



Roj: **STSJ PV 2237/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:2237**

Id Cendoj: **48020330012016100270**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2016**

Nº de Recurso: **465/2014**

Nº de Resolución: **279/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2237/2016,**
STS 4875/2017,
AATS 8298/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 465/2014
ORDINARIO
SENTENCIA NUMERO 279/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

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

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 465/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 24-06-2014 de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 1-04-2014 dictada en el expediente instado por la recurrente para declaración de caducidad de la concesión de instalación y explotación de dos ascensores A Begoña.

Son partes en dicho recurso:

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

- **DEMANDADA** : La ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de julio de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU actuando en nombre y representación de ASCENSORES A BEGOÑA, SA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 24-06-2014 de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 1-04- 2014 dictada en el expediente instado por la recurrente para declaración de caducidad de la concesión de instalación y explotación de dos ascensores a Begoña; quedando registrado dicho recurso con el número 465/2014.

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

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

CUARTO.- Por Decreto de 5 de mayo de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

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

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

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

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Resolución de 24-06-2014 de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 1-04-2014 dictada en el expediente instado por la recurrente para declaración de caducidad de la concesión de instalación y explotación de dos ascensores a Begoña.

La solicitud de caducidad de la concesión que había sido otorgada por Resolución de 30-12-1943, presentada por Ascensores a Begoña S.A. el 9-08-2013, se sustentó en la imposibilidad de mantener la explotación del servicio a causa de la acumulación de pérdidas provocada por la inadecuación de las tarifas aprobadas por el Gobierno Vasco a los costes de la concesión, y de afrontar los costes de la reparación requerida por SURBISA.

La resolución recurrida desestimó la mencionada solicitud de la concesionaria porque las tarifas correspondientes a la concesión se han revisado periódicamente de conformidad con la petición de la concesionaria, salvo la del año 2010, y conforme a las cláusulas del contrato, de suerte que no se ha producido ninguna actuación imputable a la Administración que haya privado de objeto a la concesión o impedido el mantenimiento de la explotación del servicio.

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo se sustenta en los motivos siguientes:

1º.- El procedimiento para la extinción de la concesión se rige por la legislación de contratos (RDL3/2011 de 14 de noviembre; Reglamento de la Ley de contratos) vigente a la fecha de incoación de ese procedimiento, pero sus efectos y extinción deben acomodarse a la norma vigente a la fecha de adjudicación del contrato, o sea, la Ley general de obras públicas de 13-04-1877, el Reglamento de 6-07-1877 y las condiciones de la concesión otorgada el 30-12-1943.

2º.- La concesión otorgada a la recurrente corresponde al tipo de las no subvencionadas y sin ocupación del dominio público (capítulo VI de la LGOP de 1877) que a diferencia de las subvencionadas con fondos públicos o que requieran la ocupación de dominio público, la interrupción del servicio por culpa de la empresa (iniciativa privada no es causa de caducidad de la concesión (v.g. art. 87 de la Ley de 1877) a salvo las previstas en el pliego de la concesión, que en lo que hace al caso no fija plazo de duración de la concesión.

3º.- La caducidad de la concesión por imposibilidad de mantener la explotación del servicio, causada por las condiciones económicas (tarifas) impuestas por la Administración es compatible con el régimen normativo que rige la concesión otorgada a la recurrente.

4º.- Las resoluciones recurridas aplican el principio de riesgo y ventura (del concesionario) sin atender a sus límites, marcados por el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, alterado por la



falta de adecuación de las tarifas a los costes reales de la explotación, incluidos los de reparación de las instalaciones.

5º.- La desatención de las peticiones reiteradas (1999-2010) de la concesionaria: fijación libre de la tarifa; adecuación de la tarifa al coste de la explotación; compensación de la diferencia entre ese coste y el precio a cargo del concesionario mediante subvención.

