



LOPD

LOPD
LOPD



**T. S. J. ASTURIAS CON/AD (SEC. UNICA)
OVIEDO**

SENTENCIA: 00123/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION N° 255/14

APELANTE: LOPD

PROCURADOR: LOPD

APELADO: AYUNTAMIENTO DE GIJON

PROCURADOR: D^a LOPD

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

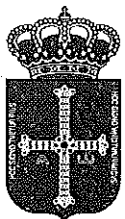
Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González-Lamuño Romay



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

En Oviedo, a veintiséis de febrero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 255/14, interpuesto por **LOPD** y representada por el Procurador D. **LOPD**, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora **LOPD**. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO ROBLEDO PEÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 226/13, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Gijón.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2014. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos. Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones.

TERCERO.- A petición de las partes se suspendió provisionalmente el trámite de la presente apelación, levantándose la suspensión en fecha 14 de septiembre de 2015. Asimismo fue admitida con fecha 18 de septiembre del mismo año la prueba documental presentada por la parte apelante y contra la que se interpuso recurso de reposición por el Ayuntamiento apelado que fue desestimado por auto de 23 de octubre siguiente.



CUARTO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 25 de febrero pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de esta Sala la sentencia, de fecha 16 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón en autos de Procedimiento Ordinario número 226/2013 seguidos ante el mismo, que acuerda estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto 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, anulando dicha resolución presunta por no ser la misma conforme a derecho, y 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.

La sentencia decide en el sentido expuesto, desestimando los efectos económicos de la resolución del contrato de concesión de obra pública que vinculaba a las partes, único extremo controvertido en esta alzada, al considerar en síntesis que la pretensión actora de que el Ayuntamiento abone al concesionario el importe de las inversiones realizadas en el Hotel Palacio de la Llorea, más en concreto su valor neto contable, no halla cobertura en el supuesto previsto en el artículo 151 del RDLeg 2/2000, vigente a la fecha de celebración del contrato, sin que tampoco resulten aplicables al caso los artículos 167 y siguientes referidos a la resolución del contrato de gestión de servicios públicos, al no tener encaje en la categoría la realización de la actividad hotelera; y sin que tampoco sean de aplicación el artículo 266 del referido RDLeg, en la redacción operada por Ley 13/2003, al ser posterior a la licitación del contrato, ni los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios, que no regulan los



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

efectos derivados de la resolución del contrato. Concluye así que son las correspondientes cláusulas de los pliegos de condiciones que rigen la contratación referidas a su ejecución a riesgo y ventura del contratista, salvo caso de fuerza mayor, que aquí no se da, las que resulten aplicables, con la consecuencia añadida de que dicho principio impide que el contratista pueda recuperar o resarcirse frente a la Administración de las inversiones realizadas en el Hotel, por más que se produzca a favor de ésta un ingreso extraordinario que no un enriquecimiento injusto.

SEGUNDO.- Por la parte apelante se alega, en esencia, que se ha producido una infracción de las normas aplicables a los efectos económicos de la resolución del contrato debido: a la inaplicación del artículo 266.1 del RDLeg 2/2000; a la inaplicación o aplicación indebida de las normas que disciplinan el contrato de concesión de obras públicas, ya como contrato mixto o como contrato atípico puro o innominado; a la aplicación indebida del principio del riesgo y ventura para disciplinar los efectos que haya de tener la resolución del contrato; y a la inaplicación de los principios de preterición del enriquecimiento injusto y de equilibrio de prestaciones. Razones por las que es de justicia que la Administración compense al concesionario de todas las inversiones realizadas, esto es, en el importe acreditado de la reversión de la obra pública al Ayuntamiento que asciende a la cantidad de 3.134.102,22 euros, en términos de valor neto contable de las inversiones realizadas, es decir, su coste de adquisición menos las amortizaciones correspondientes a los activos revertidos durante el plazo de explotación de la concesión.

A tales alegaciones y pretensión subsiguiente se ha opuesto por la Administración municipal apelada lo que ha estimado por conveniente, y aquí se da por reproducido, apoyando, en definitiva, los razonamientos de la sentencia apelada.

TERCERO.- Teniendo en cuenta el planteamiento que hacen las partes y la conclusión del conflicto a la que llega el Juzgador de instancia, hay que convenir con éste en que los efectos resolutorios del contrato de concesión de obra pública suscrito por aquellas con fecha 5 de febrero de 2001, no encuentran regulación adecuada en el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no sería aplicable sino en la manera



analógica que luego se dirá, por lo que parecería pertinente acudir a lo válidamente estipulado entre ellas y que tenga su reflejo en las cláusulas del contrato, siendo así que sería de obligada referencia la conformidad que se hace a los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, a cuyo tenor la prestación del servicio se realizará bajo la exclusiva responsabilidad de la recurrente, a su riesgo y ventura. De esta forma, la clave de la controversia en esta fase de apelación, como sin duda lo fue en aquella previa e inicial sede jurisdiccional de instancia, reside en examinar si se ha aportado al proceso elemento válido de juicio que acredite o, al menos, indiciariamente referencie con un principio de prueba que aquel déficit de explotación e inversiones alegado por la mercantil ahora apelante no sólo resultaba imprevisible sino ajeno a los deberes de normal previsibilidad empresarial al suscribir aquel contrato concesional de aquel servicio público de autos.

