

SENTENCIA nº 00156/2014

En Oviedo, a 18 de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por el **Ilmo. Sr. D. Jorge Fernández Punset**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo, los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por **Procedimiento Ordinario nº 240/13**, sobre **Contratación Administrativa**, instados por la procuradora D^a C G E en nombre y representación de la mercantil “**Complejo Intergeneracional Ciudad de Oviedo, S.A**”, asistida del letrado D. M T C.

Es demandado el **Ayuntamiento de Oviedo**, representado por el procurador D. I M B F y asistido de la letrada D^a R M^a S.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30.9.2013 por la representación procesal de la parte actora se presentó recurso contencioso-administrativo en el Juzgado Decano de esta ciudad, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto al nº 5 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Oviedo.

Se dirigió contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 24 de julio de 2013.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda y contestada la misma, se recibió el pleito a prueba, practicándose la declarada pertinente con el resultado obrante en los autos. Ambas partes presentaron conclusiones escritas en el plazo concedido a tal efecto, tras lo cual se declararon los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales salvo los plazos procesales por concurrir con procedimientos preferentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 24 de julio de 2013, por el que se resolvió:

“Primero.- Rechazar la propuesta de modificación de la concesión, en relación con las actividades educativas centro de formación profesional con siete ciclos de formación de grado medio y superior, escuela infantil Ovida Kids, escuela de idiomas y cursos homologados a empresas y desempleados, por ser contrarias al ordenamiento jurídico, al suponer una alteración sustancial de elementos esenciales del contrato, en particular a su objeto y la vulneración de los principios de publicidad y libre concurrencia que rigen la contratación pública.

Segundo.- Aprobar la modificación del régimen de uso de una parte de los apartamentos de mayores y estudiantes, para su uso como apartotel, condicionando la aprobación, por un lado, a que la modificación se limite a los apartamentos que no cuenten con ocupación para su fin específico inicial y mientras esta circunstancia se mantenga y, por otro lado, a que el uso esté orientado a personas con discapacidad.

Tercero.- Autorizar la realización de cursos de natación para bebés, campamentos urbanos y actividades multidisciplinares (natación para adultos, GAP, yoga etc), condicionando la autorización a que los cursos sean impartidos a los colectivos (ancianos y personas con discapacidad o algún grado de dependencia) a los que se refiere el objeto del contrato, quedando excluida cualquier autorización de prestación pública general, por resultar ésta contraria al ordenamiento jurídico.

Cuarto.- Iniciar expediente de responsabilidades contractuales por presunta comisión de infracción grave imputable a la empresa concesionaria, en relación con la realización de actividades ajenas a la concesión, no autorizadas por el Ayuntamiento (ciclos de formación, Ovida Kids, idiomas, estimulación acuática para bebés, formación multidisciplinar, etc), sin que, por la trascendencia de la infracción y por las circunstancias concurrentes, dichas infracción sea considerada como causa de resolución de contrato. Del inicio del expediente se dará traslado a Complejo Intergeneracional “Ciudad de Oviedo, S.L” por diez días para alegaciones”.

SEGUNDO.- Toda la secuencia fáctica que ha desembocado en el presente conflicto judicial tiene un origen remoto en el hecho de que el Ayuntamiento de Oviedo, por acuerdo de 29.3.2004, adjudicó a “Centro Intergeneracional Ciudad de Oviedo, S.L” el contrato de redacción del proyecto, ejecución de obras y explotación en régimen de concesión de uno o varios edificios compuestos por un área dotacional para mayores y apartamentos para estudiantes en Montecerrao. El antecedente más cercano y determinante, sin embargo, fue el deseo del Ayuntamiento de Oviedo de valorar la posibilidad de abrir una biblioteca y una U.T. en dicha zona del municipio. Comoquiera que allí ya existía el Centro Intergeneracional, se quiso analizar si era posible utilizar sus instalaciones. A tal fin, se dictó un Decreto solicitando al Complejo Intergeneracional Ciudad de Oviedo, ya constituido en S.A., una nueva oferta para valorar una posible modificación de la concesión. Tras sucesivos informes y trámites administrativos, la hipotética modificación de la concesión que el Ayuntamiento de Oviedo tanteó quedó descartada.

Ahora bien, en el seno de ese expediente, la demandante presentó el 30 de agosto de 2012 un escrito que es el que, a la postre, ha conducido a que se dictase

la resolución impugnada. Se trataba de una solicitud, que obra a los folios 106 y 107 del expediente administrativo, en la que se relataba “que la entidad ha ido adaptando sus distintas áreas de negocio a las necesidades existentes en cada momento, intentando diversificar la actividad y generar ingresos alternativos a las actividades principales”, y que “se han ido solicitando autorizaciones administrativas por parte del Principado de Asturias para poner en funcionamiento determinadas actividades muy ligadas a nuestras actividades principales y perfectamente complementarias a ellas”. Se hablaba de un centro de formación profesional con siete ciclos de formación, de un apartahotel de 3 estrellas que se pretendía orientar a personas con discapacidad -ambos autorizados en 2011- y una Escuela infantil “Ovida Kids”, pendiente de autorización por la Consejería de Educación.