6º.- Las pérdidas acumuladas por la concesionaria en los ejercicios 2009-2013. La insostenibilidad de la concesión; quiebra del equilibrio económico; relación causal entre esos resultados y el incumplimiento de la LOTT respecto a las tarifas.

TERCERO.- La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha opuesto a la estimación del recurso contencioso por los motivos siguientes:

1. Litispendencia: procedimiento ordinario 760/2013 contra la Orden de 1-10-2013 que fijó nuevas tarifas. Relación entre la tarifa (suficiencia o adecuación a los costes de la explotación) y el equilibrio económico del contrato.

2. Resolución de 18-11-2014 de caducidad de la concesión por incumplimiento (suspensión de la prestación del servicio) imputable al contratista; pendiente del Recurso 719/2014.

3. Régimen jurídico de la concesión: fundamento 3º de la sentencia nº 531/2012; Recurso 1155/2010 .

4. La adecuación de las tarifas a las propuestas (de incremento) de la concesionaria, desde 1999 y hasta 2010.

5. El alcance de la sentencia de 5-10-2012 (Rec. 1155/2010). Defectuosa motivación de la conformidad de las tarifas con los fines previstos por el artículo 19.1 de la LOTT.

CUARTO.- La demandada sostiene que la sentencia que se dicte en el procedimiento ordinario 760/2013 de esta Sala prejuzga la que haya de dictarse en el presente, toda vez que hay conexión entre la cuestión controvertida en el primero, a saber, la validez de la Orden tarifaria de 1-10-2013 y las cuestiones controvertidas en este procedimiento, en particular, la conformidad de las tarifas aprobadas por la Administración demandada con los costes de la explotación y los efectos de los desajustes alegados por la recurrente en el equilibrio económico-financiero de la concesión.

No es así. La solicitud de caducidad de la concesión por la pérdida sobrevinida de su equilibrio económico-financiero se sustenta en la evolución de la relación costes/beneficios de la explotación que sobrepasa, temporal y materialmente, el hito marcado primeramente por la Orden de 7 de Julio de 2010 (tarifa de esa anualidad) que fue anulada por la sentencia 531/2012 de 5 de octubre (Rec. 1155/2010) y luego por la Orden de 1 de Octubre de 2013, dictada a resultas de la precitada sentencia y que es objeto del procedimiento ordinario 760/2013, pendiente a la fecha de esta sentencia del recurso de casación preparado por la recurrente contra la sentencia de la Sala nº 274/2015 de 27 de mayo .

Hay, así, una conexión muy limitada entre el objeto del procedimiento 760/2013 y la causa de pedir en este procedimiento; y no una identidad o conexión directa entre sus respectivos objetos, de suerte que la declaración de nulidad o validez de la Orden tarifaria de 1-10-2012 no predetermina el resultado del presente como un antecedente lógico e inexcusable (artículos 43 y 222-4 de la LEC) y por esa razón el auto dictado el 18-02-2015 acordó que prosiguiera la tramitación del procedimiento, no obstante la señalada pendencia (folios 308 y 309 del procedimiento).

El examen de los elementos que conforman la petición de caducidad de la concesión desestimada por el acuerdo recurrido, y que conciernen a una situación estructural (evolución de las cuentas de la explotación en el período 2009-2013) que excede del período a que se extiende la Orden de 1-10-2013 (publicada en el BOPV de 21-10-2013 y posterior a la mencionada solicitud de la concesionaria) nos darán la verdadera medida de la diferencia entre los presupuestos de esa resolución y los que cimientan las pretensiones de la recurrente en este proceso.

Las pérdidas económicas alegadas y acreditadas por la recurrente responden, en efecto, a causas que hunden sus raíces en desequilibrios anteriores a los relacionados, en su caso, con la Orden de 1-10-2013 y, por lo tanto, la suerte de la pretensión de la concesionaria no puede depender principal o exclusivamente del resultado del recurso interpuesto contra aquella resolución.

Habrà que ver en qué medida las pérdidas que arrastra la concesionaria desde el año 2009 (y que según los cálculos expuestos por la recurrente en el escrito de conclusiones también se producirían en el primer trimestre de 2014, aplicada la tarifa aprobada por la Orden de 1-10-2013) además de afectar a la base económica de la explotación, guardan relación con las medidas de restablecimiento del equilibrio del contrato exigibles, en su caso, a la Administración demandada.



QUINTO.- La concesión para la construcción y explotación de los ascensores a Begoña había sido otorgada por Resolución de 30-12-1943 de la Jefatura de Bizkaia del Ministerio de Obras Públicas y fue publicada en el Boletín Oficial de ese Territorio de 19-01-1944.

La Resolución del Director de Servicios del Gobierno Vasco de 8-11-2013 que acordó la tramitación del expediente de caducidad de la concesión, instado por la recurrente, en el fundamento de Derecho 1º sostuvo: " De todo ello se concluye que para la interpretación y efectos del contrato se debe acudir en primer lugar a lo señalado en el pliego concesional y en segundo lugar a la normativa en vigor al momento de la adjudicación del contrato, esto es, la Ley de Obras Públicas de 1877 ". En cambio, la misma Resolución en el fundamento 2º dice

"¿,el expediente de resolución del contrato se tramitará siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001 que aprobó el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. La causa prevista para incoar la resolución de la concesión se podría establecer en la letra d) del artículo 286 del TRLCSP frente a las causas de resoluciones generales de la Ley del artículo 223.

Conforme a dicho artículo la causa que fundamentaría la resolución del contrato es "la imposibilidad de la explotación de la gestión de servicios públicos como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato" iniciada a instancia del concesionario.

Si bien el concesionario acude al artículo 40 del Decreto 673/1966 de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/1964 de 29 de abril, reguladora de los teleféricos, para iniciar el procedimiento de caducidad, procede seguir el nuevo procedimiento previsto en el TRLCSP con un mayor fin garantista, si bien el régimen jurídico y efectos serán los previstos en la Ley 4/1964 de 29 de abril, reguladora de los teleféricos ".

La fundamentación que se acaba de transcribir si bien, primeramente, apunta a la norma vigente en la fecha de otorgamiento de la concesión (Ley de obras públicas de 1877) respecto a la interpretación y efectos del contrato, luego señala como norma de aplicación a los mismos efectos la Ley 4/1964 de teleféricos.

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

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

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

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

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

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

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



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

En conclusión, ha de atenderse a ese régimen jurídico, de acuerdo a la rigurosa exposición normativa y doctrinal que ha hecho la recurrente, para dilucidar la concurrencia de la causa de caducidad de la concesión alegada por el concesionario frente a la de extinción de ese título por causas imputables a aquel, opuesta por la Administración demandada, y sobre cuya validez se ha pronunciado esta Sala en el procedimiento ordinario 719/2014, en que la votación y fallo se ha producido en la misma fecha que en el presente y con la necesaria unidad de criterio o de armonización de sus respectivas soluciones.

SEXTO.- La recurrente había solicitado mediante escrito registrado por la demandada con fecha 9-08-2013 la caducidad de la concesión porque las tarifas aprobadas por la Administración de la CAPV no cubrían los costes de la explotación, incluidos los de reparación de las instalaciones, y porque las pérdidas producidas en los últimos ejercicios (de hasta 164.052,03 euros en 2013) eran incompatibles con el mantenimiento (folio 223 y siguientes del expediente).

En el trámite de alegaciones a los informes de 5-12-2013 y 13-01-2014 de la Dirección de Planificación del Transporte y de 28-01-2014 la recurrente reiteró sus alegaciones sobre la incidencia de las tarifas en los resultados negativos de la explotación (folios 64 a 68).

