



Roj: **STSJ PV 2240/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2240**

Id Cendoj: **48020330012016100272**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2016**

Nº de Recurso: **719/2014**

Nº de Resolución: **285/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARGARITA DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2240/2016,**
STS 2847/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 719/2014

ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 285/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 719/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 18 de noviembre de 2014, del Director de Servicios del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco, por la que se acuerda la caducidad, por incumplimiento de la concesionaria ahora recurrente, del contrato para la construcción y explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público a Begoña (Bilbao); que amplía a la Resolución de 15 de septiembre de 2015, de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 16 de julio de 2015, del Director de Servicios, dictada en el expediente de reversión del servicio a la Administración de la explotación de dos ascensores eléctricos del servicio público a Begoña (Bilbao) y de aquellos bienes necesarios para su prestación.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : ASCENSORES A BEGOÑA S.A., representada por la Procuradora Doña LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU y dirigida por el Letrado Don **ESTEBAN UMEREZ** ARGAIA.

- **DEMANDADA** : La ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representado y dirigido por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.



Ha sido Magistrada Ponente la Iltrma. Sra. D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de noviembre de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU actuando en nombre y representación de ASCENSORES A BEGOÑA SA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 18 de noviembre de 2014 del Director de Servicios del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco; quedando registrado dicho recurso con el número 719/2014.

En escrito presentado el día 21 de septiembre de 2015 se solicitó la ampliación del recurso a la Resolución de 15 de septiembre de 2015, de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 16 de julio de 2015, del Director de Servicios, dictada en el expediente de reversión del servicio a la Administración de la explotación de dos ascensores eléctricos del servicio público a Begoña (Bilbao) y de aquellos bienes necesarios para su prestación; la que se acordó por resolución de fecha 2 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- En los escritos de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO .- En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 14 de mayo de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO .- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO .- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 27 de mayo de 2016 se señaló el pasado día 2 de junio de 2016 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Lucila Canivell Chirapozu, procuradora de los Tribunales y de Ascensores a Begoña S.A., deduce impugnación jurisdiccional en relación con la Resolución de 18 de noviembre de 2014, del Director de Servicios del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco, por la que se acuerda la caducidad, por incumplimiento de la concesionaria ahora recurrente, del contrato para la construcción y explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público a Begoña (Bilbao); que amplía a la Resolución de 15 de septiembre de 2015, de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 16 de julio de 2015, del Director de Servicios, dictada en el expediente de reversión del servicio a la Administración de la explotación de dos ascensores eléctricos del servicio público a Begoña (Bilbao) y de aquellos bienes necesarios para su prestación.

Ejercita pretensión anulatoria y de condena en costas, y como fundamento jurídico-material efectúa las siguientes alegaciones:

A) En la demanda inicial:

1^a En lo que concierne a la ley aplicable, señala que el procedimiento para la extinción de un contrato administrativo se rige por la ley actual, pero su contenido y efectos por la ley en vigor al tiempo de la adjudicación y celebración del contrato.

Por lo tanto, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, marca el procedimiento para la caducidad de la concesión, pero su contenido y efectos vienen determinados por la ley aplicable a la fecha de formalización o perfeccionamiento de la concesión administrativa, esto es, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Gaceta de Madrid n^o 105, de 15 de abril), el Reglamento de 6 de julio de 1877 que la desarrolló (Gaceta de Madrid n^o 188, de 7 de julio) y el Pliego concesional de 30 de diciembre de 1943 (BOB n^o 8, de 19 de enero de 1944).



2ª A continuación precisa las consecuencias del régimen jurídico aplicable, arguyendo que la ley del contrato y la naturaleza de la concesión derivada del mismo, no contemplan la interrupción o el cese del servicio como una causa de incumplimiento y caducidad de la concesión y ello por cuanto:

La obra de Ascensores a Begoña S.A., es de las que pertenecen al Capítulo VI de la LGOP 1877, para las que la ley no define ninguna causa de caducidad, que han de ser fijadas en el Pliego concesional (art. 60), y en este caso el Pliego de 1943, pudiendo y debiendo dar cumplimiento a ese precepto, apartados 3º y 4º, no impuso otra cláusula de incumplimiento más que la de la condición 19ª, no estableció un plazo mínimo de cumplimiento para la concesionaria y no trasladó a esta concesión la causa de caducidad por interrupción del servicio prevista por la ley para las obras subvencionadas.

