



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 GIJON

SENTENCIA: 00153/2014

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA N° 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2013 0000238

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000226 /2013 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: TASCÓN HERMANOS S.A.

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a dieciséis de septiembre de dos mil catorce.

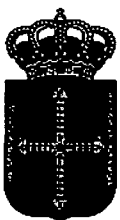
Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario num. 226/2013, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la entidad Tascón Hermanos S.A. en concurso, representada y asistida por los Letrados D. LOPD y Don LOPD ; de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD , sobre Contratación Administrativa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la recurrente se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibándose posteriormente el pleito a prueba, proponiéndose y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la solicitud de resolución del contrato de adecuación y explotación del edificio situado en el campo municipal de la Llorea para su destino a hotel.

Se señala en la demanda que el 5-2-01 se suscribe ante el Ayuntamiento de Gijón y Tascón Hermanos SA contrato de adecuación y explotación del edificio situado en el campo municipal de la Llorea para su destino a hotel. Que dicho acuerdo suponía por un lado la adecuación del edificio (palacete), de propiedad municipal, mediante la realización de las obras oportunas y por otro, la concesión de la explotación del hotel por un plazo inicial de 40 años, prorrogable en determinadas circunstancias a 50 años. Que la ejecución de las obras de adecuación, se realizó a plena satisfacción del Ayuntamiento, con un coste aproximado para Tascón Hermanos SA de 6.000.000 euros, procediendo el Ayuntamiento con fecha 10-2-09 a resolver favorablemente la solicitud de devolución de fianza (24.040,48 euros) entregada por Tascón Hermanos SA en base a la cláusula 8 del contrato de 5-2-01, al entenderse cumplidas las obligaciones contractuales asumidas en relación a la referida licitación. Sigue la demanda que en la actualidad, conforme al informe realizado por el arquitecto D. LÓPD , la valoración de la obra de adaptación del Palacio de la Llorea, así como la dotación de sus instalaciones asciende a la cifra de 5.517.634,40 euros. Por tanto revertido el edificio a la Administración, obtendría un inmueble por el referido importe.

Se añade que la explotación del edificio se ha realizado por la concesionaria con plena normalidad y satisfacción del Ayuntamiento de Gijón mediante el correspondiente pago de canon anual hasta la declaración de concurso de Tascón Hermanos SA por auto del Juzgado de lo Mercantil 3 con sede en Gijón de 20-11-12, que declaró el estado de insolvencia de la mercantil, asignándole el número de procedimiento 304/12.

Se señala que tras la declaración de concurso de acreedores la empresa se vio obligada a suspender la actividad de la unidad de negocio Hotel Palacio de la Llorea, toda vez que es la que consumía los mayores recursos de la empresa ha cesado la actividad en el centro objeto de concesión, manteniendo la concursada la actividad en el centro de trabajo de la Avenida de la Costa de Gijón (Hotel León).

Que Tascón Hermanos SA ha venido informando al Ayuntamiento de Gijón de la difícil situación económica por la que atravesaba, así como de las distintas actuaciones realizadas.

Se indica que pese a las informaciones facilitadas y a los contactos mantenidos con el Ayuntamiento de Gijón, éste ha mantenido una actitud de absoluta pasividad, lo que pone en peligro la integridad patrimonial del inmueble e instalaciones objeto de concesión y la propia viabilidad de Tascón Hermanos SA, pues no puede garantizar la integridad de dichos activos y su plan de viabilidad prevé la resolución del contrato concesional con indemnizaciones por el importe del valor neto contable de los activos.

Se aduce en la demanda que el hotel y todas sus instalaciones se encuentran en perfecto estado para el reinicio inmediato de la actividad propia, no habiendo realizado el Ayuntamiento de Gijón una visita a las mismas para comprobar el estado de su propiedad.

Que el concesionario, como consecuencia de la declaración de concurso se ha visto obligado a solicitar la resolución de la concesión, sin haber amortizado la inversión realizada para la prestación del servicio público. Se añade que en el informe realizado por el perito economista auditor de cuentas, D. LOPD

se determina el importe de la inversión realizada y no amortizada a la fecha de solicitud de resolución según el criterio del valor neto contable, de forma que tomado el valor de adquisición de los activos del complejo se le restarían las amortizaciones acumulada y deterioros, resultando un valor neto contable de los mismos por importe de 3.134.102,22 euros, valoración que coincide en términos generales con la valoración dada por la Administración concursal de Tascón Hermanos SA en el inventario del concurso, 3.186.971,48 euros, importe que no ha sido impugnado por el Ayuntamiento de Gijón en el procedimiento concursal de Tascón Hermanos SA, en el que no se personó.

Se señala que la propiedad del inmueble sobre el que Tascón Hermanos SA venía ejerciendo la explotación del Hotel y Spa, no es de esta, sino del Ayuntamiento de Gijón, tal y como establece la cláusula séptima del contrato de concesión de 5-2-01. Que Tascón Hermanos SA mantiene su actividad en la unidad de negocio denominada Hotel León, sito en la Avenida de la Costa 45, en el que cuenta con una plantilla de 26 trabajadores y con fecha 11-10-13 ha sido dictada sentencia por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Gijón por la que se aprobó la propuesta de Convenio presentada por la concursada Tascón Hermanos SA que fue aceptada por la Junta de Acreedores celebrada el 18-9-13. Que dicho Plan de Viabilidad prevé una entrada de tesorería a razón de la venta, cesión, o resolución del contrato de concesión frente al Ayuntamiento de Gijón del Hotel Palacio de la Llorea por un importe total de 0,5 MM de euros en los tres últimos años del Plan de Viabilidad. Se cuantifica una generación de tesorería total por la venta o resolución del contrato de concesión equivalente al valor recogido en el informe definitivo del AC, el cual asciende a un total de 3.186.972,48 euros y cuyo avalúo se realiza conforme al valor neto contable registrado en las cuentas de la concursada.

Como fundamentos de derecho se alega que resulta aplicable el TRLCAP RDLeg 2/2000. En cuanto a la naturaleza jurídica del

contrato se alega que estamos ante un contrato de concesión de obras públicas. Se alega que se pretende por la demandante, la resolución del contrato de concesión de obra pública y el correspondiente pago, por parte de la Administración demandada del coste de las obras realizadas y no amortizadas, a efectos de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, toda vez que dichas obras e instalaciones revertirán al Ayuntamiento en perfecto estado de uso y explotación, aun cuando hubieran sido ejecutadas por el concesionario. Se invoca el art. 67 de la Ley Concursal. Se añade, con cita del art. 112 del texto refundido que declarado el concurso la Administración concedente esta obligada a solicitar al contratista la prestación de garantías suficientes para la ejecución de la concesión, de tal forma que a falta de dichas garantías, resulta obligada la resolución de la concesión.

Se indica que la reversión, de acuerdo con la normativa que se menciona es en esencia gratuita y con carácter general puede considerarse que la Administración no tiene que satisfacer ningún importe, pero este principio general solo es así si durante la concesión, el concesionario ha visto compensada su inversión, no así en los casos en los que por causa no imputable al concesionario, no ha visto compensada ni amortizada su inversión por vencimiento anticipado de la misma y en consecuencia deberá ser compensado por ello, en tanto en cuanto el servicio público continuará prestándose, por distinto concesionario, aprovechándose tanto él como la Administración, de la inversión realizada por la actora.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Dos son las cuestiones litigiosas que se plantean en el presente proceso. En primer lugar determinar si la declaración de concurso de la actora por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón de 20-11-12 (folios 27 y ss. de la causa) produce la resolución del contrato de concesión de la adecuación y explotación del hotel del Campo Municipal de Golf La Llorea y en segundo lugar la determinación de los efectos que produciría dicha resolución que la parte actora concreta en el abono por parte del Ayuntamiento de la cantidad de 3.186.971,48 euros correspondientes a la diferencia entre la obra e instalaciones ejecutadas y no amortizadas.

Sobre la primera cuestión litigiosa el art. 111.b) del RD Leg 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por la Disposición final 13.2.b) de la Ley 22/03 establece que son causas de resolución del contrato la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. El art. 112 del RD Leg 2/2000 en la redacción dada por la disposición final 13.3 de la Ley 22/03, después de establecer en el apartado 1 que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, en el apartado 2 se prevé que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación

originarán siempre la resolución del contrato. En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7, y el art. 112.7 previene que en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución.

La interpretación de estos preceptos conduce a entender que el Ayuntamiento, tras la declaración de la situación de concurso de la actora debía haber procedido a la resolución del contrato, por lo que el acto presunto recurrido por el que se desestima la solicitud de tal resolución no es conforme a derecho.

En efecto el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón de 14-2-14 (folios 436 y ss. de la causa) acuerda la apertura de la fase de liquidación del concurso, lo que comporta la resolución del contrato objeto de autos (art. 112.2 del RDLeg 2/2000).

El art. 112.7 de la misma Ley en el caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, otorga a la Administración la facultad (potestativa) de continuar el contrato, si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución. Esto es, la Administración puede continuar con el contrato solamente cuando el contratista prestare garantías suficientes, lo que significa que si no las presta procede la resolución de aquel.

Alega el Ayuntamiento que la desestimación resolutoria por silencio que se impugna en este procedimiento es conforme a derecho, pues es ahora en sede jurisdiccional y no antes cuando el contratista manifiesta que no tiene intención de garantizar la continuidad del servicio, pues en la solicitud de resolución unilateral de la concesión formulada el 26-3-13 no se dice nada al respecto.

Sin embargo la petición formulada en el escrito presentado el 26-3-13 es muy clara en el sentido de solicitar la resolución de la concesión, lo que lógicamente implica la voluntad del contratista de no continuar con la misma y no prestar para este fin las garantías a que se refiere el art. 112.7 del RDLeg 2/2000.

Por tanto el acto impugnado no es conforme a derecho, por lo que procede estimar parcialmente el recurso interpuesto en el sentido de declarar la resolución del contrato litigioso, con reversión al Ayuntamiento de Gijón del bien objeto de la concesión.

La segunda cuestión litigiosa discutida se refiere a los efectos de dicha resolución.

Coinciden las partes en que nos encontramos ante un contrato de concesión de obras públicas (folios 76 y 355 de la

causa). Este contrato se regula en el título V del RDLeg 2/2000, introducido por la Ley 13/03 y por tanto no resultan aplicables las disposiciones establecidas en dicho título, por cuanto la disposición final tercera de la referida Ley 13/03 previene que la misma será de aplicación a los contratos cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor.

Invoca la actora el art. 151.1 del RDLeg 2/2000 en el que se regulan los efectos de la resolución del contrato de obras, según el cual la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Sin embargo dicha norma no resulta aplicable al caso de autos por cuanto, si bien el contrato litigioso en la redacción del RDLeg 2/2000 vigente a la fecha de su celebración se regulaba como una modalidad del contrato de obra pública, el contrato de concesión de obras públicas tiene sustantividad propia.

En el caso de autos no estamos ante un supuesto de un contrato de obra, que resulta resuelto sin haber finalizado la misma y en el que es preciso realizar una liquidación de las obras realizadas por el contratista previa comprobación y medición (art. 151 citado) sino que en el presente caso, tal y como se señala en la demanda, la ejecución de las obras de adecuación se realizó a plena satisfacción del Ayuntamiento, procediendo éste con fecha 10-2-09 a resolver favorablemente la solicitud de devolución de fianza entregada por la actora, al entenderse cumplidas las obligaciones contractuales asumidas en relación con la referida licitación.

La recurrente no reclama aquí la liquidación de las obras realizadas en ejecución de un contrato de obra no finalizada. Según hemos visto las obras de adecuación finalizaron a satisfacción del Ayuntamiento y lo que se pretende es que éste abone al concesionario el importe de las inversiones realizadas en el Hotel Palacio de la Llorea, más en concreto su valor neto contable, pretensión ésta que no halla cobertura en el supuesto previsto en el art. 151 del RDLeg 2/2000 reseñado.

Tampoco resultan aplicables al caso los arts. 167 y ss. del RDLeg 2/2000 referidos a la resolución del contrato de gestión de servicios públicos. Ciertamente el art. 130.2 de dicha Ley al regular el contrato de concesión de obras públicas previene que el concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el art. 161, en el que se recogen las obligaciones generales del contratista, pero el art. 130 no contiene ninguna remisión a los arts. 167 y ss. invocados, a lo que cabe añadir que la realización de la actividad hotelera tiene un difícil encaje en la categoría de los servicios públicos locales.

Igualmente ha de rechazarse la aplicación del art. 266 del RDLeg 2/2000 referido a los efectos de la resolución del contrato de concesión de obras públicas en la modificación operada por Ley 13/2003, al ser posterior a la licitación del contrato objeto de recurso (disposición final tercera de la Ley 13/03).

En el mismo sentido los arts. 126 y 129 del Reglamento de Servicios igualmente invocados por la actora no regulan los efectos derivados de la resolución del contrato.

El art. 127.2.2º del Reglamento de Servicios establece que la Corporación concedente deberá mantener el equilibrio financiero de la concesión pero ninguna de las previsiones que se contienen en este sentido resultan aplicables al presente caso.

Sí resultan aplicables al caso de autos las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones que constituyen la Ley del Contrato y obligan a las partes. Así la condición técnica nº 10 del pliego (folios 12 y ss. del expediente) establece que serán obligaciones generales del concesionario la de prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, ocasionaran una subversión de la economía de la explotación y la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece (folio 16 del expediente) que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo en el caso de fuerza mayor.

En la cláusula novena del contrato (folio 119 del expediente) se señala que el concesionario presta su conformidad a los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que rige para este contrato y se somete para cuanto no se encuentre en él establecido a las Leyes que se señalan.