La resolución de 1-04-2014 del Director de Servicios desestimó la antedicha solicitud, en congruencia con el informe de 10-03-2014 (folios 51 a 53) porque las tarifas del servicio de ascensores se habían fijado de conformidad con la propuesta de la concesionaria, y fueron consentidas por esta; y, además, porque no concurría el supuesto de imposibilidad de explotación del servicio.

El recurso de alzada interpuesto contra la anterior resolución se fundó en los mismos motivos (económicos) que la petición inicial de caducidad de la concesión, además de la alegación sobre el régimen normativo de aplicación a los efectos. Y la resolución desestimatoria de ese recurso se atuvo a la misma causa de pedir.

Por lo tanto, las alegaciones de la recurrente sobre el plazo de la concesión (sin sujeción a un período mínimo) al socaire del régimen de la obra pública de iniciativa privada, no subvencionada (Capítulo VI de la Ley de obras públicas de 1877) que coinciden con las que hizo esa parte al informe de 28-01-2014 de la Dirección de Patrimonio y Contratación (folios 69 a 71 del expediente) no alteran el fundamento o razón "económico-contractual" de la solicitud de caducidad, sino que completan el marco jurídico (Ley de obras pública de 1877 vs. TRLCSP) en que ha de ventilarse la concurrencia de esa causa frente a la de incumplimiento contractual imputado por la Administración a la concesionaria.

SÉPTIMO.- El artículo 60 de la Ley general de obras públicas de 1877 dispone: "Se fijará por regla general entre las cláusulas de toda concesión: 4º) Los casos de caducidad y las consecuencias de esta caducidad".

La cláusula 19ª del pliego de condiciones de la concesión otorgada el 30-12-1943 (B.O. de la Provincia de Vizcaya nº 8 de 19-01-1944) dice: "La falta de cumplimiento de cualquiera de cualquiera de las condiciones impuestas o que de ellas se deriven, a juicio de la Jefatura de Obras Públicas de Vizcaya, bien por sí o a propuesta del Ayuntamiento de Bilbao llevará consigo la caducidad de la concesión, procediéndose en este caso conforme determinen las disposiciones vigentes en la materia".

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

Además, aunque no se hubiere previsto expresamente la caducidad o extinción de la concesión de obras públicas, en cualquiera de sus modalidades, por la pérdida sobrevenida del equilibrio económico-financiero de la concesión, esa cláusula (rebus sic stantibus) debe entenderse implícita en la contratación, en general, en cuanto que la voluntad de las partes se haya conformado sobre la base del negocio, de suerte que el perjudicado no pueda seguir cumpliendo sus obligaciones sin soportar injustificadamente el daño patrimonial causado por aquella alteración.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

En definitiva, la interrupción del servicio no puede enervar los efectos de la solicitud de caducidad presentada por el contratista, había cuenta del fundamento de esa petición.

UNDÉCIMO.- Las costas del procedimiento se imponen a la demandada, pero reduciendo su importe a la mitad de las causadas a la recurrente, dadas las dudas que ha suscitado la determinación del régimen jurídico de la concesión en punto a sus efectos y extinción y el encaje de la causa de caducidad alegada por el recurrente en la normativa considerada de aplicación al caso, amén de la confrontación de esa causa extintiva de la concesión con la opuesta por la demandada (artículo 139-1 y 3 de la Ley Jurisdiccional).

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo presentado por ASCENSORES A BEGOÑA, SA contra la Resolución de 24-06-2014 de la Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 1-04-2014 dictada en el expediente instado por la recurrente para declaración de caducidad de la concesión de instalación y explotación de dos ascensores a Begonia, debemos anular los actos recurridos, y declaramos caducada la mencionada concesión a instancia de la recurrente, por imposibilidad sobrevenida de mantener la explotación del servicio, y con las otras consecuencias legales derivadas de esa declaración; e imponemos a la demandada las costas del procedimiento en importe equivalente a la mitad de las causadas a la contraria.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS** , contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0465 14, de un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 22 de junio de 2016.