3ª Se refiere en tercer lugar al principio de riesgo y ventura y a la ruptura del equilibrio económico de la concesión:

Por lo que hace al principio de riesgo y ventura, dice que la actuación de la Administración es disconforme a derecho por aplicación de un principio de asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario prácticamente ilimitado, y que ignora otro elemento esencial como es el principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión (artículo 258 del TRLCS 2011).

Tal y como dispone el apartado 2, letra b) de ese artículo 258, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

A su juicio, la ruptura de ese equilibrio económico es causada, de forma directa, por la política tarifaria impuesta por la Administración (a efectos probatorios se remite a los procedimientos seguidos ante esta Sala con nº 760/2013 y 465/2014), y debería haber sido restablecido cuando la actora solicitó la revisión de la tarifa en 2010, viéndose forzada, ante las anteriores negativas del Gobierno Vasco, a solicitar una revisión que repercutiera íntegramente en los usuarios la tarifa necesaria para cubrir los criterios económicos establecidos por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT).

La sentencia nº 531/2012, de 5 de octubre, de la Sección 2ª de esta Sala, estableció que la tarifa aprobada por el Gobierno Vasco no cumplía los criterios de la LOTT, y la nueva tarifa establecida por la Administración para dar cumplimiento a la sentencia (Orden de tarifa 2013) es también contraria a dichos criterios, por lo que se encuentra sometida al recurso nº 760/2013 antes citado.

Concluye que al fin y a la postre, la negativa de la Administración a restaurar el equilibrio económico de la concesión provocó la prolongación de la situación de pérdidas económicas de la concesión, hasta convertirla en insostenible, lo cual, junto con la negativa posterior a admitir la caducidad a petición del concesionario, condujo directamente a la imposibilidad de continuar con la prestación del servicio.

4ª Critica, por último, la imputación de voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, contenida en la resolución impugnada:

Insiste aquí en lo señalado en el apartado anterior y añade que la situación de pérdidas se mantenía constante y creciente, y la llegada de una orden de ejecución de reparación integral del edificio supuso la culminación de la imposibilidad de continuar con la explotación de la obra.

Por tal motivo, la actora solicitó la caducidad a petición del concesionario, pero la prolongación de la tramitación del expediente y la actitud del Gobierno Vasco, renuente a buscar una solución para caducar la concesión y propiciar una transición ordenada del servicio, y dirigida más bien a esperar a que se produjera la caída del concesionario, propiciaron el cese del servicio, debiendo reconocerse por ello que el concesionario no actuó por una voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, sino totalmente forzado por las circunstancias y rendido ante la situación insostenible de pérdidas económicas.

B) En la ampliación a la demanda:

1ª Anulabilidad del expediente de reversión por la anulabilidad del acto administrativo de origen:

Las Resoluciones objeto de ampliación constituyen actos de ejecución de la Resolución de 18 de noviembre de 2014; en caso de que ésta sea anulada, habrán de anularse igualmente los actos de ejecución posteriores, puesto que no puede darse en este caso el supuesto regulado en el artículo 66 LRJPAC.

2ª El título de reversión sólo incluye los elementos que componen la obra de la concesión ¿torre de los ascensores, su instalación y pasarela- y para la obtención de otros elementos privativos del concesionario necesarios para la continuación del servicio público -dos locales y la finca sobre la que se asienta la estructura de la pasarela, su cierre perimetral, escaleras y caminos- la Administración debe acudir a otros títulos y



procedimientos, de conformidad con el artículo 55 LGOP 1987 y artículo 34 del Decreto 673/1966, de 10 de marzo .

3ª La reversión debe venir precedida de la liquidación de las obligaciones de la concesión, esto es, el expediente debe estar constituido por el inventario de la obra y la liquidación de la concesión, y verificados ambos aspectos, se procederá a la reversión de la obra, y no antes (arts. 271 y 272 TRLCSP).

SEGUNDO.- El letrado de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ha presentado sendos escritos de contestación, postulando la desestimación de la demanda y su ampliación.

A) Aduce, en síntesis, respecto de la demanda:

1º Con remisión a la sentencia de esta Sala nº 531/2012 (rec. nº 1155/2010), que la concesión de autos se rige por los títulos preliminar y primero de la LOTT y, en lo no previsto por ellos, por la Ley 4/1964, de 29 de abril, sobre concesión de teleféricos, y su Reglamento aprobado por el Decreto 673/1966, de 10 de marzo, si bien, de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 4/1964 , las concesiones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor continúan rigiéndose por el título concesional en cuanto a las condiciones jurídicas y económicas.

