



Roj: **STSJ AS 2094/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:2094**

Id Cendoj: **33044330012017100543**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **96/2017**

Nº de Resolución: **538/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA OLGA GONZALEZ-LAMUÑO ROMAY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

OVIEDO

SENTENCIA: 00538/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº: 96/17

APELANTE: AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA S.A.

Procuradora: D^a Ángeles Fuertes Pérez

APELADO: AYUNTAMIENTO DE LLANERA

Procurador: D^a. Pilar Lana Álvarez

SENTENCIA DE APELACIÓN

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Julio Luis Gallego Otero

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

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 96/17, interpuesto por la AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA S.A., representada por la Procuradora D^a Ángeles Fuertes Pérez, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Oviedo, de fecha 16 de enero de 2017, siendo parte Apelada el **AYUNTAMIENTO DE LLANERA**, representado por la Procuradora D^a. Pilar Lana Álvarez. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^{ña}. Olga González Lamuño Romay.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 299/15 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Oviedo.



SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 16 de enero de 2017 . Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni 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 15 de junio pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de esta Sala en el presente recurso de apelación, la Sentencia dictada el día dieciséis de enero de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Oviedo en autos del Procedimiento Ordinario nº 299/2015, estimatoria parcial del recurso interpuesto por AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. contra la desestimación presunta por silencio administrativo del **Ayuntamiento** de Llanera del escrito presentado por la recurrente el 3 de de junio de 2015 en relación con el contrato de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de una piscina climatizada, gimnasio y zona de hidroterapia en Lugo de Llanera, resolución que se anula en parte por no ser ajustada a derecho reconociendo el derecho del recurrente a que el proyecto de fin de obras y por lo tanto la liquidación de las mismas a los efectos de la inversión realizada por la concesionaria que ha de tenerse en cuenta durante la explotación del CDSCA a los efectos oportunos asciende a cuatro millones quinientas treinta y ocho mil novecientos cincuenta y ocho euros con veinticuatro céntimos (4.538.958,24). Desestimándose el resto de las pretensiones.

Por FCC AQUALIA S.A., aquí apelante, se solicita se dicte sentencia revocando la recurrida, en lo que se refiere a la pretensión de que se resuelva el contrato de concesión de obra pública de que se trata, acuerde de procedencia de tal resolución en los términos solicitados por FCC Aqualia S.A., pretensiones éstas a las que se opone el **Ayuntamiento** de Llanera, quien solicita la confirmación de la sentencia impugnada.

Se alega por la apelante como fundamento de su pretensión impugnatoria, que la sentencia no es conforme a Derecho en lo que se refiere a la pretensión de resolución del contrato, pues lejos de valorar la concurrencia de la cláusula rebus sic stantibus, rechaza la pretensión de resolución, entendiéndolo que lo que se trata es de una renuncia unilateral, incurriendo por ello en incongruencia, considerando aplicable la mencionada cláusula que constituye un principio estructural de la teoría del contrato, con la consecuencia, que por las circunstancias concurrentes en este caso, su aplicación conlleva la resolución del contrato, la sentencia imputa a FCC Aqualia S.A. la totalidad del riesgo del contrato obviando las exigencias de mantener el equilibrio de la concesión de obra pública que derivan tanto de la Ley de Contrato del Sector Público y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, lo que genera un enriquecimiento injusto para la Administración.

SEGUNDO. - La argumentación que se hace por el **Ayuntamiento** de Llanera oponiéndose a la admisión del recurso de apelación interpuesto por estimar que se trata de una mera reiteración de las cuestiones ya suscitadas y resueltas en la sentencia apelada, como tiene recogido con reiteración la Jurisprudencia, siendo cierto, no cabe admitirlo cuando en el escrito interponiendo el recurso de apelación, el apelante hace una crítica de la sentencia apelada, tratando de demostrar que se vulnera el ordenamiento jurídico por hacer una aplicación e interpretación errónea de la norma aplicable, como se hace en el supuesto de autos, entendiéndolo que se han vulnerado tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia.

TERCERO .- Planteada en tales términos la presente controversia jurisdiccional ha de comenzar esta Sala señalando que asumimos y compartimos la decisión de la sentencia apelada, al entender que lo allí decidido y la fundamentación jurídica que la le sirve de soporte es plenamente ajustada a derecho. Así las cosas no puede admitirse que la sentencia impugnada no es conforme a Derecho en lo que se refiere a la causa de resolución del contrato, pues lejos de valorar la concurrencia de la cláusula rebus sic stantibus , rechaza la pretensión de resolución, entendiéndolo que lo que se trata es de una renuncia unilateral al contrato por parte de FCC Aqualia S.A., pretensión que en ningún momento fue formulada, advirtiendo por ello una clara incongruencia en la misma y ello no es así toda vez que si bien solicitaba la procedencia de la resolución del contrato de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de una piscina climatizada, gimnasio y zona de hidroterapia en Lugo de Llanera por imposibilidad de continuar el contrato en las condiciones inicialmente pactadas, y reconociendo que no se dan las causas de resolución previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (art. 38) ni las previstas para los contratos de concesión de obra pública art. 245 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , invoca el art. 206 g) de la misma, a saber la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados , rechazando la sentencia la aplicabilidad del mismo toda vez que no estaba previsto en el contrato ni en la normativa vigente,



por lo que entra a analizar la inexistencia del cambio en las bases del negocio, por lo que no ha resuelto la sentencia, ni se ha pronunciado fuera de las alegaciones de las partes, ni al margen de las pretendidas, lo que impide estimar la invocada incongruencia.

CUARTO. - Señala igualmente la apelante como fundamento de su pretensión impugnatoria, que no toma en consideración la Sentencia apelada, que se ha producido una importante alteración en el conjunto de circunstancias a partir de las que se adjudicó la concesión, lo que justifica la aplicación de la cláusula *robustantibus* que, en este caso, avoca a la resolución del contrato y a la consiguiente estimación del recurso contencioso administrativo en lugar de a su desestimación, imponiendo el Juez a quo un respeto absoluto al principio de riesgo y ventura y de asunción íntegra por FCC Aqualia S.A. de todas las pérdidas del contrato, sobrepasando los límites admisibles a ese principio y provocando con ello un enriquecimiento injusto de la Administración. Ahora bien, tales argumentaciones deben ser igualmente desestimadas, si bien es cierto que el centro deportivo no ha respondido a las expectativas o previsiones del concesionario, ello no puede llevar a imputar tal consecuencia al **Ayuntamiento**, con la finalidad de obligarle a resolver la concesión, toda vez que la aplicación del principio de riesgo y ventura, obliga al contratista a soportar las pérdidas, no pudiendo atribuirse la no consecución de los resultados pretendidos, según recoge la Sentencia a errores en el Estudio de Viabilidad, aprobado por el **Ayuntamiento**, siendo así que si bien el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el Juzgador de instancia, sin embargo, la facultad revisora por el Tribunal ad quem de dicha prueba debe ejercitarse con ponderación en tanto que fue aquel órgano quien la realizó de inmediación y por tanto dispuso de una percepción directa de aquélla, percepción inmediata de la que carece la Sala de apelación, salvo la prueba documental. En este caso, el Tribunal ad quem podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como aquellas diligencias de pruebas cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revela como equivocada sin esfuerzo, de forma que ha de prevalecer la apreciación realizada en la instancia salvo en aquellos casos en los que se revela de forma clara y palmaria que el órgano a quo ha incurrido en error al efectuar tal operación o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica.

De esta forma no puede entenderse la existencia de errores en el Estudio de Viabilidad aprobado por el **Ayuntamiento**, toda vez que datos tales como la diferencia de habitantes respecto a lo reflejado en el INE no resultan significativos, influyendo en la utilización de un centro de estas características, la población de hecho que acude a trabajar a los polígonos, o el tamaño del centro en relación a la existencia de instalaciones cercanas o la crisis económica que ha tenido una fatal repercusión en actividades deportivas como la presente.

Es por ello que el art. 24.2 del PCAP en cuanto al principio de riesgo y ventura, prohíbe, fuera de los supuestos de restablecimiento del equilibrio, la compensación o revisión de los elementos económicos de la concesión, por el hecho que los rendimientos de la misma no alcancen o superen los niveles previstos en la propuesta económica del concesionario contemplando los supuestos en los que la Administración ha de restablecer el equilibrio económico del contrato, siendo éstos cuando la Administración modifique las condiciones de explotación o cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, motivos que no concurren en el supuesto enjuiciado, es por ello que en materia de concesiones de servicio público, la regla general de la jurisprudencia es el principio de riesgo y ventura, por lo que el restablecimiento del equilibrio concesional es una excepción que debe ser interpretada y aplicada con criterios rigurosos, toda vez que lo contrario supondría desvirtuar la esencia misma de la concesión, que entraña la asunción normal de los riesgos por el concesionario. Siendo así que no existe causa alguna de resolución del contrato, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- En materia de costas procesales las mismas deben de ser impuestas a la parte apelante al ser desestimadas sus pretensiones y seguir el principio objetivo del vencimiento, conforme a lo establecido en el art. 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción, con el límite de 600 € por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ángeles Fuertes Pérez, en nombre y representación de la AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A., contra la Sentencia dictada el día dieciséis de enero de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Oviedo, en autos del PO nº 299/15, Sentencia que se confirma en sus propios términos por ser ajustada a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte apelante, con el límite fijado en el último fundamento de Derecho.



Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