



Roj: **STS 2743/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2743**

Id Cendoj: **28079130072014100219**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **09/05/2014**

Nº de Recurso: **1457/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 1457/2013 ante la misma pende de resolución, interpuesto por AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA, representada por la Procuradora doña Cayetana Natividad de Zulueta Luschsinger, contra la sentencia de 28 de febrero de 2013 de la de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso núm. 1360/2010).

Siendo parte recurrida la COMUNIDAD DE MADRID, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

**" FALLAMOS:**

*Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo num. 1360/2010 formulado por la Procuradora D.<sup>a</sup> Cayetana Natividad de Zulueta Luschsinger, en nombre y representación de la entidad AMMA Recursos Asistenciales, S.A., contra la desestimación presunta, por parte de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, de la reclamación formulada por la citada entidad instando el de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión, denominados "Atención a personas mayores en trece centros (Residencias y Centros de Día). Trece lotes", "Atención a personas mayores en nueve centros (Residencias y Centros de Día). Nueve lotes" y "Atención a personas mayores en ocho centros (Residencias y Centros de Día). Ocho lotes".. Todo ello sin efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia".*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia intentó recurso de casación la representación de AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y acordó emplazar a las partes y remitir las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** En el escrito de interposición, después de exponer los motivos en que se apoyaba el recurso de casación, se suplicó a la Sala:

*"(...) dicte Sentencia en la que:*

- 1. Declare haber lugar al presente Recurso de casación.*
- 2. Case y anule la sentencia aquí recurrida por ser contraria a Derecho dejándola sin valor ni efecto alguno y, en su lugar,*



3. Dikte Resolución de conformidad con las peticiones contenidas en el Suplico del escrito de demanda de primera y única instancia contencioso-administrativa".

**CUARTO.-** La COMUNIDAD DE MADRID se opuso al recurso de casación, pidiendo su desestimación y la conformidad a Derecho de la sentencia recurrida con imposición de costas a la parte recurrente.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 23 de abril de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- EL PROCESO DE INSTANCIA, EL FALLO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y LA PARTE RECURRENTE EN LA ACTUAL CASACIÓN.**

La sentencia recurrida en la actual casación señala como hechos relevantes del litigio enjuiciado en la instancia estos que continúan.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó en 2001 unos Programas de actuación para la creación de plazas residenciales y de atención diurna de personas mayores dependientes de la Comunidad de Madrid.

Dentro de esos programas la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid licitó la adjudicación de los contratos de obra y gestión de Servicio Público, en la modalidad de concesión, denominados respectivamente "Atención a personas mayores en trece centros (Residencias y Centros de Día). Trece lotes", "Atención a personas mayores en nueve centros (Residencias y Centros de Día). Nueve lotes" y "Atención a personas mayores en ocho centros (Residencias y Centros de Día). Ocho lotes".

La entidad "AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA" resultó adjudicataria, por resolución de 18 de enero de 2002 de los lotes 4 -Centro a construir en el distrito municipal de **Puente de Valleca**s- y 9 - Centro a construir en parcela sita en el municipio de **Humanes** -, del contrato denominado "Atención a personas mayores en trece centros (Residencias y Centros de Día). Trece lotes"; y el contrato relativo a este último lote se firmó el día 20 de febrero de 2002.

"PROMOCIÓN PROFESIONAL DE RESIDENCIAS, SOCIEDAD ANÓNIMA". resultó adjudicataria, por resolución de 27 de agosto de 2002 del lote 7 -centro a construir en el término municipal de **Pozuelo de Alarcón** - del contrato denominado "Atención a personas mayores en 9 centros (Residencias y Centros de Día). 9 lotes", firmándose el correspondiente contrato el día 20 de septiembre de 2002.

Y "RESIDENCIAS MADRID IBERIA, SOCIEDAD ANÓNIMA" resultó adjudicataria, por resolución de 28 de agosto de 2003 del lote 8 -centro a construir en el término municipal de **Madrid, distrito de Usera** - del contrato denominado "Atención a personas mayores en ocho centros (Residencias y Centros de Día). Ocho lotes", firmándose el correspondiente contrato con fecha 25 de septiembre de 2003.

El 29 de octubre de 2008 AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA (en lo sucesivo AMMA) presentó un escrito ante la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la COMUNIDAD DE MADRID en el que solicitó se iniciara procedimiento de restablecimiento del equilibrio económico de los contrarios antes mencionados "en relación con los casos de las residencias y centros de día de **Humanes, Pozuelo de Alarcón, Usera y Puente de Vallecas**".

En la parte expositiva de este escrito aducía ser la actual concesionaria de esos centros por haber absorbido a las iniciales adjudicatarias.

En su parte final dedujo estas solicitudes;

(1) esa iniciación del procedimiento de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos que ya se ha indicado;

(2) que se le permitiera aportar la documentación necesaria para acreditar los gastos no inicialmente previstos en que había incurrido y el perjuicio económico sufrido como consecuencia de las circunstancias expuestas en el cuerpo del escrito;

(3) que se procediera al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos "mediante la indemnización del perjuicio económico causado al concesionario por no haber puesto a su disposición las parcelas (...) en condiciones de comenzar las obras tras haber obtenido la aprobación de los correspondientes proyectos"; y

(4) " Subsidiariamente, proceder al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos citados mediante la elevación del precio que la Administración ha de pagar al concesionario por plaza y día, en virtud de las plazas



*ocupadas, en el porcentaje necesario para restablecer el equilibrio del contrato, compensando de este modo el perjuicio sufrido por el concesionario".*

El 9 de diciembre de 2008 AMMA presentó un nuevo escrito que calificó de "mejora voluntaria" de los términos de su solicitud inicial, y en el que reiteraba su petición de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos que se vienen mencionando.

El proceso de instancia fue promovido por AMMA mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de su reclamación de restablecimiento económico de los tan repetidos contratos.

La demanda luego formalizada ejercitó estas tres pretensiones: (I) la anulación de la actuación administrativa impugnada; (II) el reconocimiento del derecho al restablecimiento del equilibrio financiero de los contratos mediante una indemnización cuantificada con base en los dictámenes periciales aportados por la demanda y en lo expuesto en su fundamento jurídico- material tercero; y (III) subsidiariamente, el restablecimiento del equilibrio financiero mediante la elevación del precio que ha de pagar la concesionaria *"en la proporción y condiciones precisas para restablecer del equilibrio económico de los contratos, y compensando efectivamente los daños y perjuicios económicos causados a la concesionaria"*.

La sentencia aquí recurrida en esta casación desestimó el recurso contencioso-administrativo de AMMA.

El presente recurso de casación ha sido interpuesto también por AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA.

**SEGUNDO.- LA DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA EFECTUADA POR LA SENTENCIA RECURRIDA; SUS DECLARACIONES SOBRE LAS POSICIONES DEFENDIDAS POR CADA UNO DE LOS LITIGANTES; Y SU CONCRECIÓN DEL PUNTO PRINCIPAL DEL LITIGIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE HECHOS IMPREVISIBLES.**

I.- Los fundamentos de derecho (FFJJ) primero y segundo de la sentencia recurrida concretan la **actuación impugnada** e incluyen un relato de **antecedentes administrativos** en términos similares a los que se han expuesto en el FJ anterior de esta sentencia.

II.- El FJ tercero señala que **el alegato principal esgrimido en la demanda** para apoyar sus pretensiones fueron las incidencias que en fase de ejecución de las obras se produjeron en esos cuatro centros a los que iba referido el restablecimiento del equilibrio financiero reclamado (Humanes, Pozuelo de Alarcón, Usera y Puente de Vallecas); y dice también que éstas se describen pormenorizadamente en el dictamen pericial elaborado por Arquitecto que fue aportado y son de tipo urbanístico o técnico constructivo.

Luego resume dicha descripción en estos términos:

*"Así, y en síntesis, cuanto a la Residencia y Centro de Día situados en **Humanes**, se viene a alegar que la concesionaria se encontró con la imposibilidad de comenzar las obras debido a la falta de planeamiento urbanístico adecuado.*

*En lo que se refiere a la Residencia y Centro de Día a construir en el término municipal de **Pozuelo de Alarcón**, se alega también que a la fecha de la firma del contrato con la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid no se encontraba aprobado el planeamiento urbanístico necesario para poder solicitar la licencia de obras correspondiente. A lo que se añade que, en el aspecto urbanístico, también faltaba en el momento del contrato de concesión la aprobación del preceptivo proyecto de urbanización, invocándose igualmente otros retrasos y perjuicios adicionales a considerar y, entre ellos, la modificación de la parcela, incidencias en relación con las obras de urbanización y sobrecoste y retraso por la correlativa modificación del proyecto.*

*Asimismo, respecto a la Residencia y Centro de Día de **Usera** se alega sustancialmente la falta de aprobación de planeamiento de desarrollo en relación con los usos permitidos sobre la parcela, así como la aparición en fase de obra de hallazgos no previstos en el subsuelo.*

*Y en cuanto a la Residencia y Centro de Día situados en **Puente de Vallecas**, se alega que las incidencias guardan relación con la presencia de una gran acumulación de vertidos sobre el solar y, en particular, se aduce la aparición, no prevista, de gran cantidad de vertidos acumulada sobre la parcela, lo que obligó a la concesionaria a realizar una sobreinversión derivada, en esencia, de la excavación de escombros en desmonte de tierras con medios mecánicos y su retirada, así como la necesidad de realizar un nuevo estudio geotécnico y de la cimentación. Hechos los anteriores que -se alega- ocasionaron, además de la citada sobreinversión, un retraso en la apertura del centro".*

Tras lo anterior, ese mismo FJ tercero expresa la argumentación jurídica desarrollada por la parte actora así:



"La parte recurrente señala en su demanda que tales incidencias, en cuanto se tradujeron en retrasos y sobreinversiones imputables a la Administración, le han ocasionado graves daños y perjuicios, y, por lo tanto, la ruptura del equilibrio de los contratos, incluyéndose la valoración de los sobrecostes en el dictamen pericial acompañado como documento anexo 1 y la cuantificación de los perjuicios (lucro cesante) con motivo de los retrasos en la apertura, puesta en funcionamiento y explotación de las residencias y centros de día, en el dictamen pericial elaborado por Ernst & Young aportado como documento anexo 2.

Alega que nos encontramos ante contratos de naturaleza mixta por lo que habrá de distinguirse entre la fase de la ejecución de las obras y sus posibles incidencias, en la que entrarán en juego las disposiciones relativas al contrato de concesión de obras públicas, y, una vez ejecutadas las obras, la fase de gestión o explotación, en la que resultarán plenamente aplicables las disposiciones relativas al contrato de gestión de servicios públicos.

En cuanto a la imputabilidad a la Administración demandada de los retrasos e inversiones adicionales soportados por la recurrente, viene a aducir, en esencia, que los retrasos producidos en la ejecución de las obras y las inversiones adicionales realizadas por la recurrente han sido causadas por el hecho incontrovertible de que la Comunidad de Madrid no ha proporcionado las parcelas sobre las que habían de construirse las Residencias y Centros de Día en las condiciones necesarias para la adecuada ejecución de los contratos. A lo que viene a añadir que la inadecuación de las parcelas es responsabilidad de la Administración concedente que se ha comprometido a aportarlas en las condiciones precisas e idóneas para que la concesionaria pudiera ejecutar las obras en los términos consensuados entre ambas partes. E invoca como documento suficientemente clarificador el Programa de actuación obrante a los folios 1403 a 1421 del expediente administrativo, destacando igualmente la Cláusula 8ª apartado 4º del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), de la que infiere que la concesionaria estará en su pleno derecho para reclamar cuando la petición se fundamente en circunstancias jurídicas, y en circunstancias físicas o materiales que impidan de forma cierta cumplir las obligaciones del concesionario.

Asimismo viene a señalar que la Administración procedió a la licitación pública de las concesiones controvertidas sin disponer realmente de solares preparados urbanísticamente para la edificación, cuando no con serios problemas del terreno no advertidos en la información preliminar que se facilitaba a los licitadores, y que ha incumplido su obligación de instar y garantizar la aprobación y adecuación del planeamiento urbanístico necesario para la ejecución de las obras, lo que ha producido una importante desigualdad entre las prestaciones de las partes. Y a este respecto aduce, en esencia, que la desigualdad es palmaria desde el momento que como consecuencia del incumplimiento de la Comunidad de Madrid la concesionaria ha sufrido un retraso en la puesta en funcionamiento de las residencias y centros de día, viendo disminuido el periodo de explotación, y, por lo tanto, sus ingresos, y ha tenido que desembolsar cantidades muy superiores a las ofertas que realizó, lo que se traduce en la imposibilidad de amortizar completamente la inversión realizada, puesto que se ha alterado sustancialmente, por causas no imputables a la concesionaria, el plan económico-financiero que aquélla había previsto para la explotación del servicio público.

Por el contrario -continúa la demanda-, la Comunidad de Madrid no ha sufrido variación en sus prestaciones, por lo que es evidente que se ha experimentado un fuerte desequilibrio entre las prestaciones de las dos partes contractuales, centrándose a continuación la entidad recurrente en la traducción en cifras de los daños por sufridos por sobrecostes y por lucro cesante, en la procedencia y necesidad del restablecimiento económico y en las posibles medidas a adoptar, defendiendo, en concreto, la viabilidad y amparo jurídico de la indemnización económica directa".

III.- El FJ cuarto describe la posición defendida por la **Administración demandada**, y lo hace en los siguientes términos:

"(...) Por su parte, la Administración demandada alega, en esencia, que nada se prevé en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares sobre los casos en que resulta procedente el restablecimiento del equilibrio económico financiero, por lo que ha de acudir al Real Decreto Legislativo 2/2000 -en la redacción anterior a la Ley 13/03, que señala que no resulta aplicable-, que regula el contrato de gestión de servicio público en sus artículos 154 y siguientes, que no establecen que el adjudicatario tenga derecho a tal restablecimiento, sino sólo a la modificación del contrato en los casos que se señalan. A lo que añade que tampoco se prevé dicho restablecimiento del equilibrio económico financiero en el contrato de concesión de obra pública que regula en sus artículos 130 y siguientes, de manera que la normativa aplicable solamente prevé la posibilidad de modificar los contratos de gestión de servicios públicos por razones de interés público y a instancia exclusivamente de la Administración, si bien en ninguno de los contratos afectados se han tramitado ni aprobado modificaciones.

A mayor abundamiento señala que tampoco concurre ninguno de los supuestos previstos en el artículo 248 TRLCAP en la redacción otorgada por la Ley 13/03, de 23 de mayo, añadiendo que tan sólo el artículo 239 prevé,



en los casos en que el retraso se impute a la Administración, que el concesionario tiene derecho a una prórroga del plazo de ejecución de la obra.

Por otra parte, la Administración invoca las cláusulas 1ª apartado 2, 7ª apartado 2, 8ª apartados 4, 5ª y 20ª apartados 2 y 4, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de las que infiere, en esencia, que no cabe exigir responsabilidad del órgano de contratación porque el adjudicatario tenía a su disposición un informe técnico de carácter básico sobre la configuración y características de cada uno de los solares, y que todos los licitadores pudieron conocer la situación y calificación de los mismos, por lo que -alega- no puede decir ahora la recurrente que cuando fue a pedir las licencias se enteró de los cambios de planeamiento. Además, apunta el carácter bifásico de los planes urbanísticos.

Asimismo invoca la doctrina jurisprudencial sobre la materia, aduciendo, en síntesis, que si se aplica dicha doctrina al caso de autos se comprueba que se trata de un contrato de 50 años de duración, con un presupuesto total de 706.804.286,50 euros, y que la esencia de la reclamación actora es que de un total de diez contratos adjudicados, en tres de ellos existe un retraso de meses en la apertura, señalando que es cierto que ese retraso motiva menores ganancias pero se ubica dentro de los márgenes del beneficio industrial.

Finalmente viene a aducir que los dictámenes periciales aportados con la demanda son parciales y subjetivos, y que un mero examen de la cantidad pretendida revela lo desproporcionado de la misma y los múltiples errores en los que incurrir.

#### **IV.- En el FJ quinto la Sala de instancia expone el marco de ideas principales que han de tomarse en consideración para decidir el litigio.**

Comienza con una inicial declaración de que los únicos supuestos de alteración de la economía del contrato susceptibles de dar derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato jurisprudencialmente admitidos son estos: el ejercicio del "ius variandi", el "factum principis" y los que sean debidos a hechos imprevisibles ajenos a las partes contratantes.

Subraya después que los hechos imprevisibles operan cuando está en juego la continuidad del servicio y que, de no ser así, el que rige es el principio de riesgo y ventura para el contratista; y añade que esta es la razón por la que la jurisprudencia, en orden las pérdidas del contratista, suele acudir a la doctrina de la contratación privada inherente a la cláusula "rebús sic stantibus".

Y dice a continuación que esta última cláusula se convierte en un instrumento para decidir la procedencia o no de reequilibrar las prestaciones, y que para que haya lugar a esa procedencia se exige lo siguiente:

"a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y c) que todo ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles".

Después de todo lo anterior concreta el principal punto polémico del litigio en las siguientes declaraciones:

"Sin embargo, en el presente caso ya se ha de adelantar que, a juicio de esta Sección, no concurren los presupuestos necesarios para que pueda prosperar la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico-financiero planteada por la parte recurrente ante la Administración, y cuya desestimación presunta por parte de esta última constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional.

Si bien conviene dejar sentado, en primer lugar, que no puede prosperar el alegato de la Administración demandada respecto a que ni el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni la normativa aplicable a los contratos de litis establece el derecho al restablecimiento del equilibrio económico, y ello desde el momento que, al margen de cualquier otra consideración, dicho restablecimiento se viene a configurar como un principio general aplicable en materia de contratación administrativa.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto con anterioridad, la prosperabilidad de la pretensión de la entidad recurrente está condicionada a que acredite que ha existido un evento o eventos extraordinarios e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, que han roto efectivamente el equilibrio económico financiero, y que tiene derecho a ser indemnizado por ello en la forma que reclama, lo que, como a continuación se pormenoriza, no se estima concurrente en el caso de autos".

#### **TERCERO.- LOS RAZONAMIENTOS DESARROLLADOS POR LA SENTENCIA RECURRIDA PARA NEGAR LA EXISTENCIA DE RIESGO IMPREVISIBLE EN LOS HECHOS ADUCIDOS POR LA PARTE DEMANDANTE RESPECTO DE CADA UNO DE LOS CUATRO CENTROS LITIGIOSOS.**

##### **1.- Centro de Humanes (FJ sexto).**



"Así, por lo que se refiere a la Residencia y Centro de Día situados en **Humanes**, se viene a alegar que la concesionaria se encontró con la imposibilidad de comenzar las obras debido a la falta de planeamiento urbanístico adecuado, lo que fue comunicado a la Consejería mediante cartas de fecha 4 de julio y 13 de agosto de 2002 y 22 de mayo de 2003.

En este sentido se viene a invocar en la demanda, en relación con el informe pericial acompañado a la misma como documento anexo 1, al que se remite, que el planeamiento vigente en el municipio eran las Normas Subsidiarias de Planeamiento de 2 de octubre de 1992, en las que la parcela figuraba clasificada como Suelo No Urbanizable Común, si bien, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en tanto no se aprobase el planeamiento, le era de aplicación el régimen urbanístico del Suelo Urbanizable No Sectorizado. Por lo tanto -dice la recurrente- tramitar y aprobar el planeamiento concreto sobre la parcela era un requisito indispensable para poder edificar en la misma, toda vez que en Suelo Urbanizable No Sectorizado la edificación no era posible y la ordenación concreta aplicable todavía no estaba redactada. Por los mismos motivos -continúa la demanda- no era viable proceder a la redacción de los proyectos del edificio en tanto no se conocieran las condiciones aplicables.

Sin embargo, no se puede olvidar que, según el propio informe acompañado con la demanda, las Normas Subsidiarias de Humanes se publicaron el 2 de octubre de 1992 y la firma del contrato tuvo lugar el 20 de febrero de 2002, de donde resulta que no se trata, como se alega, de una incidencia surgida durante la ejecución del contrato, pues lo cierto es que en la fecha de su firma, al igual que antes de la fecha límite para la presentación de ofertas, ya concurría la falta de planeamiento adecuado que se denuncia como fundamento para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

Por lo tanto, no cabe hablar de la concurrencia de una circunstancia esencialmente imprevisible o de una alteración extraordinaria de las circunstancias, pudiendo destacarse que en las cartas remitidas por la concesionaria a la Administración y, en particular, en la fechada el 4 de julio de 2002 -muy próxima por tanto a citada fecha de firma del contrato- no se efectúa o anuncia reclamación alguna, sino que se viene a indicar que, a la espera de la aprobación del cambio de normativa urbanística que afecta a la parcela correspondiente al centro, a la entidad titular no le es posible presentar visado el Proyecto Definitivo de Obra, así como el de Equipamiento hasta dicha aprobación. Asimismo, en la segunda carta invocada informa la recurrente que la tramitación del proyecto se encuentra paralizada dada la clasificación del solar como rústico y "quedamos a su disposición para cualquier aclaración".

Téngase en cuenta que la parte recurrente insiste en su demanda, tal y como se expone en el precedente fundamento jurídico tercero, en que los retrasos producidos en la ejecución de las obras y las inversiones adicionales realizadas por la misma han sido causadas por el hecho incontrovertible de que la Comunidad de Madrid no ha proporcionado las parcelas sobre las que habían de construirse las Residencias y Centros de Día en las condiciones necesarias para la adecuada ejecución de los contratos, como era su responsabilidad, e invoca como documento suficientemente clarificador el Programa de actuación obrante a los folios 1403 a 1421 del expediente administrativo. Asimismo hace valer la cláusula 8ª apartado 4º del PCAP, de la que infiere que la concesionaria estará en su pleno derecho para reclamar cuando la petición venga motivada por circunstancias jurídicas, como es el caso, y por circunstancias físicas o materiales que impidan de forma cierta el cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, en primer lugar se ha señalar que en el PCAP no se recoge una obligación específica por parte de la Administración demandada de instar y garantizar la aprobación y adecuación del planeamiento urbanístico necesario para la ejecución de las obras, tal y como se alega en la demanda. Y si bien es cierto que en el Programa de actuación para la creación de plazas residenciales y de atención diurna de personas mayores dependientes de la Comunidad de Madrid obrante a los folios 1403 y siguientes del expediente administrativo se recoge la aportación por la Administración local -o, en su caso, por el Instituto de la Vivienda de Madrid-, de los solares que consideren idóneos para la construcción, disponiendo que las condiciones para considerar un local idóneo serán, entre otras, que "las normas urbanísticas por las que se rija el solar y los usos permitidos en el mismo deberán ser compatibles con la naturaleza del equipamiento social que se pretende construir: una residencia de mayores con centro de atención diurna incorporado", sin embargo no se puede desconocer que la vía de reclamación a la Administración elegida por la parte recurrente no es sino la de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, como resulta con toda claridad de la reclamación -y su complemento-, presentadas en vía administrativa; vía de reclamación que, de conformidad con lo expuesto, exige para su prosperabilidad la concurrencia de un evento o eventos imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, lo que no es el caso de autos, en el que, por el contrario, la concesionaria, ante las circunstancias concurrentes, pudo haber optado por no firmar el contrato o por vía distinta en orden a la resolución del mismo.

Téngase en cuenta, por lo demás, que en el correspondiente PCAP del concurso convocado, se recoge en la cláusula 1ª, entre otros extremos, que para la realización del contrato, el concesionario deberá realizar a su costa:



a) El anteproyecto de las obras necesarias para el establecimiento del servicio de acuerdo con las BTOE, anexo a este pliego, reglamentación especial contenida en el mismo y la adecuación al entorno en el que se enclave el centro, a cuyo efecto deberá consultarse previamente al Ayuntamiento correspondiente sobre las condiciones requeridas para la edificación del centro en su aspecto exterior y de cubierta.

Por otra parte, se aduce en la demanda que fue necesaria una profunda modificación del proyecto con motivo de la gran cantidad de cambios en importantes normativas técnicas de obligado cumplimiento, cambios que se produjeron en el prolongado lapso de tiempo transcurrido hasta que se dispuso del planeamiento aplicable y se pudo solicitar la licencia de obras, por lo que la concesionaria no sólo sufrió un retraso considerable en la fecha de apertura de la residencia y centro de día sino también un perjuicio adicional por tener que modificar casi completamente el proyecto del edificio.

Sin embargo, y en concordancia con lo ya expuesto, no cabe estimar pretensión alguna a este respecto pues, además de que tales modificaciones derivan en definitiva de la citada falta de planeamiento adecuado y no, por lo tanto, de circunstancias sobrevenidas, tampoco se puede olvidar que conforme a la Cláusula 20 -Obligaciones del concesionario- del PCAP, y en lo que ahora interesa, "Será también responsabilidad del contratista la presentación y trámite de cuanta documentación sea necesaria para adecuarla a las exigencias normativas a que hubiere lugar y para las cuales sea requerido por la Administración General del Estado, la de la Comunidad de Madrid o la Administración Local...".

## 2.- Centro de Pozuelo de Alarcón (FJ séptimo).

"(...) En segundo lugar, por lo que se refiere a la Residencia y Centro de Día a construir en el término municipal de **Pozuelo de Alarcón**, se alega igualmente que a la fecha de la firma del contrato con la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid no se encontraba aprobado el planeamiento urbanístico necesario para poder solicitar la licencia de obras correspondiente. A lo que se añade que, en el aspecto urbanístico, también faltaba en el momento del contrato de concesión la aprobación del preceptivo proyecto de urbanización, lo que impidió que los arquitectos pudieran plantear el Proyecto en su conjunto y desde un principio con todos los datos reales de la parcela, con un efecto de retraso adicional.

Sin embargo, las propias alegaciones de la parte recurrente, así como los datos, fechas y argumentaciones consignadas en el informe acompañado con el escrito de demanda como documento anexo 1, ponen de manifiesto que no concurre circunstancia imprevisible alguna, pues la falta de planeamiento adecuado que se aduce ya existía al tiempo de la firma del contrato el día el 20 de septiembre de 2002. Así, del citado informe aportado por la recurrente a fin de acreditar las circunstancias que entiende determinantes de la ruptura del equilibrio económico-financiero y de la propia descripción de hechos relevantes que se consigna en relación con el término municipal que nos ocupa, resulta que faltaba en dicha fecha la aprobación del correspondiente Plan Parcial que afectaba al ámbito, denominado "Los Miradores II", que se aprobó y publicó en el BOCM el 13 de octubre de 2003. Asimismo añade el informe que en el momento del contrato de concesión también faltaba la aprobación del proyecto de urbanización del ámbito APR-3.3.11., cuya aprobación se publicó en el BOCM de 1 de marzo de 2005.

Por lo tanto, del propio relato y datos reseñados por la parte recurrente resulta que la falta de planeamiento que se denuncia ya concurría a la fecha de la firma del contrato, por lo que no cabe hablar de carencia sobrevenida e imprevisible.

Por otra parte, se aduce que existen otros retrasos y perjuicios adicionales que se han de considerar y, entre ellos, la modificación de la parcela, aduciendo al respecto que la finalmente entregada a la entidad recurrente resultó ser diferente y de menor superficie que la que sirvió de base para el concurso de concesión, al entregarse una parcela de 10.008 m<sup>2</sup> en lugar de los 12.000 m<sup>2</sup> de la parcela teórica que había servido para ofertar el concurso, viéndose igualmente reducida la edificabilidad, que pasó a ser de 8.506 m<sup>2</sup> en lugar de los 9.240 m<sup>2</sup> previstos.

En este punto se aduce sustancialmente que, además de la evidente merma de los derechos emanados de la concesión, suponiendo menor espacio disponible para situar el edificio y también menores prestaciones para ofrecer a los usuarios, la modificación de la parcela se tradujo también en un sobrecoste por tener que modificar todos los proyectos, cálculos de estructura e instalaciones, pues tuvieron que reducirse o disponerse de otra manera buena parte de las dependencias e instalaciones.

No obstante -se dice en el informe pericial aportado- lo más relevante es la pérdida de la edificabilidad efectivamente adjudicada respecto a la prevista en la licitación del concurso, con la evidente minoración del valor del derecho de superficie, pues las habitaciones tipo tienen que ser necesariamente iguales y en el mismo número, por lo que los salones, áreas de apoyo, instalaciones, zonas comunes, etc del Centro tuvieron que ser necesariamente más reducidos ante la pérdida de 734 m<sup>2</sup> construidos.



Por ello se señala en el citado informe que habría que asignar un valor de indemnización a la pérdida del disfrute de casi 2000 m<sup>2</sup> de parcela y también a la de esos 734 m<sup>2</sup> perdidos de superficie construida bajo un derecho de superficie, intentando acercarse al valor que hubieran tenido unos y otros si hubieran de adquirirse en el mercado, lo que le conduce, en definitiva, a una indemnización de 1.012.186 euros.

Ahora bien, tal indemnización no puede ser aceptada pues, al margen de cualquier otra consideración sobre el origen de la variación que nos ocupa, lo cierto es que no se puede admitir la valoración de un derecho de superficie como si de un derecho de propiedad se tratase, ya que un derecho de superficie, aunque se otorgue por un período de 50 años como es el caso, nunca puede llegar a valorarse en idéntica medida a lo que supondría la privación de la plena propiedad, pues por muchas y amplias facultades que incorpore el derecho de superficie, como derecho real limitativo del dominio que es, el mismo nunca puede alcanzar la totalidad de derechos que otorga la plena propiedad.

Además, se ha de tener en cuenta que, encontrándonos en sede de restablecimiento del equilibrio económico-financiero, resulta esencial determinar si tal circunstancia ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual.

Sin embargo, nada de ello consta en el presente caso en el que, por el contrario, se efectúa la valoración antes indicada, pero se omite toda referencia a la concreta repercusión que tal pérdida de edificabilidad pueda suponer en las condiciones económicas del contrato, y máxime teniendo en cuenta que se reconoce que las habitaciones tipo y su número no cambian, por lo que, a la vista de la actividad probatoria practicada, se ha de concluir que se desconoce cuál sea la efectiva relevancia de tal variación en el equilibrio económico del contrato.

Por otro lado, en relación con la misma Residencia y Centro de Día a construir en el término municipal de Pozuelo de Alarcón, se aducen también incidencias en relación con las obras de urbanización, y, así, se señala en la demanda que la parcela no contaba con las acometidas necesarias para su funcionamiento, siendo llevadas a cabo por la concesionaria las obras de urbanización precisas para ello, con la consiguiente sobreinversión a su costa.

En este punto, en el informe pericial acompañado al citado escrito procesal se viene a señalar que como resultado de las carencias del Proyecto de Urbanización del ámbito, la empresa se vio obligada a realizar una serie de obras de urbanización de la parcela que -dice el autor del informe- "en mi opinión personal, no le correspondían y debieron haber estado incluidas en el proyecto y las obras de urbanización del ámbito, y sufragadas, a su vez, por las Administraciones propietarias de las parcelas. Entre ellas, se pueden citar; el importante aumento del movimiento de tierras respecto a la parcela prevista anterior, el proyecto técnico y construcción de un nuevo muro de contención a base de tierra armada, y las acometidas hasta una considera distancia de dos servicios esenciales: el de alcantarillado y el de electricidad, ambos exigidos por el art. 14 de la Ley del Suelo (...)". Considera que esto último es inaceptable porque las obras de urbanización del ámbito debieron dejar ambos servicios obligatoriamente a pie de parcela, a lo que viene a añadir que "No me corresponde a mí determinar quiénes son los responsables últimos de estas carencias, pues el contrato de Ama se establece únicamente con la Comunidad de Madrid, que se compromete a entregarle la parcela, y legalmente, es posible que la Comunidad de Madrid pueda reclamar por estas deficiencias a otras personas o entidades como la sociedad urbanizadora (...)".

Sin embargo, en este punto no se puede olvidar que la Cláusula 6ª del PCAP, bajo el epígrafe "Obras e instalaciones a realizar por el concesionario", establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

"1 Obras de primer establecimiento.

Serán las de construcción e instalaciones y urbanización, en su caso, de nueve Centros de Atención a Personas mayores (Residencia y Centro de Día), de acuerdo con las prescripciones técnicas contenidas en el anexo que se une al Anteproyecto de Explotación, y que se ejecutarán según el proyecto de obras elaborado por el concesionario y presentado al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo, que en todo caso deberán ajustarse a lo dispuesto en los artículos 122 y 125 del TRLCAP (...).

Por lo tanto, entre las obras de primer establecimiento se encuentra la urbanización, en su caso, de la Residencia y Centro de Día, por lo que, aceptada tal cláusula contractual, no cabe acoger pretensión alguna respecto de tales obras.

Finalmente, en el informe acompañado como documento anexo 1 se incluye el coste de modificaciones al Proyecto provocados por los cambios en la parcela y las condiciones de urbanización, consignándose en este punto que hay que comentar un coste adicional provocado por todos estos cambios en la parcela y las condiciones de urbanización, y que es el de las modificaciones sustanciales que fue necesario realizar por estos cambios en el proyecto técnico del edificio y que el Arquitecto autor del proyecto ha evaluado como equivalentes

a los honorarios por anteproyecto de un edificio de esa superficie y presupuesto. Asimismo se estima en treinta días naturales el retraso en cuanto a la fecha en que fue posible obtener las licencias necesarias.

Ahora bien, tales peticiones no pueden ser admitidas pues, además de que se trata de meras estimaciones y de que tampoco consta su concreta repercusión en el equilibrio de las condiciones económicas del contrato, no se puede olvidar que los cambios invocados derivan en definitiva de circunstancias concurrentes en la fecha de la firma del contrato, y que, de conformidad con lo ya expuesto, las obras de urbanización no pueden tomarse en consideración en virtud de la citada cláusula 6ª del PCAP. A lo que ha de añadirse que la cláusula Cláusula 20 - Obligaciones del concesionario- prevé también en lo que ahora interesa, que:

"(...).

2 El contratista redactará a su costas los estudios, proyectos, anteproyectos y demás documentación necesaria para la ejecución de las obras a que se refiere este pliego..

3 Será también responsabilidad del contratista la presentación y trámite de cuanta documentación sea necesaria para adecuarla a las exigencias normativas a que hubiere lugar y para las cuales sea requerido por la Administración General del Estado, la de la Comunidad de Madrid o la Administración Local.(...).

4 Correrán a cargo del contratista los gastos de obtención de licencias, autorizaciones y permisos de cualquier tipo, tributos (...) y cuantos otros gastos lleven consigo la redacción de la documentación de los proyectos, la ejecución de las obras y la posterior explotación del Centro....".

Asimismo, en cuanto a los cambios en la parcela, cabe añadir que, de conformidad con las propias fechas consignadas en el informe pericial, el visado previo del proyecto técnico tuvo lugar el 13 de mayo de 2004, y, por lo tanto, con posterioridad a la publicación del Plan Parcial, que se produjo el 13 de octubre de 2003".

### 3.- Centro en Puente de Vallecas (FJ octavo).

"(...) Centrándonos a continuación en la Residencia y Centro de Día situados en **Puente de Vallecas**, se alega que las incidencias guardan relación con la presencia de una gran acumulación de vertidos sobre el solar y, en particular, se aduce la aparición, no prevista, de gran cantidad de vertidos acumulada sobre la parcela, lo que obligó a la concesionaria a realizar una sobreinversión derivada, en esencia, de la excavación de escombros en desmonte de tierras con medios mecánicos y su retirada, así como la necesidad de realizar un nuevo estudio geotécnico y de la cimentación. Hechos los anteriores que -se alega- ocasionaron, además de la citada sobreinversión, un retraso en la apertura del centro.

Sin embargo tal argumentación no puede prosperar, y ello desde el momento que no puede considerarse acreditada la aparición imprevista de acumulación de vertidos sobre el solar.

Así, el propio autor del informe pericial acompañado con la demanda señala que "al parecer" esta circunstancia no se advertía en el Estudio Geotécnico preliminar del Proyecto que sirvió de base para el concurso "según me han informado los responsables del grupo AMMA y los arquitectos responsables del Proyecto y obra, pero debo de advertir que no he podido examinar personalmente dicho estudio Geotécnico preliminar en el caso del Centro de Vallecas, por lo que no puedo afirmarlo personalmente, y deberá solicitarse copia del mismo a la Comunidad de Madrid, a fin de poder corroborar estos extremos". Y posteriormente insiste, en la misma línea, que "si es cierto lo manifestado sobre el informe geotécnico preliminar", considera que tiene sentido la reclamación.

Pues bien, no obstante lo anterior, lo cierto es que la parte recurrente no ha aportado el citado informe, en el que en definitiva basa su reclamación en este punto, ni ha solicitado la ampliación del expediente administrativo o propuesto actividad probatoria alguna en orden a obtener la constancia en autos de un informe totalmente necesario para examinar la procedencia de su reclamación, lo que ha de conducir, sin necesidad de ninguna otra consideración, a la desestimación de toda pretensión relativa a la Residencia y Centro de Día situados en Puente de Vallecas".

### 4.- Centro de Usera (FJ noveno).

"(...) Finalmente, por lo que se refiere a la Residencia y Centro de Día a construir en Usera, se ha de tener en cuenta que en la demanda se alega que se produjeron incidencias de tipo urbanístico y técnico constructivo.

Por lo que se refiere a las últimas citadas, esto es, a las incidencias de tipo técnico-constructivo, se aduce que en fase de obra se produjeron hallazgos no previstos en el subsuelo, y de gran importancia por sus consecuencias económicas, que no habían sido advertidos en el Informe que, sobre las características del solar, había facilitado la Comunidad de Madrid como parte de la documentación previa a la licitación. Y, así se señala que el estado real de la parcela motivó que la concesionaria tuviera que realizar una importante sobreinversión debida a:



- la presencia de varias grandes losas horizontales de hormigón, de grosor muy considerable y superficie muy extensa, dando lugar a las costosas demoliciones correspondientes.
- la aparición de numerosos muros de fábrica de ladrillo macizo de gran espesor, procedentes de una antigua construcción industrial en el solar, dando lugar también a las costosas demoliciones correspondientes.
- la aparición de aljibes enterrados que hubo que demoler.

-la presencia de una gran cantidad de un líquido oleaginoso procedente de depósitos enterrados, que supuso un elevado coste adicional debido a la necesidad de su tratamiento especial como residuo contaminante.

Asimismo se hace referencia a la aparición de nivel freático y a la agresividad química del terreno, si bien respecto de las mismas el propio informe aportado con la demanda ya señala que, a su entender, no son reclamables los perjuicios derivados de la existencia de nivel freático y agresividad química del terreno, al ser ambas condiciones normales geológicas y de tipo físico del terreno.

En este punto, se ha de recordar que el PCAP, en su cláusula 8ª, apartados 4º y 5º, establece que:

4 El suelo se entregará como cuerpo cierto en las condiciones que se encuentre cuando se formalice la concesión, no siendo susceptible de reclamación como consecuencia de las condiciones geológicas, topográficas o cualesquiera otras de tipo físico y material, salvo que las mismas impidan de forma cierta el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

5 Junto con los Pliegos que rigen el contrato, se entregará a los licitadores un informe técnico de carácter básico sobre la configuración y características de cada uno de los solares.

Pues bien, salvo en lo relativo a la citada aparición de nivel freático y a la agresividad química del terreno, en el informe pericial acompañado con la demanda se consigna, en esencia, que no se trata de meras desviaciones sino de una incompatibilidad absoluta entre el informe y lo encontrado y documentado en el informe del Arquitecto, habiendo tenido que existir enormes errores y omisiones, con el consiguiente perjuicio económico y retraso en las obras y la apertura del centro. Y, en particular, el autor del informe cuantifica dicho retraso en 58 días naturales.

Ahora bien, sin perjuicio de que dicho retraso repercuta efectivamente en el cumplimiento de la obligaciones de la actora, y en particular en el cumplimiento de los plazos recogidos en la cláusula 19 del PCAP, sin embargo lo cierto es que, encontrándonos en sede de una reclamación de restablecimiento del equilibrio económico-financiero, nada consta ni se acredita sobre la repercusión de dichos 58 días de retraso en una efectiva ruptura del equilibrio del contrato. A lo que ha de añadirse que si bien el informe acompañado como documento anexo 1 añade un sobrecoste originado por las incidencias de tipo técnico-constructivo de 822.341,56 euros, sin embargo dicho por importe no resulta avalado por adecuada actividad probatoria, y ello desde el momento que, a falta de otro medio probatorio, el citado dictamen se limita a señalar que en el segundo escrito del grupo AMMA se advierte que no se dispone todavía de todos los datos al respecto, y se estima el sobrecoste, en aquella fecha, en el entorno de 822.341,56 euros, "valor referido a la fecha de abril de 2008 (según se recoge en el cuadro de "Excel" correspondiente y adjuntado allí como documento 34-B) y se explicaba, asimismo, que no se podía documentar todavía este importe. Al no disponer este Perito de nuevos datos al respecto, ni haber podido verificar dicho importe, procedemos simplemente a reseñar este valor, por referencia al escrito presentado ante la Comunidad de Madrid por el grupo Amma, y recordando que deberá, en su caso, completarse y actualizarse a la fecha actual".

Por otra parte, y en cuanto a la misma Residencia y Centro de Día sitos en Usera, se alega que en la fecha de la firma del contrato -25 de septiembre de 2003- se encontraba vigente un estudio de detalle aprobado definitivamente a instancia de la Consejería de Educación el 20 de febrero de 2003, pero que tras la firma la concesionaria no pudo comenzar las obras debido a que faltaba la aprobación de otro planeamiento de desarrollo en relación con los usos permitidos sobre la parcela, esto es, un Plan Especial de Definición y Asignación Pormenorizada de Usos que permitiera el uso pretendido de una Residencia y Centro de Día, añadiendo que con su aprobación, el 31 de mayo de 2004, redactó el proyecto definitivo de acuerdo con lo dispuesto en el Plan Especial.

Y en el informe acompañado con la demanda, tras hacerse referencia al Estudio de Detalle aprobado en febrero de 2003, igualmente se señala -y expone- que en el momento de la concesión faltaba la aprobación de otro planeamiento de desarrollo en relación con los usos permitidos en la parcela que permitiera el uso de Residencia y Centro de Día.

Ahora bien, al igual que en los supuestos ya examinados, los propios términos en que se plantea la controversia atinente al término municipal de Usera ponen de manifiesto que ya a la fecha de la firma del contrato concurría la falta de planeamiento que se invoca, sin que, por lo tanto, se pueda hablar de circunstancia sobrevenida e imprevista, y máxime teniendo en cuenta que la propia exposición del Perito remite al PGOU vigente desde el año



1997 y a Plan Parcial aprobado definitivamente el 31 de octubre de 1989, mencionándose incluso un informe favorable al cambio de uso de 25 de noviembre de 2002.

Por otra parte, se alega igualmente que tras la aprobación del citado Plan Especial de Definición y Asignación Pormenorizada de Usos se produjo una incidencia inesperada de tipo urbanístico, al resultar incompatibles las determinaciones y retranqueos del Plan Especial con las previstas en el Estudio de Detalle, lo que obligó a una modificación de este último, que motivó la suspensión en, octubre de 2006, de la tramitación de la licencia solicitada.

Ahora bien, a este respecto se ha de tener en cuenta que, como recuerda la STS de 18 de mayo de 2004, el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario. Y, como señala la STS de 25 de abril del 2008, debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual.

Pues bien, en el caso de autos se ha de estimar que, tal y como ya se ha apuntado a propósito de las incidencias constructivas, no existe en el procedimiento una prueba adecuada de tal desequilibrio y, así, el primer informe aportado con la demanda se circunscribe a calcular los periodos de retraso en la iniciación de las obras y los sobrecostes que se reseñan, y el dictamen aportado como documento anexo 2 se centra en el cálculo del lucro cesante, optando la parte actora por la fórmula del beneficio industrial. Ahora bien, no se aprecia en este último informe un análisis sobre la alteración sustancial de las bases del contrato, sobre una efectiva desproporción entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato pues, como se ha dicho, el mismo se centra en el cálculo del lucro cesante, pudiendo por lo demás indicarse que en la fórmula por la que opta la parte recurrente se incluyen para su cálculo determinados gastos que no han sido asumidos por la parte recurrente.

En consecuencia, a la vista de dicho informe, no puede entenderse acreditado que los días de retraso o los posibles sobrecostes derivados de las referidas incidencias de tipo técnico-constructivo o de la suspensión de la tramitación de la licencia solicitada por incompatibilidad de determinaciones urbanísticas, efectivamente hayan roto de modo irrazonable el equilibrio económico financiero del contrato, lo que ha de conducir, en unión de lo expuesto en los precedentes razonamientos jurídicos, a la desestimación del recurso interpuesto. A lo que finalmente añadirse que no constituyen obstáculo a la conclusión expuesta los alegatos relativos a los principios generales del derecho informadores de los contratos sinagmaláticos, pues no se puede olvidar que la vía de reclamación elegida por la parte recurrente no ha sido sino la de restablecimiento del equilibrio económico contractual -cuya desestimación presunta constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional-, sin que, como ya se ha expuesto, resulte acreditada la concurrencia de los presupuestos necesarios para que pueda prosperar tal pretensión".

#### **CUARTO.- EL RECURSO DE CASACIÓN DE AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA.**

Invoca en su apoyo dos motivos, uno y otro amparados en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA).

I.- El primero denuncia la infracción del artículo 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -TR/LCAP- [incluido en el capítulo III del Título V del Libro II introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas] y la jurisprudencia que lo interpreta, así como la vulneración de los artículos 101 y 163 del mismo texto legal y de los artículos 1101 y 1124 del Código civil.

El planteamiento de este motivo comienza invocando que la sentencia recurrida ha infringido las normas y la jurisprudencia particularmente aplicables al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos.

Y tras esa invocación inicial, el desarrollo argumental del motivo se realiza a través de los cuatro puntos que continúan.

1.- *Sobre el necesario restablecimiento del equilibrio de contrato.*

Comienza este punto transcribiendo el artículo 248 del TR/LCAP; señalando que en él se contienen los supuestos en que la Administración debe restablecer el reequilibrio económico de los contratos de concesión de obra pública como excepción al principio de riesgo y ventura del contratista; y afirmando que en el caso litigioso concurre la circunstancia prevista en su apartado 2.b) porque se han producido actuaciones de la Administración que han determinado de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

Como tales actuaciones de la Administración, se aduce que hubo unos retrasos en la ejecución de las obras de construcción de las residencias y centros de día que tuvieron su causa en el hecho de que dicha Administración



no proporcionó las parcelas en donde tenían necesariamente que edificarse para que pudiera tener lugar la adecuada ejecución de los contratos.

En lo que hace a la obligación que pesaba sobre la Administración, se sostiene, en contra de las afirmaciones de la sentencia recurrida de que en los Pliegos del contrato no figuraba la obligación de la Administración de facilitar las parcelas, que tal obligación se encontraba prevista en esos Programas de actuación para la creación de plazas residenciales y de atención diurna de personas mayores en cuyo marco se licitaron los contratos; y, además, era una obligación implícita para la Comunidad de Madrid por ser un presupuesto necesario para el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento reprochado a la Comunidad de Madrid, lo que se argumenta es que ha incidido de manera desigual en las prestaciones contractuales inicialmente previstas, pues mientras la Comunidad de Madrid no ha visto alteradas las suyas, la contratista, por el contrario, sí ha visto alteradas las que a ella correspondían en este doble sentido: (i) ha sufrido un retraso considerable en la puesta en funcionamiento de las residencias y centros, con disminución del periodo de explotación y, consecuentemente, de sus ingresos; y (ii) ha tenido que desembolsar unas cantidades muy superiores a las que previstas en su oferta contractual debido a los retrasos producidos en la puesta en marcha de los centros.

Y respecto de esas consecuencias se dice lo siguiente: "se traduce en la practica en la imposibilidad de amortizar completamente la inversión efectuada, puesto que se ha alterado sustancialmente, por causas no imputables a la concesionaria y derivadas directamente de la actuación administrativa, el plan económico financiero que aquella había previsto para la explotación del servicio público.

Más adelante se mencionan los informes periciales aportados para cuantificar los daños y perjuicios que se alegan sufridos por AMMA: el del Arquitecto Sr. Sergio para valorar los daños por sobrecostes; y el elaborado por Ernst & Young sobre la cuantificación de los perjuicios por lucro cesante.

Posteriormente se señala que la jurisprudencia es tajante a la hora de la ruptura de la equivalencia de las prestaciones de las partes ( y se citan las sentencias de 30 de abril de 1999 , 16 de septiembre de 1988 y 12 de diciembre de 1979 ).

Tras todo lo anterior, se afirma:

*"(...) está claro que se ha producido un incumplimiento por parte de la Comunidad de Madrid de sus obligaciones derivadas del contrato, que ha ocasionado importantes perjuicios a AMMA determinantes de la ruptura económica del contrato. Y que dicho incumplimiento era absolutamente imprevisible para mi mandante en el momento de la firma del contrato, siendo una circunstancia sobrevenida a la formalización de este último".*

2.- *Sobre las diferentes medidas que pueden adoptarse para del restablecimiento del equilibrio de contrato .*

El planteamiento de este segundo punto es, en sus líneas esenciales, el que continúa.

Se afirma que el artículo 248 del TR/LCAP permite estos tres mecanismos de restablecimiento económico del contrato: la modificación de las tarifas; la modificación de los plazos concesionales; y cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Se exponen las dificultades que presentan en el actual caso los dos primeros mecanismos: el primero por entrañar una modificación del contrato que impondría la necesidad de cumplir con las exigencias establecida en el artículo 162 LCAP ; y el segundo al ser inviable toda vez que la Comunidad de Madrid ostenta sobre las parcelas un derecho de superficie durante cincuenta años, que es un plazo coincidente con el previsto para las concesiones en el PCAP.

Y se defiende, con base en estas dificultades, que la medida más sencilla y eficaz sería la indemnización en forma directa por la Administración del perjuicio sufrido por la concesionaria.

3.- *Sobre la procedencia, en cualquier caso, de una indemnización a favor de AMMA por los daños causados a la misma por la Administración .*

Se comienza diciendo que esa inviabilidad de las otras alternativas es la que ha llevado a AMMA a plantear como principal vía de solución la de la compensación económica directa, y se señala seguidamente que tal solución, además de estar prevista en la normativa aplicable, estaría amparada por los principios generales del Derecho y por las previsiones del PCAP.

En cuanto a las previsiones normativas, se citan los artículos 248 y 101 del TR/LCAP ; y sobre este último (que regula las posibilidad de modificaciones en el contrato por razón de interés público) se dice que la amplitud de su redacción permitiría, más allá de una alteración de las tarifas, que se pudiese optar por una compensación de los perjuicios sufridos).



Sobre los principios generales de derecho, se alude al elemento de responsabilidad que llevan aparejadas las obligaciones inherentes a los negocios jurídicos bilaterales recíprocos o sinalagmáticos (y se citan los artículos 1088 , 1911 , 1101 y 1124 del Código civil ).

Y sobre las previsiones de los Pliegos del contrato, se invoca la cláusula 8ª, apartado 4, y se sostiene que, en lo concerniente a la obligación de la entrega del suelo, tal cláusula excluye las reclamaciones fundadas en la condición física o material del terreno, pero no las que sean ajenas a esa condición (como sean las de índole jurídica y, en concreto, las de naturaleza urbanística).

4.- *Sobre la infracción por la sentencia impugnada de los anteriores principios .*

En este último punto se comienza diciendo que la sentencia no ha aplicado correctamente las normas y jurisprudencia que este motivo denuncia como infringidas.

Para ello inicialmente se rechazan los razonamientos de la sentencia recurrida de que no se está ante la existencia de un evento extraordinario e imprevisible; y se arguye, a este respecto, que aun cuando al tiempo de la firma del contrato no se hubiera aprobado el planeamiento adecuado para poder implantar en las parcelas las residencias y centros de día, era absolutamente imprevisible que la Administración se demorara tanto en la aprobación de dichas normas urbanísticas.

Más adelante se argumenta que, aun cuando no se apreciara la concurrencia de circunstancias imprevisibles, era clara la pretensión del recurso contencioso-administrativo: la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Administración.

Y se añade que si la sentencia entendía que no concurrían los presupuestos para el reequilibrio debió dar curso a la pretensión indemnizatoria haciendo aplicación de los principios "*pro actione*" y "*iura novit curia*".

II.- El segundo señala la infracción de lo establecido en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC ) sobre la valoración de los informes periciales, en relación con el artículo 24 de la Constitución , así como la vulneración de la jurisprudencia que los interpreta.

Para sostener este otro reproche casacional se defiende principalmente que ha sido ilógica y claramente arbitraria la valoración de los informes periciales aportados con la demanda, con un resultado probatorio inverosímil, porque del contenido de tales informes claramente resulta la existencia de unos perjuicios que la Sala de instancia no ha considerado.

Y se censura a dicha Sala haberse erigido indebidamente en perito respecto de los extremos sobre los que versaba la prueba pericial, yendo con este proceder más allá del cometido que le incumbe de valorar dicha prueba según las reglas de la sana crítica.

#### **QUINTO .- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LOS MOTIVOS CASACIÓN.**

El debido estudio de lo suscitado en los motivos casación aconseja realizar las consideraciones previas que continúan.

1.- La primera consiste en recordar que el recurso de casación no es otra instancia que permita un nuevo examen total de la controversia que fue sometida al tribunal de instancia, pues se trata, como es bien sabido, de un recurso extraordinario cuyo objeto directo es la sentencia recurrida y cuya finalidad es decidir si dicho fallo combatido incurrió en concretas infracciones sustantivas o procesales; infracciones estas que han de ser formalizadas con expresión del legal motivo casacional en que son amparadas y, además, con la cita clara y precisa de las normas y la jurisprudencia que se repute infringida ( artículos 88.1 , 92.1 y 93.2.b) de la Ley Jurisdiccional -LJCA ).

Y en subrayar que una consecuencia de lo anterior es que la Sala de casación debe ceñirse a las únicas cuestiones que hayan sido enjuiciadas por la sentencia recurrida, salvo que haya sido planteada en debida forma el vicio de incongruencia.

2.- La segunda consideración es destacar que la modalidad genérica de contrato de concesión de obras públicas (en el que el reconocimiento del derecho a explotar económicamente la obra construida es la principal contraprestación que recibe el concesionario por sus obligaciones asumidas) no es equiparable a otras modalidades de contratación administrativa, y esto hace que en algunos de sus aspectos no sea directamente aplicable la jurisprudencia formada en torno a otras modalidades contractuales.

Recordar también que en lo que hace a la regulación aplicable al mantenimiento de su equilibrio económico, contenido en el artículo 248 del TR/LCAP de 2000 (incluido en el nuevo Título V del Libro II que en dicho texto legal introdujo la Ley 13/2003, de 23 de mayo) que el actual recurso de casación denuncia como infringido, su contenido era éste:



«1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación».

Y resaltar que lo resultante de esa regulación que acaba de transcribirse son estas dos consecuencias: (i) el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas tiene tasadas sus causas en esas que enumera el precepto; y (ii) el mecanismo legalmente previsto para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no consiste en el reconocimiento al concesionario de un necesario o invariable derecho a ser indemnizado en una suma económica que compense el desequilibrio producido, sino en que la Administración adopte esas específicas medidas que contempla el apartado 3 del precepto que acaba de transcribirse; unas medidas, debe añadirse, que están en línea con la naturaleza de esta especial modalidad de contrato administrativo y son acordes con la contraprestación principal reconocida al contratista (el derecho a la explotación de la obra).

3.- La tercera consideración consiste en subrayar que, dentro de la dinámica del contrato de concesión de obra pública, deben diferenciarse como materias distintas, cada una de ellas con su específico régimen jurídico aplicable, de un lado, la relativa al incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de la Administración contratante y, de otro, la específicamente referida al mantenimiento del equilibrio del contrato. Y en resaltar también que esta segunda materia ya se ha visto que era el objeto de regulación de ese artículo 248 del TR/LCAP de 2000 (introducido en 2003) que acaba de mencionarse y transcribirse, mientras que el incumplimiento de las obligaciones de la Administración contratante tenía su directa regulación en el artículo 11.g) del mismo texto legal.

Abundando en ese concreto punto del incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de la Administración, debe decirse que los sucesivos textos reguladores de la contratación pública han dispuesto para esta concreta materia un régimen específico y distinto del general previsto en el Código civil para el incumplimiento de las obligaciones. Un régimen específico consistente en circunscribir las consecuencias de dicho incumplimiento a la posibilidad reconocida al contratista de pedir la resolución del contrato [así lo han hecho los artículos 111.g) del TR/LCAP de 2000 –RDLegislativo 2/2000–; 224.7 y 225.2 del TR/LCSP de 2011 –RDLegislativo 3/2011–], lo que supone la libertad reconocida a dicho contratista bien para abandonar el vínculo contractual y liberarse del mismo, con las indemnizaciones que puedan resultar procedentes, o bien para continuar con el contrato en los mismos términos en que fue formalizado.

4.- La cuarta consideración es que lo específicamente reclamado en vía administrativa por la aquí recurrente fue el restablecimiento económico de los contratos aquí litigiosos contratos; que lo impugnado en el proceso de instancia fue la desestimación por silencio de esa reclamación; y que la demanda formalizada en dicho proceso dedujo como pretensión el reconocimiento del derecho al restablecimiento financiero de los contratos.

5.- La quinta consideración es que la sentencia aquí recurrida ajustó su enjuiciamiento a ese planteamiento de la demanda; delimitó por ello la principal cuestión del litigio a determinar si concurrían los presupuestos jurídicos que dan derecho a ese restablecimiento; y concluyó negativamente.

Que la razón principal y común de esta respuesta negativa en los cuatro centros litigiosos fue entender que los alegatos de la demanda, al poner de manifiesto circunstancias existentes y conocidas en el momento



de la licitación o de los contratos, no eran reconducibles al hecho imprevisible que faculta para pedir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Y que, en lo que concierne a alguno de esos centros, añadió que para demostrar el desequilibrio financiero del contrato no bastaba con demostrar los sobrecostes y lucro cesante que pudieran haberse derivado de los retrasos en el inicio de las obras, pues habría sido necesario un análisis de las prestaciones de ambas partes contratantes que demostrara una desproporción entre ellas y el derrumbe del contrato a causa de tal desproporción.

**SEXTO.- RAZONES QUE, DESDE LAS CONSIDERACIONES PREVIAS ANTERIORES, IMPIDEN COMPARTIR LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS EN LOS MOTIVOS DE CASACIÓN.**

I.- Por lo que hace al primer motivo, ya debe decirse que el actual enjuiciamiento ha de quedar limitado a las concretas infracciones que en él se imputan a la sentencia recurrida, porque, como antes se señaló, la actual fase casación no es una nueva instancia que permita el examen en su plenitud de la controversia suscitada en el proceso de instancia. Y desde esta premisa ha de declararse lo siguiente:

a) La infracción de artículo 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -TR/LCAP-, debe quedar descartada porque, con independencia de cual fue la fecha del comienzo de la vigencia de que esta concreta regulación, lo cierto es que debe compartirse la solución seguida por la sentencia recurrida de que los alegatos efectuados en la demanda para apoyar el restablecimiento económico del contrato no son reconducibles a ninguno de los supuestos que se enumeran en el apartado 2 de dicho artículo 248. Así ha de ser considerado desde el momento en que esos alegatos no exteriorizan unas decisiones de la Administración modificativas de las condiciones de explotación de la obra; ni una causa de fuerza mayor; tampoco una actuación administrativa técnicamente calificable de "*factum principis*", al no tratarse de decisiones generales sobre materias ajenas al contrato pero con incidencia sobre el mismo; y, por último, tampoco justifican una singular previsión del contrato sobre su revisión.

b) La vulneración denunciada de los artículos 101 y 163 de ese mismo TR/LCAP también carece de fundamento, porque uno y otro precepto están referidos a decisiones de la Administración que modifiquen el contrato y, según se ha señalado, lo alegado en la demanda no exterioriza esa clase de decisiones.

c) La infracción de los artículos 1101 y 1124 del Código civil es igualmente infundada porque estos preceptos incluyen la regulación aplicable a los incumplimientos contractuales, y ya se ha dicho que lo aquí reclamado por la recurrente fue el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuyos presupuestos y medidas para obtenerlo tiene un distinto régimen jurídico.

A ello ha de añadirse: (i) que la necesidad sugerida en el recurso de casación de que la Sala de instancia hubiese reconvertido la reclamación por restablecimiento del equilibrio financiero del contrato en una petición de indemnización por un incumplimiento contractual de la Administración es una cuestión nueva, que no puede ser enjuiciada en la fase casación por no haberse planteado en debida forma el vicio de incongruencia; y (ii) ya se ha dicho antes cuales son las limitadas consecuencias que tiene los incumplimientos de la Administración.

II.- El segundo motivo de casación debe ser desestimado porque principal la razón de decidir de la sentencia recurrida no ha sido el rechazo de la versión fáctica de la demanda, sino la distinta calificación jurídica que aplica a los hechos que en ella fueron alegados en orden a su virtualidad para poder servir de soporte a la concreta pretensión de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos que fue ejercitada.

**SÉPTIMO.- DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y COSTAS PROCESALES.**

Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y con imposición de las costas a la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general del artículo 139.2 de la LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de cada uno de los abogado intervinientes la de 6.000 euros.

Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los últimos criterios seguidos por esta Sala y, desde ellos, se pondera la complejidad de lo suscitado en los motivos de casación y el esfuerzo argumental desarrollado por los escritos de oposición.

**FALLAMOS**



1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por AMMA RECURSOS ASISTENCIALES SA contra la sentencia de 28 de febrero de 2013 de la de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso núm. 1360/2010 ).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