2º El abandono que se imputa a la actora ha quedado acreditado por los informes emitidos por la Inspección los días 9 de julio ¿folios 170 a 173-; 10 de julio ¿ folios 174 a 176-; 11 de julio ¿folios 178 a 182- y 16 de julio de 2014.

3º La interrupción del servicio es un hecho que impide el cumplimiento de la función asumida y para la que se otorgó la autorización, lo que supone el incumplimiento absoluto de las condiciones impuestas (cláusula 19ª del Pliego); a la misma idea responde el art. 33 d) del Decreto 673/1966, de 10 de marzo ; de forma que si el incumplimiento de cualquiera de las condiciones puede originar la caducidad, con mayor motivo lo hará un supuesto como el que ahora examinamos: suspender la prestación del servicio.

4º El objeto de presente proceso hay que deslindarlo, al tener sustantividad propia, de otros litigios que la parte recurrente mantiene con esta Administración: rca nº 760/2013 y rca nº 465/2014.

5º Finaliza su exposición recordando lo dicho en la sentencia nº 466/2013 ¿rca nº 39/2012 - "*Y desde luego no es facultad del concesionario la de suspender temporal o definitivamente la prestación del servicio ...*". (f.j. tercero, último párrafo).

B) Sobre la ampliación a la demanda:

1º Posible falta de litisconsorcio pasivo necesario; comoquiera que, tal vez, los bienes cuya titularidad reclama la actora han pasado -según consta en el documento nº 5- en virtud de expediente administrativo de apremio, a ser propiedad de otra persona jurídica -en concreto, Inversiones Inmobiliarias Bilgomu 2012, SL-, dicha entidad debiera ser llamada al proceso.

2º Reitera la alegación ya expuesta sobre la ley aplicable a la concesión administrativa: a) la LOTT; b) el título concesional; e) la Ley 4/1964; y, d) la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

3º No siendo el Registro medio hábil para concretar cuáles son las instalaciones que han de ser revertidas, habrá que estar a lo que dispongan el título constitucional y el resto de la normativa respecto de la situación registral de la finca, constando en el expediente copia del asiento registral ¿folios 163 a 165-.

4º En cuanto al procedimiento seguido para identificar los bienes a revertir, invoca los arts. 4, 5 y 34 del Decreto 673/1966 , con la consecuencia de que la reversión conlleva la de aquellos bienes afectos directamente a la concesión que permitan asegurar la continuidad del servicio; siendo que dichos bienes son los que se relacionan en el título concesional y se fijan o precisan en el inventario obrante a los folios 75 a 169 del expediente.

5º Seguidamente concreta los bienes cuya reversión se cuestiona (local de planta baja, paso a la torre, el local de P. 1ª (aseo y vestuario), la finca de la infraestructura de la pasarela, huerta de 1.113 m2. y cierre perimetral, para concluir que todos ellos constituyen elementos e instalaciones que conforman la concesión, según disponen los artículos indicados en el apartado anterior.

6º Por último, sobre la alegación de que la reversión debe venir precedida de la liquidación de las obligaciones de la concesión, se remite a las consideraciones contenidas en el punto 3 de los fundamentos de la resolución que se impugna.

TERCERO.- En el examen de la validez jurídica de la actuación administrativa impugnada, no cabe obviar que en íntima conexión con el presente recurso se ha tramitado ante esta Sala y Sección el registrado



con el nº 465/2014, interpuesto también por la aquí recurrente frente a la Resolución de 24-06-2014 de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, desestimatoria del recurso de alzada presentado contra la Resolución de 1-04-2014 denegatoria de la solicitud de la concesionaria en orden a la declaración de caducidad de la concesión concernida en este recurso, que la defensa actora califica con acierto como antecedente esencial del expediente de caducidad al que pone fin la resolución recurrida.

Recaída en fecha 22 de junio de 2016 sentencia nº 279/2016 en el primero de los recursos, dada la ligazón existente entre los supuestos de hecho que conforman las causas de caducidad de los dos expedientes, la solución que en este se dé está necesariamente vinculada a la ofrecida en el precedente, ello unido a la coincidencia en ambos recursos de algunos de los motivos impugnatorios y, en esencia, del sustrato argumental, no existiendo razón que imponga cambio de criterio, seguiremos en esta exposición los fundamentos jurídicos de esa sentencia que interesan a nuestro asunto.

Comenzamos por el alegato incluido en la demanda rectora de estos autos, atinente a la determinación de la legislación aplicable al procedimiento y efectos de la extinción de la concesión, discutida igualmente en el proceso anterior, tomando como punto de partida que la concesión para la construcción y explotación de los ascensores a Begoña había sido otorgada por Resolución de 30-12-1943 de la Jefatura de Bizkaia del Ministerio de Obras Públicas y fue publicada en el Boletín Oficial de ese Territorio de 19-01-1944.

Propugna la actora la aplicación al procedimiento de extinción del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y en cuanto a su contenido y efectos la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, el Reglamento de 6 de julio de 1877 que la desarrolló y el Pliego concesional de 30 de diciembre de 1943.

Posición que se acepta en el fundamento de derecho segundo de la sentencia nº 279/2016, donde se dice:

"(¿) según la disposición transitoria 1ª de la Ley 4/1964 que se acaba de citar " *Las concesiones de teleféricos ya otorgadas al entrar en vigor la presente Ley, continuarán rigiéndose por sus condiciones jurídicas y económicas*". Y según la disposición transitoria 1ª-2 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 " *Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extensión, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*" ; ha de entenderse, por la normativa vigente a la fecha de otorgamiento de la concesión, habida cuenta del régimen transitorio (ídem) establecido por la normativa precedente sobre contratos de las Administraciones Públicas.

De conformidad con el régimen transitorio al que acabamos de aludir, mantenido entre la Ley de obras públicas de 1877 y el TRLCSP de 2011, referido exclusivamente a los efectos y extinción del contrato, y con la regla "lex regit actos", el procedimiento de caducidad o extinción de la concesión había de acomodarse a la normativa vigente en la fecha de su incoación (v. g. la disposición transitoria 1ª-1 del RDL 3/2011).

Así, y de conformidad con los dictámenes del Consejo de Estado reseñados en el escrito de demanda hay que dar la razón a la recurrente respecto al régimen jurídico sustantivo de aplicación al caso: Ley general de obras públicas de 13 de abril de 1877 y su Reglamento de 6 de julio de 1887; y el pliego de condiciones de la concesión.

La demandada opone a la aplicación del régimen jurídico (efectos y extinción de la concesión) que se acaba de señalar el fundamento tercero de la sentencia nº 531/2012 dictada por esta Sala (Sección 2ª) en el procedimiento ordinario 1155/2010 :

" *La concesión de autos que fue otorgada por Resolución de 30 de diciembre de 1943 se rige, en consecuencia, por dicho título preliminar y primero de la LOTT y en lo no previsto por ellos, por la Ley 4/1964 de 29 de abril sobre concesión de teleféricos, y su Reglamento aprobado por el Decreto 673/1966 de 10 de marzo, si bien de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 4/1964 las concesiones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor continúan rigiéndose por el título concesional en cuanto a las condiciones jurídicas y económicas*".

Por lo tanto, la sentencia que se acaba de citar deja a salvo la aplicación de la normativa vigente a la fecha de otorgamiento de la concesión (la precitada Ley de obras públicas de 1877) atendiendo al régimen transitorio de la Ley 4/1964, sin perjuicio de la aplicación al caso (Orden de 7 de Julio de 2010 que aprobó la tarifa del servicio de ascensores correspondiente a 2010) de la LOTT, vigente en el período de efectos de la revisión tarifaria controvertida.

En este procedimiento no se trata de elementos variables o periódicos de la concesión, como el precio del servicio que deben abonar los usuarios, sujetos a la legislación de transportes terrestres vigente en cada



ejercicio, sino del régimen de efectos (derechos y obligaciones) y de extinción de la concesión, determinado por la norma vigente en la fecha de otorgamiento de la concesión, y por su pliego de condiciones (lex inter partes).

En conclusión, ha de atenderse a ese régimen jurídico, de acuerdo a la rigurosa exposición normativa y doctrinal que ha hecho la recurrente, para dilucidar la concurrencia de la causa de caducidad de la concesión alegada por el concesionario frente a la de extinción de ese título por causas imputables a aquel, opuesta por la Administración demandada¿".

CUARTO.- No es susceptible, sin embargo, de favorable acogida, la alegación siguiente, con la que pretende el letrado de la mercantil excluir con carácter general como causa de caducidad la interrupción o cese del servicio.

Son contestes las partes en que debe acudir al Pliego concesional para determinar las causas de caducidad, por mor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley general de obras públicas de 1877, que dispone: " *Se fijará por regla general entre las cláusulas de toda concesión: 4º) Los casos de caducidad y las consecuencias de esta caducidad*".

La cláusula 19ª define como tal: " *La falta de cumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas o que de ellas se deriven, a juicio de la Jefatura de Obras Públicas de Vizcaya, bien por sí o a propuesta del Ayuntamiento de Bilbao llevará consigo la caducidad de la concesión, procediéndose en este caso conforme determinen las disposiciones vigentes en la materia*".

Sostuvimos en la sentencia dictada en el recurso nº 465/2014 "esa regulación no excluye sino que más bien implica la caducidad de la concesión por cualquier incumplimiento de las condiciones impuestas (la cláusula que se acaba de transcribir no distingue entre obligaciones de la Administración y de la concesionaria) o que deriven de las impuestas; en otro caso, y no obstante el carácter sinalagmático de las pretensiones de las partes solo procedería la caducidad de la concesión por incumplimientos imputables a la concesionaria, y no por incumplimientos imputables a la Administración por graves que fueren y trascendentes para el mantenimiento del equilibrio entre las prestaciones recíprocas".

De la misma forma que la causa alegada por la actora -por la pérdida sobrevenida del equilibrio económico-financiero- en el expediente de caducidad resuelto por la Resolución de 1 de abril de 2014, la aplicada en la que ahora examinamos, aun no prevista expresamente en el Pliego de la concesión, ha de entenderse implícita en la contratación.

Subrayamos entonces que " la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe (artículo 1.124 del Código Civil) y en el caso de que el cumplimiento del contrato produjere lesión a uno de los contratantes, el perjudicado podrá instar su resolución (artículo 1.290 y siguientes del Código Civil).

El Derecho común de obligaciones ex contractu sule, pues, los defectos de regulación de que adolezca la legislación de contratos de las Administraciones Públicas o el pliego de esa contratación (v.g. el artículo 19-2 de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, y los correlativos de la legislación de contratos anterior al vigente texto refundido de 2011)".

Así, un incumplimiento culpable del contratista de lo que es su principal obligación concesional, la prestación del servicio, se erige en causa de extinción o caducidad de la concesión, a lo que no obsta el régimen establecido en el Capítulo VI de la Ley de Obras Públicas de 1877, y puede quedar subsumida en la causa de caducidad de la cláusula 19ª, habida cuenta de los amplios términos en que aparece descrita, al referirse genéricamente al incumplimiento de " *cualquiera de las condiciones impuestas o que de ellas se deriven*".

Desde esa perspectiva, no merecería reproche jurídico la caducidad de la concesión otorgada el 30-12-1943, que acuerda la Resolución de 18 de noviembre de 2014 en base a la cláusula 19ª del Pliego de condiciones, en relación con las 8ª, 10ª y 11ª, por incumplimiento del contrato, al haber abandonado la contratista la concesión, siempre y cuando sea de apreciar la calificación como "culposa" de su conducta, o deliberadamente rebelde al cumplimiento, como denota la Administración contratante en la citada Resolución, esto es, cuando el cese unilateral en la explotación le fuere imputable.

Sucede, sin embargo, que no concurre el supuesto de hecho de la causa de caducidad en cuestión, al fallar el elemento culpabilístico, conforme lo razonado en la sentencia nº 279/2016 , a la que, como ha quedado dicho, aparece indefectiblemente ligada la suerte del presente recurso, máxime en este aspecto, que se aborda por la recurrente con una insistente alusión a la ruptura del equilibrio económico financiero de la concesión ¿circunstancias que la propiciaron y consecuencias que de ella se derivan- que se constituye, en suma, en núcleo común y esencial de los dos recursos: en el nº 465/2014, como causa de caducidad ¿más exactamente se sustentó en " *la imposibilidad de mantener la explotación del servicio a causa de la acumulación de pérdidas*



provocada por la inadecuación de las tarifas aprobadas por el Gobierno Vasco a los costes de la concesión, y de afrontar los costes de la reparación requerida por SURBISA ", y en éste para ahuyentar cualquier actuación culpable de la contratista en tanto justificativa de la interrupción del servicio.

