



Roj: STSJ GAL 6241/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:6241
Id Cendoj: 15030330022016100437

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Coruña (A)

Sección: 2

Nº de Recurso: 4223/2016

Nº de Resolución: 497/2016

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: DIANA SANTIAGO IGLESIAS

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00497/2016

RECURSO DE APELACIÓN N.º 4223/2016

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. JOSE ANTONIO MÉNDEZ BARRERA-PTE.

D. JOSE MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

D.ª DIANA SANTIAGO IGLESIAS

A Coruña, veintiocho de julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación que, con el número **4223/2016**, pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la entidad Construcciones Adolfo Sobrino S.A., representada por el Procurador D. Gonzalo Lousa Gayoso y bajo la dirección del letrado D. Ignacio Zurdo Garay-Gordóvil, contra la sentencia n.º 38/2016, dictada con fecha de 7 de marzo de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 3 de A Coruña, en autos de PO n.º 179/2015. Es parte apelada, el Ayuntamiento de A Coruña, representado y dirigido por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de A Coruña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de A Coruña se dictó Sentencia n.º 38/2016, de 7 de marzo de 2016, en procedimiento ordinario n.º 179/2015 con la siguiente parte dispositiva: "*desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de la sociedad mercantil «Construcciones Adolfo Sorbino, S.A.» contra la resolución presunta desestimatoria de la solicitud formulada a la alcaldía del Ayuntamiento de A Coruña, tendente a la resolución del contrato de explotación de un aparcamiento público. Le impongo a la parte actora el pago de las costas de la adversa, hasta un máximo de 700,00 euros*".

SEGUNDO: Por la representación de Construcciones Adolfo Sobrino S.A., se interpuso recurso de apelación contra la citada resolución judicial, en el que se solicitó que se "*estime el presente Recurso de Apelación anulando el contenido íntegro del Fallo de la Sentencia número 38/2016, de 7 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de La Coruña y, al revocar dicha sentencia aquí impugnada, resuelva al mismo tiempo sobre el fondo del asunto accediendo a lo solicitado en el SUPPLICO de la demanda presentada en su momento ante la primera instancia*".

TERCERO: El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición el Ayuntamiento de A Coruña, que interesa que se dicte " *sentencia confirmando la ahora apelada* ".

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron Construcciones Adolfo Sobrino S.A., representada por el Procurador D. Gonzalo Lousa Gayoso y bajo la dirección del letrado D. Ignacio Zurdo Garay-Gordóvil y el Ayuntamiento de A Coruña, representado y dirigido por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de A Coruña, mediante providencia de fecha 29 de junio de 2016 se señaló# para votación y fallo el 13 de julio de 2016.

QUINTO : En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se aceptan los fundamentos de la Sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO: Con el fin de centrar adecuadamente la cuestio#n debatida debemos destacar los siguientes hechos y argumentos.

Tal y como se indica en la sentencia de instancia, el 14.07.95 el Ayuntamiento de A Coruña adjudica a Construcciones Adolfo Sobrino S.A. el contrato de construcción y explotación de un estacionamiento de vehículos en la calle Camelias, por un plazo de 50 años. Ejecutada la obra, el 01.12.14 tiene entrada en el registro municipal la solicitud de la concesionaria de resolución del contrato por haber surgido circunstancias sobrevenidas que impiden su debida ejecución, sin que se reciba respuesta.

Por la representación de Construcciones Adolfo Sobrino S.A., se interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de resolución por imposibilidad de cumplimiento del contrato de concesión del aparcamiento subterráneo de la calle Camelias del Ayuntamiento de A Coruña. Mediante dicho recurso se suplicó al Juzgado que dictase sentencia en la que se declarase:

" 1) *La resolución del contrato de concesión suscrito entre Construcciones Adolfo Sobrino, S.A., y el Ayuntamiento de La Coruña por concurrir la causa de resolución consistente en la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

2) *La condena al Ayuntamiento de La Coruña al pago de la cantidad correspondiente al valor del aparcamiento construido a la fecha de la resolución conforme al valor declarado de 392.599,76 euros conforme al informe de auditoría o pericial que se elabore para fijar dicha cantidad indemnizatoria.*

3) *Se ordene la condena en costas a la Corporación municipal demandada "*.

