



Roj: **STSJ M 6849/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:6849**

Id Cendoj: **28079330032019100364**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/09/2019**

Nº de Recurso: **275/2019**

Nº de Resolución: **526/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL NOVOA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Madrid, núm. 16, 22-01-2019 ,
STSJ M 6849/2019**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010280

NIG: 28.079.00.3-2017/0010204

Recurso de Apelación 275/2019

Ponente: D. Angel Novoa Fernández

Apelante: Empark Aparcamientos y Servicios, S.A.

Representante: D. Iñigo María Muñoz Duran

Apelado: Ayuntamiento de Madrid

Representante: Letrado de la Corporación Municipal

SENTENCIA NÚM. 526

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

Dña. Fátima Arana Azpitarte

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. Angel Novoa Fernández

D. Rafael Estevez Pendas

En Madrid, a 18 de septiembre de 2019.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso de apelación nº 275/2019 interpuesto por EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, a través de su representación legal contra la Sentencia nº 16, de 22 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 de los de Madrid, en el procedimiento ordinario 197/2017. Es parte apelada el Ayuntamiento de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron estos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 18 de septiembre de 2019.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Angel Novoa Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS, a través de su representación legal, interpone el presente recurso de apelación contra la Sentencia nº 16 , de 22 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 de los de Madrid , en el procedimiento ordinario 197/2017 cuyo fallo es del siguiente tenor: "*Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Iñigo María Muñoz Duran en nombre y representación de "EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS S.A" contra la resolución del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de noviembre de 2017 en expediente 2016/02644, por la que se desestima la reclamación de solicitud de reequilibrio económico-financiero del Contrato de explotación de un estacionamiento público para vehículos automóviles mediante el correspondiente proyecto y subsiguiente construcción en la Plaza Mayor y ratifico íntegramente dicha resolución, por considerar que la misma es de conformidad a derecho, con expresa condena en costas.*"

La sentencia recurrida en apelación desestima en lo sustancial el recurso contencioso administrativo, con los siguientes argumentos rectores:

"Ante la alegación de que en el momento de la licitación no se encontraba en vigor y la adjudicataria no abonaba cantidad alguna en concepto de IBI, que fue introducido en 1988 y que dicho Impuesto es de titularidad municipal y de exacción obligatoria, por lo que dentro de las previsiones económicas realizadas no se contemplaba el pago de cantidad alguna por este concepto, apareciendo de forma imprevista a partir de 2002, fecha en que el Ayuntamiento comenzó a girarle los recibos anuales del impuesto, por lo que cuantifica la reclamación en 1.262.513,16 €, como resultado de la totalidad de los recibos correspondientes a los años 2002 a 2017, que habían sido abonados por la actora, habiéndose roto el equilibrio económico-financiero de la concesión, la sentencia apunta y se remite a la sentencia del T.S de 11 de mayo de 2011 "Para resolver la cuestión fundamental relativa a si estas obras han producido un desequilibrio económico en las prestaciones de la concesión, que es lo que constituye el objeto del motivo único del escrito de interposición, ha de partirse de las cláusulas contractuales que regulan el contenido del contrato, a partir de las cuales habrá de extraerse si las modificaciones llevadas a cabo en la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento, respondían a lo pactado en el momento de su perfección, o suponen ampliación de su objeto"

Por esa razón, no podemos sustraernos al examen de los Pliegos y Condiciones Jurídicas, Técnicas y Económicas que forman parte del contrato y que recogen en su artículo 13 <Cargas Fiscales> "La empresa adjudicataria vendrá obligada al pago de todos los impuestos, tasas, arbitrios, gravámenes y exacciones de cualquier clase que correspondan al contrato o a sus bienes o actividades, sin que el Ayuntamiento pueda concederle exención alguna por las de carácter municipal "

SEGUNDO.- Solicita el Ayuntamiento de Madrid, como parte apelada se confirme íntegramente la sentencia apelada y se declare ajustada a derecho la resolución administrativa, alegando, en síntesis, el principio del riesgo y ventura en lo referente al pago de tributos (IBI), al no ser el Ayuntamiento quién haya mermado las previsiones de la concesionaria, ya que el impuesto es aprobado por el Estado, no por el municipio

Añade que la prueba practicada , informe pericial aportado de contrario, este no es suficiente para fundamentar la pretensión de la demandante, pues si tenemos en cuenta que la razón de ser del reequilibrio radica en una ruptura esencial de la economía del contrato apreciada en su conjunto, es decir, comprendiendo todos los aspectos de la actividad, (sean positivos o negativos), se ha de poner de relieve también que la recurrente no ha demostrado que ese concreto coste anual del impuesto, en el conjunto de la explotación de la actividad, haya dado lugar a un desequilibrio sustancial en la economía del contrato, pues no se puede hacer una suma total de lo que ha supuesto ese impuesto desde el año 2002 al 2017, para con ella, y extrapolando el dato, llegar a unos resultados que distorsionan la visión global de la explotación de la concesión a lo largo de la misma, pues lo único que se desprende de tal conclusión es que la recurrente pretende trasladar el pago del impuesto al Ayuntamiento de Madrid, que no es sujeto pasivo del mismo.



La representación procesal de la mercantil solicita la estimación del recurso de apelación, afirmando que concurren en el presente caso dos de las causas que respectivamente "per se" dan lugar al derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión por motivo de la sobrevenida aparición del IBI sobre la misma:

- a) por un lado, se trata de una circunstancia sobrevenida e imprevisible para el concesionario y que hace mucho más onerosa la concesión para el mismo (teoría del riesgo imprevisible) y
- b) por otro, concurre el "*facturn principis*" habida cuenta que se trata de una decisión de la propia Administración en cuyo beneficio redunda y que hace más oneroso el contrato para la concesionaria.

TERCERO. - Como señala la STS de 30 de abril de 1999, el principio de riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (o incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. De lo que se infiere que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejecución.

Ahora bien, el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser objeto de una interpretación tan rigurosa que excluya la responsabilidad de la Administración en otros supuestos, además del de fuerza mayor, como ocurre en el caso en que la conducta de la Administración haya provocado una mayor onerosidad para el contratista, con quiebra del principio de equilibrio financiero. La jurisprudencia viene reconociendo la derogación del principio de riesgo y ventura del contratista en virtud de la aplicación de los principios "rebus sic stantibus", el enriquecimiento injusto y del riesgo imprevisible. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre del 2003 afirma que 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 de lo 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, y la STS de 19 de enero de 1998 dice que cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista, es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes". De la misma forma la STS de 30 de abril del 2001 acude a la figura jurídico doctrinal de la cláusula "rebus sic stantibus" o riesgo imprevisible, para el restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado "hecho del príncipe" o "ius variandi", en el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario, ha de relacionarse con el principio de "riesgo y ventura", ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional, que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa.

Por ello, para que se derogue el principio de riesgo y ventura del contratista y se genere su derecho a ser indemnizado por la Administración, se requiere que el concesionario acredite no solo que la Administración ha modificado el contrato en su perjuicio o que ha existido un evento extraordinario e imprevisible posterior a la licitación sino también que dicha modificación o evento ha roto el equilibrio económico financiero de la concesión poniendo en peligro la continuidad del servicio, puesto que una cosa es mitigar dicho desequilibrio y otra distinta desplazar a la Administración el riesgo económico que es consustancial a la explotación del servicio. No se trata, en definitiva, ni de una garantía de beneficio para el concesionario ni de un seguro que cubra las posibles pérdidas económicas por parte de aquél, sino de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas, por lo que es necesario en cada caso concreto acreditar que el



desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura insita en toda contratación .

CUARTO.- En primer término, los *Pliegos y Condiciones Jurídicas, Técnicas y Económicas que forman parte del contrato y que recogen en su artículo 13 <Cargas Fiscales> "La empresa adjudicataria vendrá obligada al pago de todos los impuestos, tasas, arbitrios, gravámenes y exacciones de cualquier clase que correspondan al contrato o a sus bienes o actividades, sin que el Ayuntamiento pueda concederle exención alguna por las de carácter municipal "*

No es necesario recordar que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT), que las leyes sobre la contratación administrativa imponen en los contratos administrativos constituyen en sentido metafórico, de acuerdo a reiteradísima jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la " ley del contrato " lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

QUINTO. Esta misma Sala y Sección se ha pronunciado entre otras, de 28 de junio del año 2018, Recurso Apelación 391/2018, ha dado cumplida respuesta a estas cuestiones, por lo que razones de seguridad jurídica e unidad de doctrina llevan a mantener sus argumentos :

" Sobre una situación similar a la planteada, en lo referente al IVA, si bien puede entenderse, asimismo, respecto al IBI y la tasa de basura, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala 3ª, sección 7ª, en sentencia de 16 de diciembre de 2013 (recurso de casación 2882/2012), en un supuesto en que , como consecuencia a la respuesta dada a una consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, que expresó que determinados servicios objeto de la concesión debían tributar por el tipo reducido en vez del tipo general del IVA, la Administración entendió que se había producido una ruptura del equilibrio de los supuestos económicos que presidieron la perfección del contrato , teniendo el deber jurídico de reponer el equilibrio en su beneficio, ya que la no adopción de medida alguna suponía un desequilibrio sobre el precio global del contrato (resolución administrativa que fue confirmada por este Tribunal en sentencia de 4 de mayo de 2012 que consideró que la alteración del IVA sí debía comportar la modificación del precio global). Pues bien, dicha sentencia fue revocada por la sentencia citada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El Alto Tribunal en la sentencia mencionada llega a la conclusión de que la retribución pactada en un contrato de concesión entre la Administración pública contratante y el contratista no puede modificarse, ni al alza ni a la baja, como consecuencia de las fluctuaciones del tipo de gravamen propio del IVA. No es necesario restablecer el equilibrio económico del contrato, pues este no se ha roto, desde el momento en que la Administración no queda obligada a pagar más de aquello a lo que se había comprometido, incluido el IVA. En dicha resolución judicial se dice que" En torno al precio de los contratos administrativos, el artículo 14 del TRLCAP dispone que "los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria octava, y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido". En definitiva, establece el principio general de precio cierto en la contratación administrativa, en línea con las normas y principios generales de nuestro Derecho de contratos (así artículos 1.445, 1.543 y 1.544 del Código Civil) . de forma que el precio se pagará de acuerdo con lo estipulado en el contrato..... En definitiva, el artículo 14 del TRLCAP establece que el precio del contrato administrativo se abonará de acuerdo con lo convenido entre las partes, esto es, según lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que constituyen, como hemos visto, la ley del contrato. De forma que este mismo artículo 14 TRLCAP prohíbe, radicalmente, que la Administración pública contratante se aparte de lo estipulado a la hora de abonar el precio.

Por otra parte, como recuerda la recurrente, hay que tener en cuenta que la oferta del contratista, que es aceptada por parte de la Administración pública contratante por medio de la adjudicación del contrato administrativo - adjudicación que, bajo el TRLCAP, producía el efecto esencial de perfeccionar el negocio jurídico contractual- se incorpora al contenido del contrato y vincula, igualmente, a las partes contratantes, con cita de la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1990 .

Por otra parte el propio TRLCAP impone que en el precio del contrato ha de figurar el IVA como concepto indiferenciado, subsumido en el precio a todos los efectos.

El artículo 77 dispone en este sentido que "siempre que en el texto de esta Ley se haga alusión al importe o cuantía de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario".

Deduca de ello el recurrente, y así lo entiende esta Sala, que por aplicación de los artículos 14 y 77 del TRLCAP, la Administración se obliga a abonar al contratista el precio pactado, que incluirá el IVA como un elemento más integrante del importe de este precio con independencia del tipo impositivo aplicable, tipo que puede variar entre



el momento de determinación del precio y el momento de abono del mismo por muy diversos factores (errores en la estimación del tipo, cambios normativos sobrevenidos que supongan una alteración del tipo etc). Así sostiene el recurrente que de acuerdo con el TRLCAP el riesgo y ventura asociado a la modificación del tipo impositivo del IVA corresponde al contratista, ya que la Administración Pública ha de pagarle simplemente el precio pactado, que en la medida que incluye el IVA a todos los efectos, no está sujeto a variaciones como consecuencia de la evolución del tipo de gravamen de este impuesto. Esta Sala comparte este criterio, acorde con lo dispuesto en el contrato administrativo, en el que las partes reconocen y aceptan que el pliego de condiciones del concurso público convocado refiere que las cantidades correspondientes al IVA deben estar incluidas en el precio de las ofertas. La norma reguladora del IVA que se refieren al precio de los contratos administrativos confirman que el precio del contrato administrativo incluye el IVA a todos los efectos, de forma que la retribución pactada entre la Administración Pública contratante y el contratista no puede modificarse, ni al alza ni a la baja, como consecuencia de las fluctuaciones del tipo de gravamen propio de este tributo. El artículo 88 uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre , que regula el Impuesto sobre el Valor Añadido dispone que: " En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido ". Como sostiene la recurrente, si el precio del contrato no se puede incrementar con el IVA, tampoco se podrá reducir. En este sentido ha de interpretarse el artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido aprobado por Real Decreto 1.624/19925, de 29 de diciembre. Dice literalmente este precepto que: "En relación con lo dispuesto en el artículo 88, apartado uno, de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido , los pliegos de condiciones particulares previstos en la contratación administrativa contendrán la prevención expresa de que a todos los efectos se entenderá que las ofertas de los empresarios comprenden no sólo el precio de la contrata, sino también el importe del Impuesto ". Concluye que no es necesario restablecer el equilibrio económico del contrato, pues este no se ha roto, desde el momento en que la Administración no queda obligada a pagar más de aquello a lo que se había comprometido, incluido el IVA."

Este Tribunal ha resuelto y en dicho sentido en todos los supuestos en que se ha planteado dicha cuestión, entre otras, en S. nº 333 de 6 de octubre de 2016, dictada en el recurso de apelación 43/2016 .

Lo mismo cabe predicar respecto de la tasa de basuras o del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

A ello debe añadirse que dichos incrementos en modo alguno pueden considerarse inesperados e imprevisibles, sino que es perfectamente previsible que las tasas e impuestos puedan experimentar significativas variaciones tanto al alza como a la baja durante el amplio periodo de ejecución del contrato (40 años) y que se trata de disposiciones generales que afectan a todos los ciudadanos y que se imponen como cargas públicas, por lo que no existe una conexión directa e inmediata con el perjuicio que puede sufrir el contratista.

Por tanto, su aplicación ni implican una modificación del contrato efectuada por el órgano contratante, ni se dan las circunstancias del carácter imprevisible del riesgo y de alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato para la aplicación de la doctrina del daño imprevisible.

SEXTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998, procede la imposición de las costas procesales a la parte apelante por la total desestimación de su recurso, si bien como permite el apartado cuarto del mismo precepto (disposición final tercera.5 de la Ley Orgánica 7/2.015, de 21 de Julio, sobre modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se limita su cuantía a la suma de 1.000 € (más I.V.A).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo de "EMPARK APARCAMIENTOS Y SERVICIOS" y confirmamos la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas procesales a la parte apelante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.



Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85- 0138-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0138-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