La doctrina del "riesgo imprevisible razonable" como causa de indemnización, según apunta reiterado tenor jurisprudencial plasmado, entre otras, por sentencias del Tribunal Supremo de fechas 25 de abril y 4 de junio del 2008, "contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto - conforme a los arts. 3,2 y 7,1 del Código Civil-, aplicar los principios de equidad y de buena fe por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública", de modo que "habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes".

Por tanto en la contratación administrativa rigen estos dos principios esenciales: el de riesgo y ventura y el de equilibrio económico financiero de la concesión; que el segundo es un factor de modulación del primero para garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público; y que esta modulación opera mediante la distinción entre lo que es el alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

circunstancias. El principio de riesgo y ventura impone a la concesionaria soportar los perjuicios derivados a las incidencias del contrato que sean ajenas a la actuación de la Administración (esto es, que no sean reconducibles a estos casos: "ius variandi"; y "factum principis"); y dicho principio también decae en los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. El restablecimiento o mantenimiento del equilibrio económico opera en cualquier alteración de la ecuación financiera que sea perjudicial para el concesionario y no le sea imputable dentro del ámbito del riesgo y ventura y la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado ha configurado los siguientes requisitos necesarios para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible: a) una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato; b) que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas; c), que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de culpa de las partes contratantes; y d) una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual.

CUARTO.- Desde dicha perspectiva resulta que, ante el descenso continuado de la demanda en el contexto general de crisis económica, la concesionaria tuvo que abandonar la explotación del hotel hacia finales del mes de octubre de 2012 y consecuencia de la situación de insolvencia a la que llegó hubo de presentar solicitud de concurso voluntario de acreedores que fue declarado el día 20 de noviembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil número 3 con sede en Gijón y considerado posteriormente como fortuito por auto del mismo Juzgado de fecha 19 de septiembre de 2014; no siendo factible, por otra parte, la cesión o traspaso del contrato a otra cadena hotelera, posibilidad contemplada contractualmente, por falta de empresas interesadas en su ejecución en el contexto actual de crisis financiera. De donde se aprecia que la situación de concurso en que ha incurrido la concesionaria se alza como verdadera causa por la que no se ha logrado culminar el plazo de duración de la concesión, ni su prórroga, y con ello la amortización de las inversiones. En conclusión, se puede afirmar que el concesionario no ha alcanzado las previsiones que tenía al



firmar el contrato, porque tras doce años de explotación pacífica del hotel ha surgido una situación imprevisible como causa que supone una quiebra del principio de riesgo y ventura del concesionario.

Si bien los perjuicios sufridos por la apelante durante el tiempo de explotación del hotel se incardinan plenamente en el principio de riesgo y ventura del contratista y deben ser asumidos por el mismo, cuyos intereses en relación con el equilibrio económico, aparecen debidamente protegidos con las cláusulas del contrato, no ocurre lo mismo con relación a la parte no amortizada de la inversión realizada al verse privado del resto del plazo concesional a resultas de una resolución impuesta por una situación concursal calificada como fortuita por auto judicial, y es que no puede por menos reconocerse la obligación de la Administración de tener que indemnizar al concesionario el valor de las obras que recibe en la medida en que las mismas resultan ser aprovechables, según revelan los peritos informantes y el propio administrador concursal.

QUINTO.- Sentado lo anterior, negar como hace la sentencia apelada el derecho de la entidad apelante al abono de las inversiones no amortizadas vinculadas a la explotación de la concesión vulnera los principios de preterición del enriquecimiento injusto y del equilibrio de prestaciones cuando se da realmente en el caso un empobrecimiento del contratista con el correlativo enriquecimiento de la Administración que permite tener en consideración la aplicación de la cláusula de "rebus sic stantibus", precedente del actual riesgo imprevisible. Ello al cumplirse en el caso presente todos los requisitos precisos, siendo incontrovertido que existe un enriquecimiento de la Administración puesto que la obra ejecutada por la mercantil apelante, en lo que se refiere a la completa rehabilitación de un viejo palacete, destinada a revertir al Ayuntamiento, incorpora un valor en forma de hotel de cuatro estrellas, con spa y restaurante; un empobrecimiento de la apelante, que ha asumido el coste de aquella rehabilitación; y la relación causal constituida por la necesidad de ejecutar la obra a favor de la Administración municipal y la falta de justificación del enriquecimiento experimentado por la Administración, sobre la que la parte manifiesta que no existe norma jurídica ni contractual que avale la apropiación municipal de un equipamiento de tan importante valor sin abonar nada por ello.