El recurrente basa su solicitud de resolución contractual, esencialmente, en la ruptura del equilibrio concesional derivada de la concurrencia de los presupuestos del *factum principis* , dado que el Ayuntamiento habría incrementado el número de plazas de aparcamiento gratuitas en la superficie del aparcamiento subterráneo. Por su parte, el Ayuntamiento de A Coruña niega la causa de resolución invocada por entender que no ha existido " *acto administrativo nuevo que haya afectado al desarrollo de la concesión* ".

Tal y como se ha adelantado, en la sentencia de instancia se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de la sociedad mercantil Construcciones Adolfo Sorbino, S.A. por entender: de un lado, que la demandada " *confunde una causa de resolución del contrato de gestión de un servicio público, como lo es la contemplada en el repetido artículo 168 d) de la LCAP , con una causa de revisión del precio, a consecuencia de modificaciones contractuales realizadas por la entidad local contratante, que han supuesto la ruptura del equilibrio económico-financiero* " y, de otro lado, que " *en este caso no se produjo ni un «ius variandi» ni un «factum principis», ya que el contrato nada preveía sobre las actuaciones que la entidad local desarrollaría en la superficie exterior al aparcamiento subterráneo, de modo que el uso más o menos intenso de esa cubierta era ajeno a la relación contractual y formaba parte del propio «riesgo de explotación» que se hacía más sensible si se tiene en cuenta que, a lo largo del extenso período de concesión (50 años), no es extraño que se produzcan incidencias en el tráfico viario, que no es constante y seguro, sino incierto, por lo que era posible que se produjera una notable variación en la entrada de vehículos al aparcamiento subterráneo objeto de la concesión - ya al alza o a la baja -, en cuyo caso sería posible la revisión extraordinaria del canon (por cierto, al parecer nunca abonado), pero tales circunstancias en modo alguno suponen que se hayan originado por un poder general de «imperium» que haya supuesto un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato pactado, que haya respondido a una inequívoca relación*

de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y las condiciones pactadas, de lo que se derivara la posibilidad de resolver el contrato, que es lo que se razona y pretende en la demanda".

TERCERO: En el recurso de apelación, Construcciones Adolfo Sobrino, S.A. niega haber alegado en la demanda el que se estuviese ante una causa de modificación contractual realizada por la entidad local contratante. En su opinión, tras cuestionar las distintas afirmaciones realizadas en la sentencia, sostiene que en este caso estaríamos ante una causa de resolución contractual, por concurrir una circunstancia ajena a la relación contractual entre las partes: un " *acto unilateral decidido y ejecutado por el Ayuntamiento de La Coruña y que incide de forma indiscutible en la relación contractual nacida en su momento al adjudicarse la explotación del aparcamiento subterráneo a la entidad ahora recurrente en apelación*".

Asimismo, sentado lo anterior, añade que concurrirían todos los requisitos indicados en la sentencia apelada para apreciar el *factum principis* y para que éste operase como causa de resolución.

El Ayuntamiento de A Coruña se opone, sosteniendo, en resumen: en primer lugar, que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera punto uno del contrato, en el aparcamiento se podrán reservar plazas para cesión permanente a residentes durante la vigencia de la concesión y plazas para uso público indiscriminado; en segundo lugar, se niega que en el proyecto de ejecución presentado por el concesionario existan 26 plazas de estacionamiento; en tercer lugar, entiende que no se ha producido un *factum principis* puesto que en el contrato no se preveía nada sobre las actuaciones a desarrollar en el exterior del aparcamiento por el ente local, de modo que el uso en dicha superficie sería ajeno a la relación contractual y formaría parte del "riesgo de explotación", en cuyo caso sería posible la revisión extraordinaria del canon, pero no implicaría que, en virtud de un poder general de *imperium*, se hubiesen cambiado las condiciones externas de la ejecución del contrato pactado del que se derivase la posibilidad de resolver el contrato; en cuarto lugar, en relación con la causa de resolución invocada (art. 196 d) del TRLCAP, imposibilidad de la explotación como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato), señala desconocer los acuerdos posteriores a la formalización del contrato que han ocasionado los perjuicios indicado por el apelante; en quinto lugar, dice desconocer el origen del plano aportado por la parte apelante por no encontrarse en su proyecto de ejecución ni visado y en cuanto al número de plazas en superficie señala que no existe documento alguno que las determine numéricamente; por último, indica que resulta llamativo que la reclamación de desequilibrio tenga lugar en 2014 frente a un hecho producido al inicio de la concesión (1995).

CUARTO: En la figura del *factum principis* se pueden identificar dos elementos: por una parte, una actuación procedente de la propia Administración concedente - medida imperativa y de obligado acatamiento, caracterizada, además, por su generalidad e imprevisibilidad - y, por otra, una evidente incidencia de dicha actuación en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario - es decir, ha de existir una relación de causalidad entre ambos -.

Tal y como ha señalado el Consejo de Estado, (entre otros, vid. el Dictamen 1598/2002), " *son requisitos para que proceda indemnizar la lesión causada al contratista mediante factum principis que el uso de las potestades públicas de imperium resulte imprevisible y extraordinario teniendo en cuenta las circunstancias del contrato (pues, como se dijo en el dictamen número 54.700 del Consejo de Estado, "no puede confundirse el riesgo o alea que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal"), que se haya producido al contratista un daño cierto y especial (dictamen del Consejo de Estado número 54.700, relativo a la concesión de la autopista Villalba- Villacastín-Adanero) y que no existan otros mecanismos que permitan resarcir ese daño en el seno de la relación contractual existente (por ejemplo, mediante la revisión de precios afectados por el acto de imperio). No cabe invocar el factum principis cuando la actuación de los poderes públicos está expresamente prevista en el contrato, y sus consecuencias determinadas en él*".

Aunque, *a priori*, el presente supuesto podría encajar dentro de la figura del *factum principis*, resulta cuestionable el hecho de que nos encontremos ante el uso de potestades públicas de *imperium* que resulte imprevisible y extraordinario ya que, habiendo existido desde el inicio de la concesión plazas de aparcamiento en la superficie del aparcamiento subterráneo - en relación con esta cuestión hay que señalar, además, que no ha quedado acreditado el incremento de plazas indicado por la parte apelante - no parece que pueda calificarse la actuación de la Administración como anormal y razonablemente inesperada, en el sentido que ha venido exigiendo la jurisprudencia (vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014; n.º de recurso 486/2011).

En este punto, hay que señalar que, a pesar de que el *factum principis* suele canalizarse a través del cauce de la revisión de precios, es también una de sus manifestaciones el supuesto recogido en el artículo

168 d) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), donde se configura como una causa de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos: " *la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato* ".

Sin embargo, la aplicación de esta causa de resolución contractual debe interpretarse restrictivamente, de manera que debe quedar reducida a aquellos casos en que las medidas adoptadas por la Administración determinen la imposibilidad total de explotar el servicio y no que simplemente introduzcan dificultades en dicha tarea. En consecuencia, en el presente supuesto, aún si se entendiese que concurren los requisitos del *factum principis* , no podría invocarse esta causa de resolución contractual.

Cuestión distinta es que se haya podido producir una ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión como consecuencia de un eventual incremento en el número de plazas disponibles en superficie que, en su caso, podría ser reestablecido, empleando alguno de los mecanismos permitidos por el Ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, la revisión del canon concesional, si bien es esta una cuestión ajena a la resolución contractual pretendida por la parte apelante.

QUINTO : Al apreciarse dudas de hecho y de derecho en las cuestiones litigiosas no procede no hacer imposición de las costas de primera instancia, lo que supone una estimación parcial del recurso de apelación, por lo que tampoco procede imponer las de segunda instancia, además de que no son compartidos totalmente los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada (artículo 139.1 y 2 de la Ley jurisdiccional).

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que **ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por Construcciones Adolfo Sobrino S.A. contra la sentencia n.º 38/2016, dictada con fecha de 7 de marzo de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 3 de A Coruña , en autos de PO n.º 179/2015, exclusivamente en lo que se refiere a las costas procesales, de las que no se hace imposición en ninguna de las instancias, desestimándolo en todo lo demás.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley .

Firme que sea la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Sra. Magistrada Ponente D.ª DIANA SANTIAGO IGLESIAS al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.