Es clara pues la voluntad de las partes contratantes en el sentido de que la prestación del servicio se realizará bajo la exclusiva responsabilidad de la recurrente, a su riesgo y ventura. Por riesgo y ventura ha de entenderse que el contratista conoce como en el desarrollo del contrato esta expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, siendo su consecuencia que el contratista nada puede reclamar por las dificultades o facilidades, que de circunstancias extrañas puedan derivarse para él. En la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas se exceptúa de dicho principio de riesgo y ventura el caso de la fuerza mayor, correspondiente a un suceso que no hubiera podido preverse o que de haberse previsto fuera inevitable (art. 1105 del Código Civil).

La prueba de la fuerza mayor corresponde a la recurrente, quien no ha acreditado que las causas que condujeron a la declaración de concurso de la empresa fueran constitutivas de fuerza mayor.

Sobre esta cuestión el testigo D. LOPD administrador concursal de la empresa, en su comparecencia judicial manifestó (minuto 12,35 de la grabación) que había una inversión, esa inversión la ha realizado la empresa y le ha costado la quiebra, entre otras cosas no solo la crisis porque efectivamente la financiación, que para él fue lo



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

básico, se había financiado a 10 años, luego se amplió a 5 años más, estaba con un periodo de carencia de 2 años, no se pudieron pagar las cuotas, hubo que cambiar el tipo de interés, siendo la diferencia ruinosa. Y más adelante señaló (minuto 25,55) al referirse al intento de acuerdo con posibles compradores que con La Llorea no era posible porque no era rentable en esos momentos, el spa aquí ha tenido poco enganche.

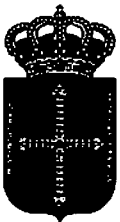
Ha de recordarse que el plazo de la concesión era de 40 años (cláusula 4ª del contrato, folio 118 del expediente) con posibilidad de prórroga hasta el límite de 50 años, durante cuyo tiempo es más que previsible la existencia de periodos de crisis económica, lo que corresponde valorar a la empresa en el momento de hacer su oferta al participar en el procedimiento de licitación. En todo caso ha de insistirse en que la recurrente no ha acreditado que su situación económica derivara de un suceso de fuerza mayor, de modo que el principio de riesgo y ventura expresamente pactado impide en este caso, en que la resolución del contrato se produce por causa no imputable a la Administración, que el contratista pueda recuperar o resarcirse frente a la Administración de las inversiones realizadas en el Hotel.

En este sentido la sentencia del TS de 3-7-87 señala que no cabe convertir la fórmula excepcional del equilibrio financiero de las prestaciones o una garantía de los intereses del concesionario que, actuando como un seguro gratuito proteja a éste de todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la Administración para evitar desvirtuar la esencia misma de la concesión, que entraña, por su propia naturaleza, la asunción normal de los riesgos por parte del concesionario.

Alega la actora que es de justicia que la Administración le compense de las inversiones realizadas so pena de enriquecerse a costa del concesionario.

Ciertamente la reversión del bien al Ayuntamiento en virtud de la resolución del contrato conlleva un ingreso extraordinario para el mismo. Sin embargo tal ingreso no resulta contrario al equilibrio de las prestaciones de la concesión a que se refiere igualmente la recurrente, pues como hemos visto tal equilibrio no puede interpretarse en el sentido de trasladar al Ayuntamiento las consecuencias de las decisiones y gestión económica efectuadas por la recurrente tanto respecto a las inversiones realizadas en el Hotel, como a la explotación del mismo, sin que pueda obligarse al Ayuntamiento a paliar o subsanar a favor del concesionario la situación económica en que se encuentra, mediante el abono del valor neto contable de las inversiones realizadas.

En este sentido no existe un enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento, sino que dicho "enriquecimiento" es una consecuencia que se deriva del principio de riesgo y ventura expresamente pactado entre las partes, en virtud del cual la actora asume las pérdidas que se produzcan durante la ejecución del contrato y las consecuencias que directamente se derivan de tales pérdidas, con la excepción de la existencia de fuerza mayor que no concurre en este caso, por cuyos



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



motivos ha de desestimarse la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda.

TERCERO: En materia de costas de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA, siendo parcial la estimación de la demanda no procede su imposición.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los Letrados Don ^{LOPD} y Don ^{LOPD}, en representación y asistencia de la entidad Tascón Hermanos SA en concurso, contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de resolución del contrato de concesión denominado "adecuación y explotación del edificio (Palacete) situado en el campo municipal de Golf de la Llorea, para su destino a Hotel", presentada ante el Ayuntamiento de Gijón el 26-3-13, debo anular y anulo dicha resolución presunta por no ser la misma conforme a derecho, declarando la resolución de dicho contrato, con reversión al Ayuntamiento de Gijón del bien objeto de la concesión; desestimando en lo demás el recurso promovido; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días para ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Asturias.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

NOTIFICADO Y
01 OCT. 2014
TRASLADO

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