La consecuencia no puede ser otra, pues, que acordar con cargo a la Administración apelada el abono de la parte no amortizada de la inversión realizada, pues como bien deja clarificado la parte no está reclamando ni la totalidad de la inversión realizada, ni el valor actual de las obras, ni el perjuicio patrimonial causado por la explotación, ni la deuda que tiene pendiente, sino exclusivamente el importe de la obra e instalaciones no amortizadas durante el plazo de explotación de las mismas. Para ello se ha de acudir a lo dispuesto en los artículos 151 y 169 del RDLeg 2/2000, a falta de otros preceptos que regulen de manera expresa los efectos resolutorios del contrato de concesión litigioso, como antes se ha indicado, y habida cuenta que en el caso que nos ocupa se ha configurado el contrato como un contrato mixto, al comprender, por un lado prestaciones correspondientes a un contrato de obras (construcción de un hotel), y por otro, prestación de servicios (posterior mantenimiento y explotación del mismo por un periodo de 40 años, prorrogable hasta 50 años), en el que no se ha llevado a término la concesión, lo que hace inaplicable la reversión al Ayuntamiento de las obras e instalaciones sin pago o indemnización alguna a cambio, hecho pactado al folio 13, punto 11, en el pliego de condiciones técnicas, pues ello estaría en contradicción con la previsión legal del referido artículo 169 al disponer que *"1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión"*.

SEXTO.- Ahora bien, en orden a fijar el importe económico de las inversiones a satisfacer al concesionario, éste fija el quantum de lo pretendido en 3.134.102,22 euros, en términos de valor neto contable de las inversiones realizadas, según entiende acreditado con la prueba pericial practicada, pues las obras contratadas fueron hechas a plena satisfacción del Ayuntamiento por un coste de 5.200.287,47 euros, quien va a recuperar un bien, listo para ser explotado, con unas obras que tienen un valor actual de más de cinco millones y medio de euros. Sin embargo, tal cuantificación económica es rechazada de contrario, al denunciar el representante de la Administración errores de cálculo, en la medida que se cifra el valor actual aplicando un coeficiente de depreciación previsto en el anexo II del Reglamento de Valoración de la Ley del



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Suelo, aprobado por R.D. 1492/2011, de 24 de octubre, en función de la antigüedad del edificio (10 años) y de la vida útil del mismo (100 años), cuando en realidad al tratarse de un edificio de servicios ha de aplicarse el anexo III que contempla como vida útil para los edificios comerciales y de servicios un periodo de 50 años, amén de que debería valorarse conforme al sistema de capitalización de la renta real o potencial prevista en el artículo 15 y no en el artículo 18 de la norma para edificaciones no susceptibles de generar rentas de explotación, cuando aquí se trata de un hotel. La objeción que se hace a la prueba practicada, así como la puesta en evidencia de la interpolación en la auditoría contable de facturas correspondientes al otro negocio hotelero que también explotaba la apelante, son cuestiones no abordadas en la sentencia que se apela al no reconocerse en ella los efectos económicos pretendidos, con lo que se ha privado a las partes del necesario juicio por parte del Juzgador a quo y en caso de discrepancia del juego de la doble instancia en materia de recursos sobre el particular, razón por la que no procede determinar ahora cuál sea la indemnización procedente por la reversión del edificio de propiedad municipal, defiriendo su determinación para el periodo de ejecución de sentencia a verificar por aquel con total libertad de criterio.

SÉPTIMO.- Lo razonado nos conduce a estimar en parte el recurso de apelación interpuesto, al deferir al periodo de ejecución de sentencia la determinación de los efectos económicos que la resolución del contrato litigioso conlleva, sin que por ello proceda hacer pronunciamiento alguno en materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por don **LOPD**, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil **LOPD**





(en liquidación), contra la sentencia, de fecha 16 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón en autos de Procedimiento Ordinario número 226/2013 seguidos ante el mismo, siendo apelado el Ayuntamiento de Gijón, representado por la también Procuradora doña **LOPD**

LOPD, sentencia que se revoca y deja parcialmente sin efecto en el sentido de que la resolución contractual acordada conlleva el abono a la entidad apelante del precio, descontadas las amortizaciones, de las obras e instalaciones que, por ella ejecutadas, hayan de volver al Ayuntamiento apelado, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión, en el importe que se fijará en periodo de ejecución de sentencia con el máximo que fue reclamado; sin expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, y de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS