



Roj: **STSJ AS 1/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:1**

Id Cendoj: **33044330012017100001**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2017**

Nº de Recurso: **222/2016**

Nº de Resolución: **4/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JULIO LUIS GALLEGO OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00004/2017**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº 222/16

APELANTES: JOVELLANOS XXI, S.L., AYUNTAMIENTO DE OVIEDO

PROCURADORES: D. EDUARDO PORTILLA HIERRO, D<sup>a</sup> PATRICIA GOTA BREY

APELADOS: AYUNTAMIENTO DE OVIEDO, JOVELLANOS XXI, S.L.

PROCURADORES: D<sup>a</sup> PATRICIA GOTA BREY, D. EDUARDO PORTILLA HIERRO

SENTENCIA

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Luis Querol Carceller**

**Magistrados:**

**D. Julio Luis Gallego Otero**

**D. José Manuel González Rodríguez**

En Oviedo, a nueve de enero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 222/16, interpuesto por la entidad Jovellanos XXI, S.L. y el Ayuntamiento de Oviedo, representados respectivamente por los Procuradores D. Eduardo Portilla Hierro y D<sup>a</sup> Patricia Gota Brey, siendo partes apeladas el Ayuntamiento de Oviedo y la entidad Jovellanos XXI, S.L. representados respectivamente por los Procuradores D<sup>a</sup> Patricia Gota Brey y D. Eduardo Portilla Hierro. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio Luis Gallego Otero.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 266/14 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de Oviedo.



**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 7 de junio de 2016 . Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Las partes demandante y demandada formulan recursos de apelación contra la sentencia, de fecha 7 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Oviedo en el Procedimiento Ordinario número 266/2014, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por JOVELLANOS XXI, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 22 de agosto de 2014, por el que se aprueba la liquidación del contrato C095/01 y la determinación de los daños y perjuicios, declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico, y la existencia de daños y perjuicios imputables a JOVELLANOS XXI en cuantía de setecientos diez mil seiscientos cincuenta y siete euros con ochenta y dos céntimos de euro (710.657,82 €), relativa al importe por deficiencias en la ejecución del contrato, depósito previo como pago parcial anticipado por evento y pago de la cuota de la Macrocomunidad del Complejo Inmobiliario de Buenavista del mes de octubre de 2012. A la cantidad así reconocida habrá de añadirse la cuota de la Macrocomunidad de Buenavista del mes de enero de 2014; y reconociendo el derecho de JOVELLANOS XXI, S.L., a que el Ayuntamiento de Oviedo le abone en concepto de liquidación del contrato CC01-95 la cantidad de veinticinco millones cuarenta y cuatro mil treinta y tres euros con setenta y siete céntimos de euro (25.044.033,77 €).

La defensa y representación de la compañía "JOVELLANOS XXI, S.L.", pretende que se revoken los pronunciamientos Segundo y Tercero del fallo de la Sentencia de instancia y, en su lugar, estime las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda, apartados b), c) y d). Mientras que las del Ayuntamiento de Oviedo interesa la revocación de la sentencia de instancia y en su consecuencia, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad mercantil (en liquidación) "Jovellanos XXI, S.L.", absuelva al Ayuntamiento de Oviedo de todas las pretensiones deducidas en su contra, o subsidiariamente se reconozca una liquidación del contrato CC01/95 en los términos que resultan de las Alegaciones Séptima y Decimoprimeras de este escrito de recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas en esta segunda instancia.

**SEGUNDO.** - Para la parte demandante la sentencia apelada ha incurrido en varios errores jurídicos y de valoración de la prueba. En primer lugar no se comparte la calificación de instancia de la naturaleza jurídica del contrato administrativo como contrato especial y las consecuencias jurídicas que anuda a dicha calificación.

Sobre este particular, la propia parte admite que estamos ante un contrato complejo que incluye prestaciones de obra y prestaciones de explotación de servicio público, con una retribución mixta mediante el otorgamiento de una concesión para la explotación de la obra principal (servicios), percibiendo tarifas durante 50 años junto con la adjudicación de ciertos aprovechamientos urbanísticos, por lo que debe conceptuarse como contrato mixto, al incluir prestaciones diversas de varios tipos contractuales típicos (contrato de obra, de concesión y de servicio público). En tales supuestos, según dispone el artículo 6º Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, habrá que estar al régimen jurídico de la prestación con mayor relevancia, lo que nos conduce inexcusablemente a conceptuarlo como un contrato de concesión de obra pública, como parece reconocerlo la resolución recurrida al establecer el deber de la Administración de abonar la obra ejecutada y recepcionada.

Con los antecedentes recogidos en la sentencia de instancia sobre el contenido del contrato suscrito entre las partes hoy apelantes atendiendo a las distintas prestaciones incluidas en el pliego de cláusulas administrativas, que se corresponden en parte con las de los contratos nominados y otras atípicas, su régimen jurídico difiere del mixto por los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, puesto que vienen referidas a contratos administrativos de distinta clase, por lo que debe atenderse para su calificación a las normas y condiciones del pliego de condiciones que regulan su régimen jurídico como reitera el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia que cita la sentencia apelada, y no a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico como entiende esta parte apelante.

Con la precisión anterior y la complejidad contractual admitida por ambas partes contratantes, acierta el Juzgador de instancia al considerar que no estamos ante una prestación prevalente sino ante una variedad y



heterogeneidad de prestaciones de muy diverso signo y alcance que trascienden a una mera construcción de una obra, o incluso a la urbanización de determinado ámbito, conteniendo estipulaciones atípicas, además de las características de los contratos tipo, y que por ello no puede hacerse la remisión normativa que postula la parte recurrente-apelante tachando de incoherente la consideración de la sentencia apelada, sino matizada de acuerdo con las especificaciones concretas de sus efectos y de extinción de la relación, en particular, no puede obviarse como elemento esencial que el conjunto de prestaciones y contraprestaciones se encuentra estrechamente unidas a la situación de equilibrio que pactaron las partes en el año 2005, modificando el contrato. Estamos pues, como arguye la parte demandada que se opone a este motivo, ante un contrato "complejo, atípico, especial y de carácter mixto (contrato sui generis)", siendo lógicamente esta compleja naturaleza del contrato la que condiciona su liquidación y basta para ello advertir que el sistema retributivo del contratista lo constituye la transmisión de aprovechamientos lucrativos privados, determinados y aprobados por la Administración adjudicataria mediante la aprobación de los correspondientes planes especiales presentados por aquél, lo cual desborda el ámbito de aplicación del contrato de concesión de obra, de manera que no permite acudir sin más a la regulación del art. 169 del TRLCAP que postulaba la contratista, como si de un contrato de concesión de obra se tratase.

Por lo expuesto sobre la calificación contractual como ejemplo de contrato especial del artículo 5.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se comparte igualmente la conclusión final del Juzgado en el fundamento de la sentencia referida a la presente cuestión de que no puede admitirse que la ausencia de una regulación completa y acabada del contrato de concesión al tiempo de su adjudicación se erija en obstáculo para la liquidación, y es que a la Administración no le supuso problema alguno adjudicar un contrato de estas características a pesar de la laguna legal de su regulación.

Con base en la consideración precedente hay que convenir con el Juzgador de instancia que los efectos resolutorios y liquidatorios del contrato suscrito entre las partes litigantes, al no encontrar regulación adecuada en el RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, parece pertinente acudir a lo válidamente estipulado entre ellas y que tenga su reflejo en las cláusulas que rigen el contrato, y en su defecto a los principios generales de contratación como consecuencia lógica de la reciprocidad de las obligaciones con las prestaciones y contraprestaciones respectivas. Postulados que proscriben el enriquecimiento injusto de una de las partes del contrato en perjuicio de la otra.

**TERCERO.** - Procede examinar a continuación por referirse a la resolución contractual, los motivos de apelación que alega la Administración demandada por omisión o aplicación incorrecta en su alcance y extensión de los principios como la teoría del riesgo imprevisible, la doctrina sobre el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones y el principio de riesgo y ventura del contratista; y también de aquellos otros como el principio de buena fe contractual, prohibición de enriquecimiento injusto y la vinculación a los actos propios.

La resolución del contrato acordada por la Administración demandada por incumplimiento de la concesionaria de sus obligaciones contractuales ha sido enjuiciada en los recursos contencioso-administrativos que se citan en la sentencia apelada, con pronunciamientos que han devenido firmes apreciando su concurrencia, lo que excluye que estas cuestiones puedan ser de nuevo examinadas, como se señala por el Juzgador de Instancia remitiéndose a sus fundamentos, y en estas sentencias se diferencia la resolución del contrato de las posibles consecuencias a causa de los referidos incumplimientos.

Desglose que ha tenido en cuenta el Ayuntamiento de Oviedo con la aprobación de los acuerdos de liquidación del contrato de concesión, estableciendo una indemnización por daños y perjuicios causados, que trae causa del incumplimiento culpable de conformidad con el régimen jurídico del contrato, pero sin valorar su incidencia respecto de las prestaciones esenciales del contrato, lo que da a entender que fueron cumplidas sin otros efectos para las partes contratantes.

Sentado cuanto antecede, si bien el examen de la problemática planteada debe centrarse en el acto recurrido en el presente recurso y en las pretensiones de su anulación y de reconocimiento de la situación jurídica individualizada que demanda la parte recurrente, como la parte demandada cuestiona la cantidad reclamada de contrario por las obras e instalaciones que ha ejecutado y han pasado a su propiedad, ha de valorarse la incidencia que tienen sobre el precio final de la obra las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional civil en procedimientos seguidos entre la parte ahora demandante y el arquitecto redactor y director de la obra, al considerar que una parte del mismo corresponde al sobre coste de la obra por conducta atribuible al mismo y por el que ha sido parcialmente indemnizada la sociedad contratista a cargo del arquitecto. Juicio sobre esta cuestión en el contexto expuesto que no supone alterar los términos del debate ni deducir consecuencias de los actos anteriores más allá de las reseñadas y de los límites del objeto del recurso, que se contrae a la



impugnación del acto recurrido y a la indemnización establecida por el Ayuntamiento a causa de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual del contratista.

Conocidas e incorporadas al procedimiento las sentencias civiles citadas en la primera instancia y en la apelación, no resulta necesaria la incorporación en esta alzada de la copia de la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, que confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, y que propone como medio probatorio la representación y defensa del Excmo. Ayuntamiento de Oviedo, estimando al respecto una parte de las consideraciones formal y material que hace la parte que se opone a su admisión, en tanto las sentencias del Juzgado y de la Audiencia son de fecha anterior al acto recurrido y su contenido, confirmado por la sentencia dictada en casación, era conocido por las partes sin que fuera tenido en cuenta en los actos de resolución y liquidación objeto de examen en el presente procedimiento.

Con el planteamiento de la problemática expuesta, hay que estimar la omisión señalada por esta parte apelante, pero no la incoherencia contradictoria interna que señala su defensa entre el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada con lo previamente reconocido en su fundamento jurídico segundo, al diferenciar los distintos acontecimientos de la relación jurídica de las partes y que concluyen en los actos recurridos. En segundo lugar, hay que descartar "a priori" la inadecuada aplicación de los citados principios generales de la contratación administrativa teniendo en cuenta el fundamento de la liquidación y de la indemnización en los términos establecidos en el acto recurrido, puesto que lo que no acepta el juzgador de instancia es la aplicación que hace la Corporación local del principio legal de riesgo y ventura para atribuir a la contraria todos los efectos de la resolución y posterior liquidación, en particular, que los aumentos en los costes de construcción experimentados desde el año 2005 traen causa exclusivamente en la conducta de la propia contratista, sin que pudieran ser trasladados ni repercutidos sobre la Administración debido a los incumplimientos contractuales imputables a la misma, y la razón de ese juicio es que implica desconocer las restantes reglas que inspiran la contratación administrativa, cuando dicho principio no es tan absoluto como se afirma, sino que debe integrarse con los restantes en función de los antecedentes del caso, y así hacer compatible dicha exégesis con la elemental razón de justicia y de equivalencia de las prestaciones, que constituye la esencia y razón de ser de todo contrato, evitando el enriquecimiento injusto favorecedor de una de las partes en perjuicio de la otra. Y para finalizar este apartado y respecto a la invocada infracción por el Juzgador de Instancia de la doctrina de los actos propios, hay que diferenciar, como razona esta parte apelante, el acto recurrido y la defensa de su legalidad por la Administración que lo dicta, de su posición en el presente recurso para rebatir la tesis de la contraria, y desde este punto de vista la sentencia apelada no ha valorado los actos del contratista en la relación contractual entre ambas, al pretender una indemnización por la obra realizada sin descontar la indemnización recibida del Arquitecto por los perjuicios y sobrecostes de la obra. En efecto, la parte demandada articula en la demanda una doble oposición puntual y subsidiariamente a los argumentos utilizados por la actora, estamos por ello, ante hipótesis diferentes vinculadas a la liquidación para contrarrestar a las de la contraria, y por ello ante una doble posición, que debido a la conexión entre ellas por referirse a la misma problemática, hubiera impuesto valorar los respectivos "actos propios" de las partes, y desde este punto de vista la alegación de la parte apelante-demandada debe ser estimada.

En conclusión, no se puede estimar confusión de la sentencia apelada en los términos señalados por esta parte apelante, sino por desconocer la vinculación reseñada, existiendo divergencia sustantiva y argumental de las partes en defensa de sus respectivos intereses, con criterios contrarios sobre los efectos de la liquidación contractual, y es en este ámbito concreto donde debe determinarse si existe infracción de este principio general del ordenamiento jurídico basado en la buena fe y confianza legítima, valorando si existen actos y hechos objetivos y constatados, suficientemente concluyentes e indubitados, que hagan ver a quien se relaciona con la Administración que debe adecuar su actuación en una determinada forma. Y en el presente caso, si bien la sentencia argumenta acertadamente que la Administración no puede apartarse del contenido del acta de recepción con la transcendencia fundamental que tiene y de los informes de sus propios técnicos respecto del presupuesto de ejecución, el valor real de la obra ejecutada y del inmueble, teniendo en cuenta las modificaciones y mejoras introducidas en el edificio con posterioridad a la modificación del contrato llevada a cabo en el año 2005, es decir, no se puede desconocer la actuación de la Administración en la fase de preparación y en la de ejecución del contrato; se equivoca el Juzgador de instancia al hacer abstracción de los actos de la otra parte contratante, en particular, debió pronunciarse sobre los efectos de las sentencias civiles, al atribuir la Administración el sobrecoste de las obras del Palacio de Exposiciones y Congresos a los defectos en la dirección técnica y construcción, que no le son imputables, teniendo en cuenta los principios de buena fe y confianza legítima que deben imperar en toda clase de relaciones contractuales.

En último lugar, no puede sostenerse que el rechazo "ad limine" de tales alegaciones haya venido a mutilar el debate jurisdiccional en claro perjuicio de la Administración Local, comportando una limitación de su "derecho de defensa" con la consecuente vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva produciendo una lesión del art. 24.1 y 2 CE. En tanto lo que se rechaza en la sentencia apelada es la introducción de hechos



nuevos y que se nieguen en la contestación de la demanda hechos anteriormente admitidos, para no modificar los términos de la relación jurídico-material en perjuicio de la parte contraria. Por este motivo, se razona en la sentencia apelada que no se puede negar en este momento la procedencia de incluir en los costes del Palacio de Congresos y Exposiciones el importe correspondiente al control de calidad, seguridad social, gastos generales o beneficio industrial, cuando los informes que toma en consideración el acto recurrido incluyen tales conceptos. A saber, lo que rechaza el Juzgador de instancia es ese cambio de criterio respecto del acto recurrido y sus antecedentes, pero obviando que efectivamente se hace para contrarrestar la pretensión del recurrente pretendiendo la anulación del acto recurrido y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Doble posición que hubiese exigido que la sentencia de instancia se hubiera pronunciado sobre estas cuestiones para no incurrir en incongruencia omisiva, al cuestionar respectivamente las partes litigantes las liquidaciones del contrato realizadas por las mismas, incluyendo en una de ellas los resultados de los pleitos civiles que la contratista ha seguido con terceros como consecuencia de las obras ejecutadas, y ello al margen del juicio crítico que merezca este alegato subsidiario al haber sido excluido del procedimiento administrativo de liquidación sin tomarlo en consideración la Administración al aprobarla.

**CUARTO.-** Los motivos siguientes invocados por las partes apelantes se refieren a la liquidación contractual. La parte demandante los relaciona con la calificación contractual por apartarse la sentencia apelada de la correcta como concesión de obra pública y del criterio legal establecido por el artículo 169 de la Ley de Contratos de 2000 y cuyo resultado conduce a un enriquecimiento injusto de la Corporación Local. De este modo, se ha producido un error tanto en la elección del momento al que referenciar la liquidación contractual como en los conceptos considerados, infringiendo el régimen jurídico aplicable a la liquidación del contrato concesional, que establece que deben realizarse las operaciones liquidatorias al momento en que se acordó la resolución, pero no que se deba retrotraer al ejercicio 2005, y al mismo tiempo considere el valor real del Palacio de Exposiciones y Congresos a la fecha de su recepción en 2011 y el valor de la obra amortizada a la fecha de la reversión en Febrero de 2014.

El criterio anterior se basa en que la resolución de un contrato no es equivalente a la declaración de nulidad del mismo y por tanto sus efectos son diversos. El contrato fue válido y se fue ejecutando hasta el momento de su resolución, momento en el cual habrán de ponderarse las circunstancias habidas. Con este presupuesto, la causa de infracción del régimen jurídico aplicable a la liquidación del contrato concesional, radica en el parecer de esta parte apelante en el error jurídico de la sentencia apelada cuando refiere que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se celebró el contrato, pero con abstracción de que estamos ante un contrato de tracto sucesivo, con prestaciones recíprocas que se prolongan y mantienen en el tiempo.

Motivo de apelación que debe ser desestimado reiterando lo expuesto en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución y con remisión a lo razonado en la sentencia de instancia, que reproduce en este particular el fundamento de derecho tercero de la sentencia de esta Sala, de fecha 26 de febrero de 2016, al resolver el recurso apelación núm. 255/14, sobre la base de que esta parte apelante omite interesadamente que el objeto del contrato es especial, sin que se pueda escindir la parte del contrato que afecta al Palacio de Exposiciones y Congresos y su concesión administrativa del resto de las prestaciones del mismo, por lo que la liquidación del contrato no puede hacerse única y exclusivamente en base a lo dispuesto en el artículo 169 del TRLCAP, dado que la complejidad del sistema retributivo del contratista hace que desborde el ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos, por lo se deberá estar a lo dispuesto en sus propias normas, y en concreto al artículo 40 de los Pliegos de Condiciones, máxime teniendo en cuenta, como acertadamente motiva la sentencia apelada, que en el momento de su adjudicación la legislación vigente no contenía una regulación específica del contrato de concesión, no siendo aplicable la regulación entonces vigente para la resolución del contrato de obras.

De la argumentación precedente se infiere, de una parte, que si bien el régimen jurídico de la fase de liquidación contractual no es ajeno al de la resolución, lo que supone que deba valorarse la situación del contrato a dicho momento, la consideración anterior no puede desconectarse de la situación concreta que se analiza consistente en la aplicación del sistema "liquidatorio sui generis", que impugnan las partes litigantes cuando no coincide con sus respectivos criterios. Con este método, cada una de las partes contratantes deberá reintegrar o restituir a la otra las cosas o las prestaciones que hubiesen sido entregadas o ejecutadas, sin excluir parte de ellas por su calificación, aplicando al efecto los principios generales de las obligaciones y contratos, doctrina que no admite el enriquecimiento injusto.

Y de la otra, que la condición temporal de la liquidación debe integrarse, como señala la sentencia de instancia, teniendo en cuenta no solamente el valor de las contraprestaciones que resulten de la modificación del contrato en el año 2005, que sin alterar su naturaleza especial equilibra las prestaciones de las partes al haber valorado en ese momento el Ayuntamiento de Oviedo los aprovechamientos urbanísticos transferidos a la adjudicataria en contraprestación a la construcción por su parte del Palacio de Exposiciones y Congresos



para mantener el equilibrio económico, siendo ésta la finalidad de la modificación sustancial del contrato como admiten las propias partes; sino también el valor del Palacio de Exposiciones y Congresos fijado por la Dirección Facultativa de la Obra y que asume el acta de recepción, toda vez que las modificaciones por el IPC u otro tipo de homogeneización no se hayan recogidas en dicho acto esencial que equilibra las prestaciones y contraprestaciones, sin alterar el objeto del contrato.

Condicionantes que a falta de otras referencias temporales y materiales en la fecha de resolución del contrato, que no sea la aplicación de una previsión de un contrato que no se corresponde con el suscrito por las partes y la actualización de las respectivas prestaciones a dicho momento sobre bases abstractas, son coherentes con la relación fáctica descrita en la sentencia apelada, sin que contradigan esta disposición legal como señala la parte demandada-apelante, sino que se tiene en cuenta dicho momento, al igual que el acto recurrido respecto de la parte amortizada por el periodo comprendido entre mayo de 2011 y febrero de 2014 (fecha de toma posesión del equipamiento por el Ayuntamiento), lo que descarta, a falta de previsión, su actualización para sustituirla por aplicación de un valor de homogenización entre ambos momentos, y la que propone la defensa del Ayuntamiento de Oviedo para no producir las distorsiones que apunta.

**QUINTO.** - Respecto al motivo impugnatorio referido a la liquidación como operación general que alega la parte demandada- apelante y que se ciñe a la aplicación indebida de los principios que rigen la contratación relativas a su ejecución a riesgo y ventura del contratista, salvo caso de fuerza mayor, con la consecuencia añadida de que dicho principio impide que el contratista pueda recuperar o resarcirse frente a la Administración de las inversiones realizadas.

Alegación que debe ser desestimada en los términos generales y particulares planteados. Desde la perspectiva general basta con remitirnos a los fundamentos de la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2016 , rec. Apelación núm. 255/2014, "La doctrina del "riesgo imprevisible razonable" como causa de indemnización, según apunta reiterado tenor jurisprudencial plasmado, entre otras, por sentencias del Tribunal Supremo de fechas 25 de abril y 4 de junio del 2008 , "contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto - conforme a los arts. 3.2 y 7.1 del Código Civil -, aplicar los principios de equidad y de buena fe por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública", de modo que "habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes". Por tanto en la contratación administrativa rigen estos dos principios esenciales: el de riesgo y ventura y el de equilibrio económico financiero de la concesión; que el segundo es un factor de modulación del primero para garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público; y que esta modulación opera mediante la distinción entre lo que es el alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias. El principio de riesgo y ventura impone a la concesionaria soportar los perjuicios derivados a las incidencias del contrato que sean ajenas a la actuación de la Administración (esto es, que no sean reconducibles a estos casos: "ius variandi"; y "factum principis"); y dicho principio también decae en los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. El restablecimiento o mantenimiento del equilibrio económico opera en cualquier alteración de la ecuación financiera que sea perjudicial para el concesionario y no le sea imputable dentro del ámbito del riesgo y ventura, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que este Tribunal y la doctrina del Consejo de Estado han configurado los siguientes requisitos necesarios para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible: a) una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato; b) que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas; c), que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de culpa de las partes contratantes; y d) una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual".

Y en efecto, se ha de significar que es una característica propia del contrato de concesión el "riesgo y ventura" del contratista, que, como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 2014 , con cita de otra que reitera jurisprudencia anterior, se refiere "a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes lo que elimina lo que provenga de su propio actuar. Es consustancial a la contratación pública que el riesgo corre a cargo del contratista. Mas también que debe diferenciarse de elementos extraños al contrato que pueden afectar a su curso normal dando lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión como mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales". Y, así mismo, la reiterada doctrina jurisprudencial ha venido reconociendo el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional. Como ya tuvo ocasión de



señalar el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de noviembre de 1981, "la teoría del equilibrio o ecuación financiero de la concesión administrativa, fundamentada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y carga de la concesión remuneración del concesionario y coste del servicio, dio lugar a dos distintas concepciones acerca del alcance cualitativo de la teoría, una estricta en la que se limita su ámbito de aplicación al "hecho del príncipe" o intervención administrativa que modifican las condiciones de la concesión en perjuicio de su titular y otra amplia que añade al "hecho del príncipe" la doctrina de la imprevisión o desequilibrio producido por circunstancias excepcionales e imprevisibles ajenas a la intervención administrativa; pero esta discrepancia no fue obstáculo para que los partidarios de una y otra concepción fueran unánimes en excluir el alea normal del contrato, es decir, la pérdida que hubiera podido preverse normalmente, ya que 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 a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la res pública en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales, y este lugar de común aceptación doctrinal y jurisprudencial obliga a entender que el intérprete de los textos legales reguladores de esta materia debe en todo momento y con la máxima prudencia y cautela evitar criterios hermenéuticos que la conduzcan a aplicar dicha institución más allá de lo que permiten esa esencia y límites, exigiendo con rigor la prueba concluyente de que concurre alguno de los supuestos legales que determinan su aplicación, pues así lo impone su condición ya señalada de fórmula excepcional".

Así mismo, el Alto Tribunal, en sentencia de 13 de noviembre de 1989 puso de manifiesto -al aceptar la fundamentación de la sentencia recurrida- que "en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial en los que adoptan la modalidad "concesión" (en cuya virtud el empresario-concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura), la mayor onerosidad sobrevenida, bien resulte de una modificación del objeto mismo del contrato impuesto unilateralmente por la Administración "ius variandi" o de una decisión de ésta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho (factum principis) o bien provenga de acontecimientos imprevisos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación (es decir, las consecuencias, que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de "rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato", mantener el equilibrio financiero de este último y evitar el colapso total que, por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él anejo".

En parecidos términos se pronuncia la STS de 30 de abril de 1999, respecto que el principio de riesgo y ventura ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (e incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras. Esta interpretación es consecuente con el significado que una y otra locución -"riesgo" y "ventura"- ofrecen tanto en el lenguaje jurídico como gramatical, de tal modo que "riesgo" equivale a contingencia o proximidad de un daño, y "ventura" es palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien. De lo que se infiere que el contratista, al contratar con el Estado, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la ejecución de la obra, ya que la obligación del contratista es una obligación de resultados, como contrapuesta a la obligación de actividad o medial". Añadiendo que "en cambio la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula "rebus sic stantibus", exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado". Citando el Tribunal su anterior sentencia de 16 de septiembre de 1.988 que "legitimaba una revisión de precios no pactada cuando en las vicisitudes de la contratación concurren unas circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afecten gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables" -en iguales términos la sentencia de 9 de diciembre de 2003.

Resume esta doctrina la reciente STS de fecha 20 de abril de 2015 donde se destaca: "La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011. La



segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista ( artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible. Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP , (introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo , de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración. Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla." La doctrina anterior requiere el desglose de aquellos perjuicios sufridos por el adjudicatario que se incardinan plenamente en el principio de riesgo y ventura del contratista y deben ser asumidos por el mismo, de aquellos otros, cuyos intereses en relación con el equilibrio económico, aparecen debidamente protegidos con las cláusulas del contrato, y es que no puede por menos reconocerse la obligación de la Administración de tener que indemnizar al concesionario el valor real de las obras que recibe en la medida en que las mismas resultan ser aprovechables".

Y desde el punto de vista particular, en los antecedentes de hecho recogidos en la sentencia apelada se aprecian causas que suponen una quiebra del principio de riesgo y ventura del concesionario para aplicarlo en los términos postulados por esta parte apelante, y ello sin perjuicio del juicio que merezcan cuando se analicen los distintos apartados de la liquidación. En efecto ponderando las circunstancias concurrentes, la hipótesis de esta parte apelante hace abstracción de las modificaciones sucesivas producidas en el proyecto de la obra con consentimiento expreso o tácito de la Administración, y el estado de cosas en el momento de la resolución con los incrementos sobre el valor inicial puestos de manifiesto en los informes emitidos al efecto y que no responden únicamente a necesidades constructivas o requerimientos de explotación propuestos por el concesionario. Por lo que en este caso resulta aplicable la reiterada doctrina jurisprudencial exteriorizada entre otras, en las STS de 27 de abril y 12 de mayo de 2008 , que con base en la doctrina del enriquecimiento sin causa, declara que en los supuestos de ejecución de una obra para la Administración, y en aras al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la exigibilidad por el contratista del exceso de obra que no se deba a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.

**SEXTO** .- Con relación a la impugnación de la liquidación aprobada por la sentencia apelada en conceptos concretos, analizaremos en primer lugar la que hace la parte demandante para concluir con la de la demandada.

La parte recurrente-apelante reseña la omisión de la supresión de la prestación económica a favor del concesionario en 2006 por su impacto financiero y patrimonial en la concesión, lo que debe llevar a dos ajustes consistentes en las aminoraciones de 5.284.222,72 € y 22.098.984,99 € al valor del acta de recepción de 2011.

Pretensión que la parte contraria considera improcedente por su novedad sin haber alegado en la instancia y además incide en contrato diferente, cuyos pliegos no fueron impugnados, amén de declararse extinguida la obligación económica por la identidad de sujetos.





Planteada esta alegación en los términos expuestos, respecto a la objeción formal hay que recordar la reiterada y constante jurisprudencia que pone el acento en la naturaleza del recurso de apelación, de la que depende el alcance procesalmente posible de las cuestiones propuestas. Pues bien, aun cuando este recurso permite al tribunal "ad quem" la revisión y decisión de todas las cuestiones planteadas en primera instancia, se trata de un examen crítico de la sentencia para llegar a la conclusión de si ha existido o no una errónea aplicación de la norma, incongruencia, indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualquier otra razón que se invoque para obtener la revocación de la resolución de instancia. Sin embargo, no se permite el planteamiento de cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la resolución que se revisa. En el presente caso, los términos de la alegación como hipótesis al albur de la problemática planteada, pone de manifiesto que se trata de una nueva cuestión sobre la que no pudo pronunciarse la sentencia de instancia y sobre la que tampoco pudieron proponer ni practicar prueba las demás partes. Por tanto, no puede admitirse esta nueva cuestión planteada de modo sorpresivo.

Y para concluir, la existencia misma de un procedimiento concursal y la competencia de la jurisdicción civil para determinar la titularidad y calificación de los créditos, no conduce a la duplicidad en el pago en perjuicio de la masa y con vulneración de los más elementales principios del derecho concursal, como acertadamente se razona en la sentencia apelada con fundamentos no desvirtuados por esta parte apelante, puesto que estamos ante conceptos (incautación del depósito previo y de las cuotas impagadas de la Macrocomunidad del Complejo Inmobiliario Buenavista) asociados a resolución y liquidación contractuales, y ello con abstracción de su calificación como ingresos o como daños y perjuicios, que requieren su declaración en el presente procedimiento y de las partes con derecho y obligada a resarcirlos, y no ante ingresos típicos por el desarrollo de una actividad ordinaria de la concursada y su inclusión en la masa respecto de su titularidad y pago dependerá del citado pronunciamiento que vincula al concursal, al haber ejercitado el interesado la presente acción para determinarlos; en tal sentido son claros los términos del auto de fecha 28 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, en los que se dice "la composición y valoración del activo se ve directamente afectada por la suerte que corra el contrato administrativo suscrito con el Ayuntamiento de Oviedo, cuya resolución y liquidación por la normativa que es propia y por el correspondiente pliego (art. 63 LC), sin que el juez del concurso pueda extender su jurisdicción a tales aspectos y teniendo en cuenta que además tanto la inclusión de activos en el inventario como su valoración tiene un valor meramente informativo (STS 29/09/2010)".

**SEPTIMO.** - La parte demandada-apelante impugna la operación liquidatoria de la sentencia apelada por cometer algunos errores sustanciales incurriendo en varias contradicciones y en valoraciones equivocadas de la prueba que le llevan a incurrir en déficits argumentativos contrarios a derecho. Entre ellos: por no reconocer que el Acta de Recepción de fecha 6/5/2011 no se extiende a la totalidad de la obra ejecutada, puesto que en ella se consigna como "defecto" la imposibilidad de proceder a la operación de movimiento angular previsto en la cubierta móvil, quedando dicha operación pospuesta a futuras actuaciones a realizar por la concesionaria dentro del plazo de un año de garantía; por no reconocer que la recepción definitiva de las obras se aprobó por Acuerdo de Junta de Gobierno de 4/10/2012, precisando, en el apartado dispositivo "Primero", que tal recepción en ningún caso suponía la exclusión de las responsabilidades que en un futuro se puedan producir, en relación con las obras de construcción del inmueble en general y de la visera (cubierta móvil inmovilizada) en particular, al respecto se consigan las reservas del representante municipal sobre las obras ejecutadas carentes de utilidad y la consideración de esta circunstancia como demérito de la obra. Acuerdo que devino firme al desistir Jovellanos XXI del recurso jurisdiccional que había interpuesto frente al mismo (P.O. nº 421/2012, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo); el no reconocer como un hecho acreditado que el coste final de las obras de construcción del Palacio de Exposiciones y Congresos (fijado en el Acta de Recepción), se fue incrementando en el tiempo como consecuencia de defectos de dirección, de proyectos sobredimensionados, al derrumbe del forjado del graderío de la Sala Mayor ocurrido en 2006, de retrasos en la ejecución, etc., y ello pese a que así figura explícitamente reconocido en las resoluciones judiciales recaídas en el pleito civil seguido entre Jovellanos XXI y su Arquitecto Sr. Vicente, Procedimiento Ordinario núm. 204/2012, del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Oviedo, hoy ya definitivamente resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3/6/2016 (dictada en el Rec. Casación núm. 732/2014); error aritmético padecido en la operativa de calcular el valor de los aprovechamientos lucrativos transmitidos por referencia al presupuesto del PEC en el año 2005, ya que parte del Presupuesto de Ejecución Material de 46.998.685,37 € y a esta cantidad le añade todos los porcentajes: 2% de Seguridad y Salud, 1,5% de Control de Calidad, 13% de Gastos Generales y 6% de Beneficio Industrial, cuando lo correcto es (al igual que figura en el Documento Final de liquidación de la obra) computar dentro del PEM esos conceptos de Seguridad y Salud y Control de Calidad y sobre tal suma aplicar esos porcentajes del 13% y 6%; el no haber incluido, en las operaciones de liquidación para la determinación de los aprovechamientos lucrativos entregados por el Ayuntamiento que lo equilibraban en el año 2005, dentro de las prestaciones obligacionales que correspondían a la contratista Jovellanos XXI, el importe correspondiente a la Urbanización de la parcela de Buenavista, que fue valorada en



la suma de 4.725.317 € (vid. el presupuesto del Proyecto Básico firmado por el Arquitecto Sr. Vicente en Mayo 2005), y ello pese a que la Sentencia reconoce expresamente que el contrato comprendía la construcción del Palacio de Exposiciones y Congresos; el no haber aplicado en los cálculos de liquidación el obligado factor de homogeneización en las magnitudes consideradas, dado que datan de fechas distintas, ya que si se toma como coste de la obra ejecutada (PEC) el consignado en el Acta de Recepción de fecha 6/5/2011, el valor de los aprovechamientos lucrativos que fueron entregados por el Ayuntamiento, reequilibrando el contrato en Agosto de 2005, debe ser actualizado a fecha Mayo de 2011, mediante la aplicación de la variación del IPC entre una y otra fecha.

A los motivos expuestos opone la parte apelada que son formales las reservas formuladas de contrario sobre el estado de la obra recepcionada al resultar operativo el Palacio de Congresos sin que la fijación y no movilidad de la cubierta supusiese defecto funcional de ningún tipo, en ningún momento posterior el Ayuntamiento de Oviedo obligó o exigió al concesionario medida alguna para hacer que la cubierta se moviese, sino que tramitó un expediente de incumplimiento parcial del contrato, en el seno del cual los servicios municipales cuantificaron ese incumplimiento en algo más de 1.300.000 €, que fueron cobrados con cargo a la fianza constituida y avalada por terceros, por lo que de estimarse ahora estaríamos ante una duplicidad de descuentos o minoraciones que, además, irían en contra de los propios actos municipales. Es igualmente improcedente e inviable la inclusión como partidas a minorar de la indemnización (13 millones) y sobrecostes (8 millones) traídos del proceso civil, al ser una cuestión nueva, ajena por completo a la litis y contradictoria con los valores obrantes en autos. Además habría que calcular el valor de los aprovechamientos urbanísticos cedidos que iba a recibir esta parte, a la fecha de la liquidación en 2014 y nunca en 2005, pues la situación económica del mercado en ambos momentos era disímil, por lo que la simple aplicación de un coeficiente como el IPC no homogeneiza nada, solo arrastra la valoración a un momento posterior en el cual la misma sería absolutamente ficticia. Y por último falta la motivación de los daños y perjuicios que reclama la contraria.

Planteado en los términos expuestos este motivo de apelación y por este orden procede su examen. Respecto del primero de ellos, no se aprecian los errores por omisión del contenido del acta de recepción respecto de los defectos de la obra del Palacio de Exposiciones y Congresos, y de su relevancia por referirse a una parte de su estructura, como es la cubierta móvil, que era el elemento diferencial del Palacio de Congresos, una de las señales de identidad del proyecto, en tanto que los defectos reseñados en el Acta de Recepción que culmina con el Acuerdo de aprobación de la Junta de Gobierno Local de 4 de octubre de 2012, tienen la relevancia que señala la parte apelada. En efecto, la reserva de responsabilidades no se traduce en otro acto posterior de reclamación que el reseñado por la otra parte litigante, hasta el extremo de que no fueron tenidos en cuenta los mencionados defectos como causa resolutoria por incumplimiento del contrato ni tampoco en el sistema liquidatorio que aplican los actos recurridos. Por lo expuesto, la reserva que se contiene en el apartado dispositivo primero del referido Acuerdo de 4/10/2012, hay que entenderlo coherentemente con otras responsabilidades que en un futuro se puedan producir en relación con las obras de construcción del inmueble dentro del plazo de garantía de la obra, pero no respecto de la visera (cubierta móvil inmovilizada) en particular al haber sido solucionada previamente mediante la incautación de una parte de la fianza. Al respecto, la importancia de dicho elemento constructivo se contradice en parte con las manifestaciones contenidas en el acta de recepción que supone la comprobación por parte del Ayuntamiento de la finalización de las obras y su adecuación al uso público, en tanto la cubierta móvil está concebida con fines que no resultan básicos para la actividad y funcionamiento propios del edificio, teniendo en cuenta que la operatividad de la cubierta es puramente formal y no afecta al normal funcionamiento del Palacio. Confirma este aserto las consideraciones de las sentencias civiles en los procesos entablados entre el arquitecto y parte hoy recurrente, de que el edificio ha sido diseñado y construido con la finalidad que esencialmente cumple.

Consideración diferente merece la alegación de la Administración demandada de que se trata de una parte de la obra carente de utilidad y que ha supuesto un sobrecoste de 6.950.926,04 €, por el que ha sido compensada la parte demandante en la sentencias civiles a cargo del Arquitecto. No estamos ante un demérito a causa de la inmovilidad de la cubierta del Palacio de Congresos por el que se ha sido ya indemnizado el Ayuntamiento de Oviedo, lo que descarta la duplicidad que señala la defensa de la contratista, sino ante un incremento del valor de la obra que no puede calificarse de mejora y por el que ha sido indemnizado la parte recurrente al traer causa del incumplimiento de las obligaciones del Arquitecto debido a defectos en la dirección de obra y del proyecto, hubo, según la prueba realizada en los procedimientos civiles, una falta de previsión en el diseño, fabricación y ejecución de la estructura de la cubierta, lo que llevó a que no pudiera cumplir su función de móvil con la necesaria seguridad y frecuencia, incluso antes de producirse la fisuración en el proceso de sondeo del arco móvil a las orejas de conexión de las costillas móviles, y que ha generado un daño a la promotora perfectamente evaluable, por lo que debe ser descontado del valor final de la obra. En este sentido se acepta la alegación de esta parte apelante de que no toda la inversión efectuada por la entidad JOVELLANOS XXI en



la ejecución del Palacio de Congresos y Exposiciones ha de ser compensada, debiendo aminorarse por ello en la cantidad de 6.950.926,04 €.

Las restantes partidas reclamadas en la reconvencción ejercitada por la parte demandante en el procedimiento civil y que han sido en parte acogidas por las sentencias que lo resolvieron, se refieren particularmente a los daños y perjuicios por el derrumbe del forjado del graderío de la Sala Mayor ocurrido en 2006, que no pueden ser descontados por la propia naturaleza del concepto al referirse a los efectos perjudiciales que tuvo este hecho para el promotor de la obra, que resultó directamente perjudicado como consecuencia del siniestro, sin ser causante del mismo y habiendo sido reparados estos daños por ella antes de la recepción de la obra. Y respecto a la incidencia de las restantes circunstancias acaecidas en la ejecución de la obra, entre las cuales no pueden desconocerse los numerosos cambios del proyecto con modificaciones tanto respecto de las dimensiones de los edificios como de su destino a instancias del promotor y de la propietaria, unidos a los retrasos de su ejecución, estas circunstancias permiten concluir razonablemente que diferirían su ejecución con la correspondiente consecuencia económica, sin embargo, no se ha acreditado por la parte a la que correspondía ni en los procedimientos civiles ni en el presente, la individualización de sus causas para su atribución a los responsables y lo que han supuesto en el incremento del coste de la obra, lo que descarta que puedan atribuirse en exclusiva a la parte demandante con base en el descontrol constructivo del Palacio de Exposiciones y Congresos, del que no puede excusarse el Ayuntamiento de Oviedo incumpliendo no solamente las obligaciones de supervisión y control del contrato y de las obras, sino con abstracción de sus propios actos. En este sentido no consta que tales incrementos de obra se repercutieran a la Administración, puesto que ni en el acta de recepción ni el informe previo del Arquitecto responsable de la obra y del Ingeniero Municipal hacen referencia a tal responsabilidad, es más, se concluye en la sentencia apelada que ni siquiera en las modificaciones del proyecto que fueron aprobadas por la Administración se relacionan con los vicios o defectos a que hacen referencia las sentencias civiles, por lo que en la valoración de las prestaciones habrá que estar a la fecha de 2005, aplicando al respecto la doctrina del efecto retroactivo de la resolución contractual, lo que supone que ésta tiene lugar no desde el momento de extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido.

Por lo expuesto, la valoración del acto de recepción que se hace en la sentencia de instancia se ajusta claramente a sus términos, a la intervención que en ella tuvieron los diferentes técnicos municipales y a su naturaleza de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial, que lo considera como un acto administrativo complejo que implica conformidad después de la verificación técnica y económica de la obra, siendo apta para su uso público. Acto por ello, firme y consentido que vincula a las partes.

Respecto al alcance del referido acto, amén de la recepción, contiene la valoración de la obra sin supeditarla a la posterior liquidación como ponen de manifiesto los actos recurridos, por lo que hay que estar al valor fijado en el mismo y que el aumento respecto del valor establecido en la modificación contractual del año 2005 para equilibrar las prestaciones de las partes, se corresponden a las modificaciones realizadas con aprobación en un caso y aceptación en el otro de la Administración, incrementado su valor patrimonial en la entrega realizada a la misma, al respecto se destaca en la sentencia apelada que el informe del Arquitecto Municipal de las obras y del Ingeniero Municipal de Caminos y Puertos de 3 de mayo de 2011, resumiendo las vicisitudes ocurridas en la construcción del Palacio de Congresos y Exposiciones, concluye que tras la modificación del proyecto aprobada el 8 de febrero de 2011, el Presupuesto de Ejecución Material alcanza los 96.121.410,05 €, y que el aumento considerable en la evolución del presupuesto en estos ocho años, se debe no solo al tiempo transcurrido sino a las mejoras introducidas en el edificio, parecer que no se destruye por aquel que se contiene también en el informe de los técnicos municipales de que dichos incrementos sobre el valor real se derivan únicamente de las necesidades constructivas o de requerimientos de explotación propuestos por el concesionario, a falta de justificación concreta del desglose de estas concausas y a cuál de ellas corresponde las mejoras, por lo que esta estimación no se puede desconocer ahora al albur del susodicho principio de riesgo y ventura del contrato, que constituye *lex inter partes*, ya que también pone de manifiesto la omisión de las obligaciones de control de la Administración y que se prescinde de la interpretación integradora de los principios generales de la contratación pública. Con esta determinación y que el valor de los aprovechamientos urbanísticos cedidos a la concesionaria-adjudicataria fue calculado con referencia al valor de construcción del edificio, no procede la homogenización que propone esta parte por las consideraciones que se contienen en la sentencia apelada y que esta Sala estima acertadas en contra del criterio de esta parte apelante por no aplicarse por igual entre las partes litigantes el principio de riesgo y ventura, ya que la tesis expuesta obvia que la Administración no llegó a valorar la prestación del contratista ni los conceptos que la integraban, sino que ofrece una cifra global de rentabilidad inmobiliaria que para el contratista ha tenido la operación conocida como "los palacios", y que según los informes de los que se toma supera la rentabilidad prevista en el contrato adjudicado, si bien esta parte del margen económico inmobiliario proporcional al contrato no ejecutado (desde 2014 a 2061), según se recoge en el acuerdo recurrido, se reduce a 70.774.509 €, una vez actualizado en



función del IPC, queda establecido en 85.707.930 €, y en segundo lugar, por hacer abstracción de que estamos hablando en un caso de mejoras a las prestaciones asumidas con motivo de la modificación sustancial del contrato, y en el otro, de falta de una parte de la dotación del inmovilizado material comprometido.

Hay que partir por tanto, de los datos incontrovertibles de la modificación contractual que equilibra las prestaciones de las partes, y del acta de recepción de las obras, donde los técnicos de la Administración fijan el valor de la obra recibida, entregándose una obra con un valor muy superior a los aprovechamientos, la homogenización de éstos que postula una de ellas y que difiere de la otra parte contratante en el momento y en resultado, alteraría el principio básico de la contratación de equilibrio de las prestaciones y los actos anteriores de las partes para alcanzarlo, por las premisas en las que descansa y debido a la profunda alteración de las circunstancias económicas, en particular, en el sector inmobiliario, de ahí la contingencia variable del referido porcentaje. Principio que se ha respetado en la resolución apelada teniendo no solamente en cuenta la situación de equilibrio contractual en agosto de 2005, merced a la modificación del contrato aprobada a iniciativa de la propia contratista mediante la adopción de diversas medidas, destinadas a restablecer dicho equilibrio, atendiendo a que el objeto del contrato debe ser considerado en su integridad, y que no es cierto que el Ayuntamiento, fuera ajeno a todos los incrementos de costes habidos en la obra del Palacio de Exposiciones y Congresos desde ese momento, y al no haberse determinado la causa y a quién atribuirle respecto del valor final de la obra, no es asumible en los términos planteados la evidencia que pone de manifiesto esta parte de que si Jovellanos XXI no hubiese asumido frente a la Administración contratante tales incrementos de obra, nada podría haber reclamado a dicho Arquitecto.

En la tesis que se examina, lo que subyace al margen de la casuística, es la aplicación estricta del repetido principio de "riesgo y ventura" ha de conllevar que la situación de equilibrio contractual lograda en el año 2005 determina que nada de lo que con posterioridad a ese momento se produjo en el desarrollo del contrato, ya fuera en perjuicio de Jovellanos XXI (los repetidos sobrecostes en la obra), ya fuera en su beneficio (la razonable rentabilidad que pudo obtener de los aprovechamientos lucrativos transmitidos) debería tenerse en cuenta a la hora de liquidar el contrato. Pero de aceptarse el criterio anterior, supondría negar como pretende esta parte recurrente, el derecho de la entidad apelante vulnerando los principios de preterición del enriquecimiento injusto y del equilibrio de prestaciones, produciéndose un empobrecimiento del contratista con el correlativo enriquecimiento de la Administración que permite tener en consideración la aplicación de la cláusula de "rebus sic stantibus", precedente del actual riesgo imprevisible. Ello al cumplirse en el caso presente todos los requisitos precisos, siendo incontrovertido que existe un enriquecimiento de la Administración puesto que la obra ejecutada por la mercantil tiene un valor muy superior destinada a revertir al Ayuntamiento, y la relación causal constituida por la necesidad de ejecutar la obra a favor de la Administración municipal y la falta de justificación del enriquecimiento experimentado por la Administración, sobre la que la parte manifiesta que no existe norma jurídica ni contractual que avale la apropiación municipal de un equipamiento de tan importante valor sin abonar el valor real del mismo.

En definitiva, la conexión objetiva y causal del presente recurso con el citado litigio civil entre diferentes partes y que tenía por objeto la relación entre ellas, debe valorarse en los términos señalados anteriormente, pero sin trasladar a una de ellas la multiplicación por dos del coste del Palacio de Exposiciones y Congresos desde la fecha de modificación del contrato, debido al descontrol constructivo del Palacio de Exposiciones y Congresos que se produce entre 2005 y 2011 y que la propia entidad Jovellanos XXI personaliza en la figura de su Arquitecto, D. Vicente .

**OCTAVO** .- Resta por analizar el error aritmético y la omisión de la liquidación que señala el Ayuntamiento de Oviedo, para estimar el primero respecto del cual existe conformidad de la otra parte, ya que para determinar la base del cómputo de los gastos generales y el beneficio industrial, se parte del Presupuesto de Ejecución Material de 46.998.685,37 € y a esta cantidad le añade todos los porcentajes: 2% de Seguridad y Salud, 1,5% de Control de Calidad, 13% de Gastos Generales y 6% de Beneficio Industrial, cuando lo correcto es (al igual que figura en el Documento Final de liquidación de la obra) computar dentro del Presupuesto de Ejecución Material esos conceptos de Seguridad y Salud y Control de Calidad y sobre tal suma aplicar esos porcentajes del 13% y 6%, operación que se reserva para la ejecución.

En cambio procede desestimar la segunda sobre la determinación de los aprovechamientos lucrativos entregados por el Ayuntamiento, por tratarse de una cuestión nueva sobre la que no ha pronunciado la resolución que se revisa. En el presente caso, los términos de la alegación como hipótesis al albur de la problemática planteada, pone de manifiesto que se trata de una nueva cuestión sobre la que no pudo pronunciarse la sentencia de instancia y sobre la que tampoco pudieron proponer ni practicar prueba las demás partes.

**NOVENO** .- Debido a la estimación parcial y la desestimación de los recursos de apelación, confirmando en esencia los razonamientos de la sentencia apelada, salvo en lo concerniente a una de las partidas a descontar



del valor de la obra y el error material en el cálculo de los gastos generales y del beneficio industrial, y que las partes han asumido la doble posición de apelantes y apeladas respectivamente con los efectos económicos que ello comporta a los efectos de su recíproca atribución y cargo, no procede hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Eduardo Portilla Hierro, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Jovellanos XXI, S.L., (en liquidación) y estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Patricia Gota Brey, Procuradora de los Tribunales, y del Excmo. Ayuntamiento de Oviedo, contra la sentencia, de fecha 7 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Oviedo en el Procedimiento Ordinario número 266/2014, resolución que parcialmente se revoca en los términos establecidos en los fundamentos de derecho octavo y noveno de la presente resolución, deduciendo de la cantidad que, según la sentencia apelada, el Ayuntamiento de Oviedo debe abonar a JOVELLANOS XXI, S.L., las de 312.540,93 € y 6.950.926,04 €. Sin expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes.

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

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