Nos adentramos así en las alegaciones relacionadas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia con los números 3ª y 4ª, que han sido objeto de análisis en la repetida sentencia de 22 de junio de 2016 , en estos términos:

"(¿)Como decimos, el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión es consustancial a ese título contractual, o lo que es lo mismo, a la limitación del principio de riesgo y ventura del contratista, pues en otro caso ese sujeto tendría que soportar las pérdidas de la explotación por graves e imprevisibles que fueran y ajenas a su círculo o esfera de actividad.

Y por esa razón la legislación de contratos del sector público ha recogido expresamente el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato; así por ejemplo, y en lo que hace al contrato de concesión de obra pública, no solo en el caso de que la Administración contratante ejerza el ius variandi, sino también, y en atención tanto al interés general como al interés del concesionario, en los supuestos previstos de revisión del contrato o cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión; y el incumplimiento de esa obligación es lógicamente causa de extinción de la concesión a solicitud del concesionario (v.g. artículos 241 , 245 k en relación al artículo 205 g) h) e i) de la Ley 30/2007 y correlativos del vigente texto refundido de la LCSP) .

Asimismo, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales aprobado por Decreto de 17-06-1955 abunda en el carácter esencial del principio de equilibrio económico de la concesión; no en vano reconoce el derecho del concesionario a la compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión (artículo 128.3-2º), y dispone la revisión de las tarifas y subvención cuando aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión (artículo 127.2-2 º b).

Por consiguiente, la Administración no puede escudarse en el principio de riesgo y ventura del contratista para trasladar a este las pérdidas económicas de la explotación a despecho de sus facultades (y obligaciones) para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en supuestos como el presente, de pérdidas económicas estructurales, acumuladas durante varios ejercicios consecutivos.

OCTAVO.- No estamos, evidentemente, en el supuesto de ejercicio del "ius variandi" o " factum principis" con efectos sobre el equilibrio entre las prestaciones de la Administración y del concesionario sino de resultados económicos que por su carácter no coyuntural sino estructural, y producidos muchos años después del otorgamiento de la concesión, deben considerarse imprevisibles, y que por su magnitud han alterado gravemente el equilibrio de la concesión.

La Administración no tiene la obligación de soportar o cubrir cualquier riesgo inherente a la actividad del contratista, sino que es este el que asume la eventualidad de obtener una ganancia (ventura) o de soportar una pérdida (riesgo) , y así no tiene derecho a una compensación para restablecer el equilibrio de la concesión a no ser que acredite mediante el estudio pertinente que han sido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles las que han causado la ruptura del equilibrio de la concesión (sentencias del Tribunal Supremo de 24-04-1985 ; 17-07-1991 ; 28-07-1995 ; 19-01-1998 ; 30-04-2001 ; 9-12-2003).

Así es que tratándose de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" o del principio de riesgo imprevisible (conurrencia de circunstancias o alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y graves no imputables a ninguno de los contratantes- el concesionario debe acreditar que se ha roto el equilibrio económico-financiero de la concesión al punto de que no puede mantener la prestación del servicio si no es con pérdidas económicas que sobrepasan su capacidad de endeudamiento.

Y este es, sin duda, el caso de aplicación del principio a que nos acabamos de referir, visto los resultados negativos de la explotación desde el ejercicio 1997 hasta el de 2013, con la excepción de 2006 en que se registraron ingresos financieros extraordinarios y el de 2007 con tan solo 720 euros de beneficio, según las cuentas de pérdidas y ganancias aceptadas por la Administración demandada.

Pero no es solo la cuantía de las pérdidas (de hasta 489.137, 60 € en los ejercicios 2009-2013) lo que denota su carácter de alteración extraordinaria, imprevista y grave, sino también su relación con el número decreciente de usuarios e ingresos (folios 197-198 del expediente administrativo del Rec. 760/2013) que ponen de manifiesto que las tarifas aprobadas por el Gobierno Vasco han sido insuficientes para cubrir los gastos ordinarios de la explotación.



NOVENO.- La retribución del concesionario deberá ser calculada de modo que permita mediante una buena y ordenada administración amortizar durante el plazo de concesión el coste de establecimiento y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial (artículo 129-3 del Reglamento de servicios aprobado por Decreto 17-06-1955).

La revisión de las tarifas conforme a las propuestas de la concesionaria no ha sido, evidentemente, suficiente para cubrir los déficits estructurales de la explotación, imprevisibles a la fecha de otorgamiento de la concesión; y la Administración demandada disponía de otros mecanismos para la corrección sino para el restablecimiento de tamaños desequilibrios como la subvención a una parte del precio correspondiente al servicio, entre otras solicitadas por la concesionaria a la demandada desde el año 1999, dados los malos resultados de la explotación (folios 114-124 del expediente).

La legislación de contratos del sector público no establece un "numerus clausus " de medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato sino la aplicación de las que procedan en cada caso; y ad exemplum: la modificación de las tarifas establecidas por el uso de la instalación; la reducción del plazo concesional y, en general, cualquier modificación de las cláusulas económicas del contrato (artículo 241-3 de la Ley 30/2007).

Pues bien, la demandada se ha limitado a la revisión de la tarifa, medida que por si sola, y además de controvertida a partir de la Orden de 7-07-2010, ha resultado más que insuficiente para cubrir los costes ordinarios de la explotación conforme a las reiteradas y justificadas ¿objetivamente- demandas de la concesionaria.

En conclusión, no solo se ha producido un grave desequilibrio económico en la explotación de la instalación de ascensores, imprevisible, que hacía a la concesionaria tributaria de las compensaciones o medidas de restablecimiento de la situación anterior, sino que la Administración no ha ejercido sus facultades- deberes, no decimos ya prerrogativas, para corregir aquel desequilibrio; ni tan siquiera las ha contemplado como debidas, necesarias y adecuadas para garantizar la continuidad y buena prestación del servicio.

Por lo tanto, si bien el desequilibrio económico de la concesión se ha producido por causas también ajenas a la actuación de la Administración, no puede hacerse la misma valoración en lo que atañe al restablecimiento de la base económica del contrato con las medidas adecuadas a esa finalidad cuya aplicación, más pronto que tarde, incumbía a la Administración demandada, y que esta no ha aplicado- ni tan siquiera previsto- ni antes ni después.

Así las cosas, hay que apreciar la causa, dígame de caducidad o de resolución, alegada por la concesionaria; esto es, haber incumplido la Administración la obligación de restablecer el equilibrio económico de la concesión con las medidas que ella y solo ella podía y debía haber aplicado; sin excusas o excepciones como la de incumplimiento contractual imputado al concesionario, una vez que este había solicitado la declaración de caducidad de la concesión.

DÉCIMO.- La concesionaria debía cumplir sus obligaciones durante la tramitación del expediente de caducidad de la concesión que había instado el 7 de agosto de 2013, salvo causa de fuerza mayor, ya que la extinción de la concesión no se produce, con efectos ex nunc, sino por virtud de resolución administrativa o judicial (sentencia de esta Sala nº38/2014 de 27 de enero; Recurso 38/2014).

Ahora bien, el eventual incumplimiento de la obligación de mantener la prestación del servicio entretanto se resolvía el expediente de caducidad no puede oponerse a esa acción del concesionario en cualquier caso de cesación en tal prestación sino cuando la cesación de tal prestación sea imputable al concesionario.

La demandada ha opuesto a la acción rescisoria (de caducidad) ejercida por el recurrente la de extinción de la concesión por incumplimiento de aquel consistente en la cesación unilateral de la prestación, pero tal "sanción" solo es procedente "cuando por culpa de la empresa se interrumpiese el servicio público de una obra subvencionada¿." (artículo 87 de la Ley de obras públicas de 1877).

Y si el elemento de la culpabilidad es condición de la caducidad de la concesión en el supuesto previsto por el precepto que se acaba de citar, la misma interpretación hay que hacer respecto al incumplimiento previsto por la cláusula 19 de la concesión, sancionado también con la caducidad de ese título.

La concesión otorgada a la recurrente no estaba sujeta a un plazo mínimo, conforme a la LGOP de 1877 y el pliego de condiciones, pero de forma tácita se ha venido prorrogando año tras año, desde 1944. Y la concesionaria no ha comunicado a la Administración su desistimiento por vencimiento de la última prórroga así producida, sino la cesación del servicio por imposibilidad de mantener la explotación a la vez que solicitó la caducidad de la concesión por esa causa.



Por lo tanto, sin perjuicio del ejercicio de esa facultad de desistimiento la concesionaria, aun no tratándose de una obra subvencionada, tenía la obligación - consustancial a su concesión- de mantener la prestación del servicio.

Pero la interrupción del servicio , aunque producida de forma unilateral, no puede considerarse culpable, sino provocada por las causas objetivas insuperables para la contratista, a falta de las medidas compensatorias o correctoras que debió acordar la Administración, a las que nos hemos referido .

Antes bien, la concesionaria había comunicado a la Administración la interrupción del servicio con seis meses de antelación a la fecha prevista, 15-02-2014; ídem, el posterior aplazamiento "sine die" de la antedicha decisión, y la interrupción producida el 8-07-2014 (folios 12-14, 73 y correlativos del expediente) en razón a las causas económicas que motivaron la solicitud de caducidad presentada en Agosto del año anterior.

Además, la interrupción del servicio de ascensores se produjo cuando la demandada ya había incumplido de forma reiterada la obligación de tomar medidas conducentes al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y cuando la concesionaria había solicitado la caducidad de la concesión por causa de tal desequilibrio, con lo cual el cierre de las instalaciones debe ser contemplado como una consecuencia de la situación económica insostenible de la concesionaria, no paliada o remediada por medidas que estaban al alcance de la demandada y razón, por lo tanto, de la caducidad del título a instancia de la recurrente, y no como una causa , oponible a la anterior, de extinción de la concesión por incumplimiento culpable del concesionario".

Toda vez que no se aportan a este proceso datos fehacientemente probados que contradigan las conclusiones alcanzadas en la sentencia transcrita, es obligado declarar que no concurre la causa de caducidad prevista en la cláusula 19ª del Pliego que rige la concesión, por los hechos imputados por la demandada, de lo que se sigue la disconformidad a derecho de la Resolución de 18 de noviembre de 2014, y asimismo de la que fue objeto de la ampliación del recurso, dictada en el expediente de reversión del servicio, y ello sin necesidad de examinar las alegaciones vertidas por las partes en sus escritos de ampliación de la demanda y contestación, habida cuenta que este último expediente se incoa en ejecución del apartado tercero de la inicialmente impugnada, por tanto, su anulación lleva aparejada la de la fechada el 16 de julio de 2015 y la de 15 de septiembre de 2015, que la confirma en alzada.

Procede, en consecuencia, la estimación del presente recurso.

QUINTO.- Las costas del procedimiento se imponen a la demandada, pero reduciendo su importe a la mitad de las causadas a la recurrente, dadas las dudas que ha suscitado la determinación del régimen jurídico de la concesión en punto a sus efectos y extinción, amén de la confrontación de las dos causas extintivas de la concesión ¿la alegada por la actora y la que ha dado lugar a la resolución impugnada- (artículo 139-1 y 3 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala, (Sección Primera), dicta el siguiente,

FALLO

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 719/14 PRESENTADO POR ASCENSORES A BEGOÑA, SA CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2014, DEL DIRECTOR DE SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE Y POLÍTICA TERRITORIAL DEL GOBIERNO VASCO, POR LA QUE SE ACUERDA LA CADUCIDAD, POR INCUMPLIMIENTO DE LA CONCESIONARIA AHORA RECURRENTE, DEL CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE DOS ASCENSORES ELÉCTRICOS DE SERVICIO PÚBLICO A BEGOÑA (BILBAO), Y LA RESOLUCIÓN DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2015, DE LA VICECONSEJERA DE ADMINISTRACIÓN Y PLANIFICACIÓN TERRITORIAL DEL DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE Y POLÍTICA TERRITORIAL DEL GOBIERNO VASCO, POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE 16 DE JULIO DE 2015, DEL DIRECTOR DE SERVICIOS, DICTADA EN EL EXPEDIENTE DE REVERSIÓN DEL SERVICIO A LA ADMINISTRACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE DOS ASCENSORES ELÉCTRICOS DEL SERVICIO PÚBLICO A BEGOÑA (BILBAO) Y DE AQUELLOS BIENES NECESARIOS PARA SU PRESTACIÓN, QUE DECLARAMOS DISCONFORMES A DERECHO, Y EN CONSECUENCIA, ANULAMOS. CON IMPOSICIÓN A LA DEMANDADA DE LAS COSTAS DEL PROCEDIMIENTO EN IMPORTE EQUIVALENTE A LA MITAD DE LAS CAUSADAS A LA CONTRARIA.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS** , contados desde el siguiente al de la notificación de esta



resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0719 14, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 28 de junio de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENJUS