Auditoría y Consultoría, SA", y que la labor de control por parte del Ayuntamiento no ha sido posible, tal y como se desprende del informe de PLETA AUDITORES SLP de 18 de mayo de 2021.

### **TERCERO. Alegaciones del escrito de apelación y oposición de la parte apelada**

En el recurso de apelación, tras relatar los antecedentes que la parte actora considera de interés –incluido el precedente relativo a la petición de reequilibrio para el año 2024, del que conoció el Juzgado Contencioso nº 4, que dictó sentencia nº 19/2022, desestimatoria del recurso, que la actora también apeló, posteriormente confirmada-, recuerda que había formulado distintas reclamaciones al Ayuntamiento (en fecha 5 de marzo y 18 de mayo de 2018) para que se le reconocieran los derechos económicos, y que estas reclamaciones fueron desestimadas por silencio por el Ayuntamiento, ya que el Consistorio ni tan siquiera dictó resoluciones para denegar la procedencia de lo solicitado.

La actora considera que la sentencia ahora apelada debe de ser revocada en atención a que:

- Comete algunos de los mismos errores que ya se cometieron por la Sentencia del JCA núm. 4. De hecho, la Sentencia impugnada entiende que debe remitirse a lo resuelto por esa Sentencia del JCA núm. 4 de Barcelona, vulnerando con ello el principio de independencia judicial.
- Según la cláusula 27 del Pliego, los ingresos deben ser suficientes para que SGAB cubra la totalidad de los "costes del servicio", tal y como estos fueron determinados por el concesionario en su oferta al concurrir a la licitación del contrato. Por lo tanto, la retribución a percibir en la prestación del servicio está condicionada por la previsión de costes de prestación del servicio que realizó SGAB al concurrir a la licitación.
- Para dar cumplimiento a lo anterior, el contrato establece un mecanismo de compensación anual de forma que, si al finalizar el ejercicio los ingresos percibidos por SGAB superan a los costes del servicio, SGAB debe abonar la diferencia a favor del Ayuntamiento en concepto de canon (cláusula 28 del Pliego) y, al revés, si los costes superan a los ingresos, el Ayuntamiento debe abonar la diferencia a favor de SGAB (cláusulas 26 y 29 del Pliego).
- Atendiendo a la relevancia que esos costes del servicio tienen para la retribución del concesionario y considerando la evolución que podían sufrir en vista de la duración del contrato (25 años), la documentación contractual

estableció un sistema de revisión ordinaria de los costes del servicio que se debía realizar cada año. En particular, y de conformidad con la cláusula 30 del Pliego, la revisión ordinaria consiste en aplicar una fórmula polinómica que actualiza los costes que sirven de base para calcular la retribución del concesionario.

- Más allá de la revisión ordinaria, el Pliego también establece en su cláusula 32 un sistema de revisión extraordinaria del contrato a fin de revisar las "condiciones generales del contrato" cuando concurren ciertas circunstancias concretas.
- El régimen de la revisión extraordinaria previsto en la cláusula 32 del PCAP es distinto al régimen de reequilibrio de los contratos que resulta de la normativa aplicable.
- Ha quedado acreditado en el caso de autos que se produjo un cambio en el sistema de captación de agua (no se podía utilizar la de los pozos, que tenía para la concesionaria un coste cero), por lo que resulta evidente que debería de haberse concluido que resultaba aplicable la cláusula 32 del Pliego, además de otros cambios sustanciales como son que se produjo una ampliación de la red de distribución o que incrementaron sustancialmente los costes del servicio como consecuencia de distintos cambios normativos que afectaron al servicio.
- La sentencia apelada valora incorrectamente la prueba practicada y aplica de forme improcedente el régimen general de reequilibrio económico de los contratos.
- Los informes del Ayuntamiento a los que el Juzgado *a quo* dota de mayor valor probatorio que a los informes periciales, en modo alguno podrían ser calificados de imparciales en tanto que han sido emitidos por una parte del proceso (el Ayuntamiento), siendo cuestionable la independencia del criterio de los funcionarios autores de los informes en tanto que tienen una relación de dependencia evidente con el Ayuntamiento, por lo que la sentencia impugnada debería de haber valorado estos informes como documentos de parte (ex artículo 324 de la LEC) elaborados por la Administración demandada.
- Hubo una variación sustancial en las circunstancias del abastecimiento por el hecho que SGAB tuvo que pasar a comprar toda el agua "en alta", prescindiendo de los pozos de los que tenía previsto extraer -sin coste- el 25% del recurso hídrico necesario para prestar el servicio.
- Hubo una ampliación notable de la extensión de red, superando incluso los límites previstos en el Plan Director.
- El desequilibrio también se produjo por la asunción de los costes de alquiler del almacén, lo que no estaba previsto, ya que inicialmente la actividad se realizaría en un local que era propiedad del Ayuntamiento, pero finalmente ello no fue así y desde el 1 de noviembre de 2013, por decisión del Ayuntamiento, SGAB tuvo que alquilar un almacén y vincularlo al servicio.

Por su parte, el Ayuntamiento de Arenys de Mar se opuso al recurso de apelación haciendo también un análisis de los antecedentes del caso y de la sentencia del Juzgado Contencioso nº 4. Así, considera el Consistorio que:

- La parte apelante apuesta por la prioridad de su prueba, en desmérito de la prueba practicada por el Ayuntamiento de Arenys de Mar, ya que, por el

simple hecho de tratarse de informes técnicos emitidos por funcionarios municipales, los desacredita vertiendo manifestaciones que en absoluto prueba y que fundamenta en una única sentencia del Tribunal Supremo (rec. 5631/2019, de 17.2.2022) que, en modo alguno crea jurisprudencia.

- La parte apelante omite deliberadamente el dictamen pericial de los auditores Pleta Auditores S.L.P., ROAC N<sup>o</sup> s/0525, emitido por Josep M<sup>a</sup> Soriano en fecha 18 de mayo de 2021.
- No hay error en la valoración de la prueba.
- Debe prevalecer la apreciación de la prueba realizada en la instancia, a excepción de aquellos casos en los que se revele de forma palmaria y clara que el órgano "a quo" ha incurrido en error al efectuar esta operación, o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba para considerar que la valoración de la prueba contraviene las reglas de la sana crítica, lo que no ha conseguido acreditar la parte apelante.
- La sentencia ha valorado en su justa medida, de manera correcta y motivada el llamado "Informe EFIAL".
- No se dan ninguno de los dos mecanismos de modulación del riesgo asumido por el concesionario, esto es, ni el ordinario (la revisión de los costes del servicio que, en el caso del contrato que nos ocupa, queda regulada en el art. 30 del PCAP, en relación con el art. 29 –tarifas del servicio- y el 31 –revisión de tarifas-), ni el extraordinario, previsto en el art. art. 163 TRLCAP, esto es, cuando la administración modifique, en ejercicio de sus prerrogativas, el contrato (*ius variandi*); cuando de sus actuaciones se derive la ruptura del equilibrio económico de las prestaciones (*factum principis*) o cuando causas de fuerza mayor –tales como fenómenos naturales de efectos catastróficos- supongan una ruptura sustancial de la economía del contrato (riesgo imprevisible).
- La imposibilidad de captar el agua en los pozos es una circunstancia perfectamente previsible, como también lo es la contaminación o la disminución de la calidad de las aguas. En todo caso, el coste de compra del agua es un elemento que queda recogido en la fórmula polinómica del apartado 30 del PCAP.
- Los cambios legislativos no pueden justificar la revisión del contrato, ya que no se han aprobado por el Ayuntamiento demandado.
- La ampliación de la red de suministro era ya una circunstancia prevista por el propio concesionario, además, la actora, en el estudio económico presentado con su oferta, ya reconoció que la extensión de la red entonces era de 58 km, y no de 22,5 km como dice ahora, muchos años después de la presentación de su oferta.
- En el informe del Sr. Garolá no sólo no se cuantifican, sino que ni siquiera se concretan, cuáles son las causas del incremento de costes. En todo caso, la extensión de la red de abastecimiento de agua no implica costes de construcción para la concesionaria, ya que es asumida en el seno de cada desarrollo urbanístico, todo ello en ejecución de las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, y en el momento de presentar la oferta (2001), este incremento de red no era inesperado ni imposible de prever.
- En la oferta presentada, SOREA se obligaba a disponer de un almacén en la zona, cuestión distinta es que durante un periodo de tiempo esa obligación no tuviera coste porque lo asumiera el Ayuntamiento al compartirlo, pero ello no

implica que, una vez que se dejó de compartir, la concesionaria no deba asumir el coste de la obligación que asumió.

- Por acuerdo del Pleno de 23.7.2008 se estableció una nueva fórmula de cálculo del coste del servicio en función de los m<sup>3</sup> reales facturados y ajustando el coste variable de la compra de agua en proporción a los m<sup>3</sup> reales facturados respecto de la previsión inicial de facturación y con independencia de los m<sup>3</sup> comprados (fórmula polinómica FAURA-CASAS), y el adjudicatario aceptó en aquel momento esa interpretación.
- La actora no ha acreditado la existencia de un desequilibrio económico-financiero ya que no ha aportado el estado real de la balanza de todos los ingresos y gastos del servicio por incumplir el control económico-financiero de la concesión. En todo caso, la fórmula polinómica no se puede aplicar si la concesionaria no acredita un control real de ingresos y gastos.

En ese escrito, la parte apelada solicita la desestimación íntegra del recurso y que se impongan las costas a la actora.

#### **CUARTO. Resolución de la controversia**

En primer lugar, en el recurso de apelación se alega que la remisión que se contiene en la sentencia apelada a la dictada por el Juzgado Contencioso núm. 4, vulnera el principio de independencia judicial, pero es del todo evidente que esa remisión no comporta la vulneración de ese principio. En efecto, si los argumentos de una sentencia se comparten, y más cuando se trata de un asunto entre las mismas partes y con importantes similitudes –en este caso las diferencias se refieren al período reclamado y a la prueba realizada para cada uno de esos períodos-, ningún inconveniente tiene en remitirse a una sentencia anterior.

En todo caso, la sentencia dictada por el Juzgado Contencioso nº 4 (referida a los ejercicios 2013-2014), también fue apelada por la actora. Por ello, esta misma sala y sección ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones que se plantean en este recurso en la sentencia nº 3334/2023, de 16 de octubre (rollo de apelación de Sala 931/2022 y 228/2022, de esta sección), ya que son sustancialmente las mismas que las analizadas en la STSJC, con las matizaciones que se verán.

Así, en la sentencia nº 3334/2023, tras destacar que en la demanda presentada en ese recurso se pretendía una compensación para reestablecer el equilibrio económico del contrato y se alegaba que se había producido un supuesto de riesgo imprevisible, que también estaba contemplado en el artículo 32 del PCAP –esto es, la misma posición que ahora defiende en este recurso de apelación-, y que también se pretendía que los cambios normativos habidos constituirían un supuesto de *factum principis* que justificaba el pretendido reequilibrio económico financiero de la concesión, -lo que también ocurre en el caso que nos ocupa-, la recurrente mantenía que la sentencia hubiera debido analizar, no solo si procedía o no la compensación por aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, sino también si ello era posible o no en aplicación en el citado artículo 32.

Pues bien, ese artículo 32 contempla una revisión extraordinaria del contrato en el caso de que se produzca una variación sustancial de las circunstancias técnicas del abastecimiento en los términos siguientes:

*"Article 32 -- Revisió de les condicions generals del contracte Si variessin substancialment les circumstàncies tècniques de l'abastament (com per exemple augment de l'alçada d'elevació, introducció de nous processos de tractament, etc.) per succeir-se un canvi radical en la concepció de l'abastament, el cost del Servei experimentés una notable modificació, o per una variació de l'estructura tarifaria en la que s'hagi basat l'oferta que varies notablement la previsió d'ingressos, el Concessionari podrà sol·licitar de l'Administració municipal la revisió de les condicions generals del contracte, amb la finalitat de mantenir l'equilibri econòmic de la concessió a què fa referència el Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels Ens Locals en els seus articles 244.b) i 249.b). L'Ajuntament, amb aquesta finalitat, podrà habilitar, si fos el cas, la corresponent partida de despeses en el pressupost ordinari de l'exercici següent".*

Seguidamente la sentencia analiza el informe pericial de D. [REDACTED] [REDACTED] titulado "Informe sobre la incidencia de los cambios sustanciales técnicos en el desequilibrio económico en la gestión de la red de abastecimiento de Arenys", que es el que también se aportó por la actora como documento nº 4 en el procedimiento seguido ante el Juzgado Contencioso nº 16, informe fechado en noviembre de 2020.

En cuanto al informe elaborado por D. [REDACTED] que fue aportado por la actora en ese procedimiento, utiliza la misma metodología y llega a conclusiones similares que se aportó en este procedimiento como documento nº 4, si bien con las adaptaciones propias en función de los ejercicios afectados. Así, el que consta en este recurso lleva por título "Análisis sobre las liquidaciones del contrato para la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable en Arenys de Mar en el período 2015-2017", pero como se ha dicho, la metodología de trabajo y los datos de los que parte son los mismos que en el informe analizado en la repetida STSJC nº 3334/2023.

Así, en ese último informe se habla también de que el menor consumo real en relación con los consumos históricos reflejados en el PCAP, junto con los episodios de contaminación de los pozos y su posterior cierre, de que los cambios legislativos en el canon del agua, constituyen factores imprevisibles en el momento de la licitación, con incidencia en los costes que no se han incluido en la retribución de la concesionaria, lo que afecta al equilibrio económico-financiero y que las revisiones ordinarias no pueden solucionar el tema.

Esto es, el planteamiento es el mismo que en el informe del propio Sr. Garola aportado al procedimiento seguido ante el Juzgado Contencioso 4.

Ello nos lleva a la misma conclusión a la que se llegó en la STSJC nº 3334/2023:

*"No se comparte el criterio de los citados informes. La circunstancia de que a partir del 2010 surgieran problemas con la captación de agua de los pozos y que finalmente quedarán fuera de servicio en el 2013, no justifica la revisión*

*extraordinaria que se pretende. Esta imposibilidad de captar agua de los pozos no implica una variación de las circunstancias técnicas del abastecimiento, como las que cita el propio artículo, sino que supone unificar las fuentes de captación de agua con el consiguiente incremento del coste de la misma. Este incremento puede tenerse en cuenta conforme al artículo 30 del PCAP que regula la revisión de los costes del servicio, siendo el precio del agua uno de los apartados revisables. Además, se solicita compensación por este motivo desde el año 2007 y resulta que hasta el 2009 el porcentaje captado de los pozos era superior al previsto y en el 2010 fue del 21% en lugar del 25%. Las condiciones técnicas de abastecimiento no varían conforme a lo prevenido en el artículo 32, lo que resulta claro atendidos los ejemplos que el propio artículo enumera.*

*En cuanto al menor consumo, en 2008 se acordó pasar a determinar el coste unitario del servicio en base al consumo real y se modificó la fórmula polinómica de revisión de precio a tales efectos, por lo que la reducción del volumen previsto tampoco sirve a los efectos pretendidos por la apelante. En definitiva, el coste unitario del servicio quedaba garantizado efectuando el cálculo a partir de la facturación real y aplicando la fórmula de revisión de precios prevista en el artículo 30 del PCAP. Por lo tanto, el menor consumo tampoco puede considerarse como variación de las condiciones técnicas del abastecimiento.*

*Respecto de la longitud de la red, el Plan Director presentado por la actora para formar parte de la licitación establecía que la longitud de las tuberías instaladas ascendía 58 km, incluida la red existente de las urbanizaciones no recepcionadas y las actuaciones de mejora definidas en el propio Plan Director. El hecho de que la longitud actual sea de 68,08 km no puede considerarse variación de las condiciones básicas de abastecimiento.*

*En relación al almacén, la apelante venía obligada a disponer de este elemento sin que el hecho de que hasta el año 2013 pudiera utilizar dependencias municipales y que a partir de dicho momento haya debido hacer frente a un alquiler implique una variación de las condiciones esenciales del abastecimiento.*

*Los cambios normativos producidos tras la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 20 de marzo y del RD 140/2003 en modo alguno pueden ser considerados como circunstancias que varían las condiciones técnicas de abastecimiento. Es más, en la demanda se aduce que se trata de un supuesto de factum principis."*

De otra parte, en el recurso de apelación se critica la valoración de la prueba realizada por el Juez a quo, y trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo 597/2022, de 17/02/2022, dictada en el recurso de casación 5631/2019 (folio 16 del recurso). Así, la apelante considera que "el sesgo que adopta el Juzgado a quo es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina cual es el valor probatorio de los informes emitidos por la Administración que también es parte en el recurso".

Pero con esa alegación la apelante se olvida que en esa misma sentencia 597/2022 se admite que los informes elaborados por los funcionarios públicos puedan tener incluso la condición de informes periciales:

*"SÉPTIMO.- Más compleja es la otra cuestión de interés casacional objetivo, relativa a la "naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración".*

*A este respecto hay que comenzar recordando que en el Derecho Administrativo no hay normas específicas sobre los medios de prueba, ni sobre su valoración. Así, en el art. 77 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se dice que "los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". Y con respecto a la prueba en el proceso, el art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene reglas sobre el momento y el modo de pedir el recibimiento a prueba, e incluso sobre algunos aspectos de su práctica; pero sobre los medios de prueba y su valoración se limita a remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil. El apartado cuarto del citado art. 60, en efecto, dispone que "la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil". Más adelante, por lo que específicamente hace a la prueba pericial, el apartado sexto añade que las partes pueden "solicitar aclaraciones al dictamen emitido".*

*Todo ello significa que, para determinar la naturaleza y la fuerza probatoria de los informes y dictámenes elaborados por expertos de la Administración, hay que estar a la legislación procesal civil. Pues bien, tales informes y dictámenes serán subsumibles dentro del medio de prueba oficialmente denominado "dictamen de peritos" en tanto en cuanto reúnan las características que al mismo atribuye el art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : que "sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" y que las personas llamadas como peritos "posean los conocimientos correspondientes". En pocas palabras, se trata de que la acreditación de un hecho requiera de conocimientos especializados.*

*Ninguna duda cabe de que ciertos funcionarios y técnicos al servicio de la Administración, por su formación y selección, pueden tener conocimientos especializados relevantes para probar hechos que sólo por medio de una pericia pueden ser acreditados. Más aún, una parte relevante de los empleados públicos desempeñan precisamente funciones de naturaleza técnica o científica. Ello es, por supuesto, predicable de quienes están al servicio de la Administración como expertos en materias artísticas; expertos que pueden, en principio, actuar como peritos cuando se trate de determinar la mayor o menor calidad de una obra de arte.*

En cuanto a la valoración de esos informes, en esa misma sentencia se dice que no es lo mismo que un informe o dictamen emanado de la Administración se haga valer como medio de prueba en un litigio entre terceros o en un litigio en que esa misma Administración es parte, si bien admite que no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir, y se añade que, mientras que el funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa está manifiestamente en situación de dependencia, el lazo es menos acusado en el otro supuesto, y que *"Precisar y ponderar, en cada caso concreto, el mayor o menor grado de dependencia del experto con respecto al órgano administrativo llamado a decidir es algo que, sin duda, debe hacer el juzgador"*. Finalmente, el Tribunal Supremo concluye:

*"...la sentencia impugnada no hace ningún análisis comparativo de los argumentos desarrollados en los distintos informes y dictámenes recogidos en las actuaciones. Sin cuestionar la capacitación técnica de sus autores, basa su decisión fundamentalmente en una pretendida "mayor objetividad e imparcialidad" de los expertos al servicio de la Administración. Y esto, como se ha visto, no es lo que la ley requiere. La sentencia impugnada habría debido examinar la mayor o menor solidez de cada uno de los dictámenes periciales, teniendo en cuenta sus fuentes, su desarrollo expositivo, e incluso el prestigio profesional su autor. Limitándose a decir que cuando concurren un experto privado y uno de la Administración debe darse mayor credibilidad a éste último, la sentencia impugnada no sólo no aporta una motivación suficiente del modo en que se ha formado su convicción sobre los hechos, sino -lo que es peor- termina por otorgar implícitamente el carácter de prueba tasada o legal a los dictámenes e informes provenientes de la Administración."*

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, los informes periciales aportados por la actora son informes de parte, por lo que los mismos reparos de falta de imparcialidad pueden hacerse que con relación a los informes elaborados por un técnico municipal para un procedimiento en el que su Administración sea parte, o, dicho de otra forma, no se trata de informes periciales elaborados por un técnico designado judicialmente.

En cualquier caso, la sentencia apelada sí analiza los informes periciales aportados por la actora, y también de los informes elaborados por los técnicos municipales –el ingeniero, la arquitecta y la interventora- (que se admitieron todos ellos como prueba documental, vid auto de fecha 15/02/2022). Así, en la sentencia apelada se argumenta:

*"Así, en relación a los informes periciales acompañados por AGBAR conviene recordar que el artículo 348 de la LEC dispone que el tribunal deberá valorar los dictámenes periciales conforme a las reglas de la sana crítica, siendo que el proceso valorativo de las pruebas incumbe a los órganos judiciales exclusivamente y no a las partes que litigan (SSTS de 1-3-94 y 20-7-95).*

*En el presente caso, el informe de la interventora municipal anteriormente transcrito resulta plenamente aplicable al supuesto de autos y permite poner*

en duda, por falta de sustrato documental fehaciente, la validez de los informes periciales acompañados por la parte actora, ya que no justifican documentalmente los costes que reflejan dando por válidas las cifras que manifiesta la propia concesionaria.

De hecho, en relación a esta cuestión, resulta sorprendente que los informes elaborados por los peritos en noviembre de 2020 y febrero de 2021 den por válidas, sin enmienda alguna y ajustándolas al céntimo, las concretas cantidades reclamadas años antes por la entidad concesionaria en este concepto.

Ello evidencia que los informes dan por válidas las cifras previamente facilitadas por la concesionaria, lo que permite poner en cuestión su valor probatorio.

Así, la falta de acreditación del efectivo desequilibrio debería dar lugar per se a la desestimación de la reclamación.”  
(el subrayado no es del original)

Así, la sentencia hace un análisis de las pruebas periciales de parte, y, a la vista del informe de la interventora municipal –admitido como prueba documental-, llega a la conclusión de que las periciales de la actora no justifican documentalmente los costes que reflejan dando por válidas las cifras que manifiesta la propia concesionaria. En definitiva, la sentencia apelada se adecúa perfectamente a la sentencia del Tribunal Supremo nº 597/2022, de 17/02/2022, dictada en el recurso de casación 5631/2019.

De otra parte, en cuanto al riesgo imprevisible, hay que recordar la doctrina del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2023, recurso 1701/2021:

*“En nuestra jurisprudencia sobre los supuestos que habilitan para el restablecimiento económico del contrato, recogida entre otras muchas en las sentencias 28 de enero de 2015 (recurso 449/2012), 17 de octubre de 2017 (recurso 446/2012) y 16 de julio de 2019 (recurso 308/2016), hemos tomado como punto de partida que el principio de eficacia vinculante del contrato y de invariabilidad de sus cláusulas es la norma que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada, como para la contratación administrativa.*

*Además, en la contratación administrativa concurre 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.*

*No obstante, la jurisprudencia de esta Sala admite excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, que permite 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 extramuros 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 restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquéllas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis" y fuerza mayor o riesgo imprevisible".*

Y en la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (566/2008) se dice que *"una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos."*

En igual sentido, en la Sentencia de 19 de diciembre de 2019 se dice que *"...solo y exclusivamente, la Administración que adjudica la concesión de la obra es la que puede variar ---y no otra--- el contenido del contrato afectando al equilibrio económico financiero del mismo. Es evidente que solo las actuaciones de la Administración contratante ---y no las de otra--- son las que pueden determinar la ruptura sustancial de la economía de la concesión [...] pues, claro es, la intervención, actuación o no actuación de un tercero ---aunque sea otra Administración--- no puede incidir en el vínculo jurídico, bilateral y sinalagmático, que la concesión y el contrato implican. Y, mucho menos, tal intervención externa al citado vínculo jurídico puede ser determinante de una exigencia de mantenimiento del equilibrio por parte de una Administración que ha cumplido, estrictamente, con su vínculo bilateral pactado".*

Y también la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2023 (rec. 5965/2020):

*"El cambio legislativo en la regulación de un impuesto durante la ejecución del contrato no tiene cabida en los supuestos de carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restringida, en los que "únicamente", según dispone la cláusula 39 del contrato antes transcrita, es posible el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.*

*No puede dudarse que no estamos ante el ejercicio por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra del "ius variandi" o prerrogativa de modificación unilateral, por razones de interés público, del contrato administrativo, pues la Administración no ha llevado a efecto ninguna modificación de las condiciones de explotación de la obra.*

*Tampoco cabe apreciar que nos encontremos en un supuesto de "factum principis", pues por muy amplia que sea la interpretación de la expresión de "actuaciones de la Administración" empleada en el citado artículo 241.2 de la Ley 30/2007 y en el artículo 270.2 de la vigente Ley 9/2017, no cabe incluir entre las mismas los cambios normativos llevados a cabo por el legislador autonómico".*

Por todo ello, en la STSJC nº 3334/2023 se concluye que *“no concurren los presupuestos del riesgo imprevisible ya que el cierre de los pozos, la posibilidad de disminución de consumo, la ampliación de la red o el alquiler de un almacén son circunstancias que pudieron ser previstas y tenidas en cuenta por el licitador y, a mayor abundamiento, el incremento del precio del agua y el consumo real tienen reflejo en la fórmula polinómica y en la actualización de precios”*.

Y esas reflexiones son perfectamente aplicables también para el período ahora analizado, esto es del 2015 a 2017.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso de apelación.

#### **QUINTO. Costas**

En cuanto a las costas, no se hace expresa condena en costas atendida naturaleza jurídica y complejidad del asunto que justifica su no imposición.

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

#### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia nº 90/2023, de fecha 21/03/2023, dictada en el procedimiento ordinario nº 287/2018 A, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 16 de Barcelona, que se confirma.

2º.- No hacer imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra la sentencia podrá interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante esta misma Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde el siguiente hábil al de la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), modificada en por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de casación, deberá constituirse un depósito de CINCUENTA EUROS (50,00 euros) en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial.

Quedan exentos del abono de la tasa, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, así como quienes tengan concedida la asistencia jurídica gratuita que deberá ser acreditada en autos al interponer el recurso de casación.

Una vez firme esta Sentencia, remítanse al Juzgado de procedencia las actuaciones recibidas con certificación de la presente sentencia y atento oficio para que se lleve a efecto lo resuelto.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.