Asimismo, se argumentó que “estas nuevas actividades vienen a sustituir o a matizar a otra serie de ellas que venían reflejadas en nuestra oferta y que por circunstancias del mercado y del escenario económico-global, no han salido adelante como la empresa hubiera deseado. En concreto, la escuela infantil que ahora se va a poner en funcionamiento sustituirá al Centro de día para personas mayores y discapacitados; el apartotel vendrá a cubrir una parte de los apartamentos para mayores y estudiantes que estaban sin uso y en lo que respecta al centro de formación profesional se ha autorizado administrativamente la actividad formativa haciendo uso de los espacios que, dentro del área lúdico-comercial, estaban previstos en la oferta que presentamos a concurso para los siguientes usos: aulas de estudio para universitarios jóvenes y mayores, academias de idiomas, ludoteca-bebeteca, guardería infantil, parafarmacia, centro de salud y belleza y agencia de viajes.”

Tras manifestar que no se alteraba el plan económico financiero presentado por la empresa y que no era necesario ajustar las condiciones económicas del acuerdo de concesión se concluía solicitando, textualmente, que “se conceda la regularización de las actividades anteriormente señaladas a efecto de la consiguiente modificación o ampliación del acuerdo de concesión administrativa, así como el reconocimiento de los espacios destinados a formación, susceptibles de reducción a efectos del IBI”.

La pretensión de la concesionaria, insertada en medio de la tramitación del expediente previamente iniciado por el Ayuntamiento, propició que se dictase el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 24 de julio de 2013, en donde se rechazó la propuesta de modificación de la concesión para determinadas actividades, se aprobó la modificación del régimen de uso de una parte de los apartamentos de mayores y estudiantes y se autorizó la realización de cursos de natación bajo determinadas condiciones. Además, el Ayuntamiento de Oviedo consideró que se estaban realizando actividades ajenas a la concesión no autorizadas por el ente local, como eran los ciclos de formación, Ovida Kids, idiomas, estimulación acuática para bebés, formación multidisciplinar, etc., y por ello vio ineludible iniciar un expediente de responsabilidades contractuales por presunta comisión de infracción grave imputable a la empresa concesionaria.

TERCERO.- Como primer motivo de oposición sostiene el Ayuntamiento de Oviedo que el recurso interpuesto incurre en causa de inadmisibilidad del art. 69 c) de la LJCA en relación con el art. 25 en cuanto pretende el archivo del expediente incoado por responsabilidad contractual al estar realizando la concesionaria actividades ajenas al contrato no autorizadas por el Ayuntamiento de Oviedo. Tal acuerdo de incoación, según el demandado, resulta un acto de trámite frente al que la concesionaria formuló alegaciones y no ha sido definitivamente resuelto.

Dicho motivo debe estimarse. El art. 25.1 de la citada Ley señala que “el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”. Resulta meridianamente claro que el acuerdo iniciación de un expediente de responsabilidades contractuales por la presunta comisión por la empresa concesionaria de una infracción grave no es el acto que resuelve el expediente, ni decide directa o indirectamente el fondo del asunto. Tampoco determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce por sí mismo indefensión o perjuicio irreparable. Será, en todo caso, la resolución que resuelva dicho expediente de responsabilidad la que pueda motivar la correspondiente impugnación por la ahora demandante si a su derecho interesase. Por consiguiente, debe declararse la inadmisibilidad de la pretensión dirigida contra el apartado Cuarto de la Resolución impugnada, que decide el inicio de expediente de responsabilidades contractuales.

CUARTO.- Vista la fecha de la adjudicación del contrato, debe tenerse presente la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que en su nº 2 establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. En consecuencia, son de aplicación los preceptos del R.D Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El presente caso es ciertamente peculiar pues el expediente administrativo se inició por el Ayuntamiento de Oviedo para la posible modificación del contrato, no a instancias de la actora. No es sino en el curso del citado expediente cuando se presenta la solicitud de modificación/ampliación antes citada. Conviene distinguir, no obstante, lo que es la modificación contractual, que es lo que se pretendió en el expediente administrativo, con la determinación del objeto del contrato. La primera es una novación del negocio jurídico, contemplada en el artículo 1203.1 del Código Civil. La segunda no sería más que la fijación de sus perfiles.

La demanda, en este sentido, altera lo que la propia parte actora pretendió en el expediente por cuanto ya no acude a defender modificaciones o ampliaciones sino a configurar las actividades litigiosas dentro del objeto del contrato. Así se expresa claramente en su fundamento jurídico cuarto, folio 162 de autos, cuando dice y recalca: “De todo ello se concluye que el contrato que inicialmente se ofertó, se adjudicó y se pactó, se mantiene en sus propios términos al día de hoy. No se ha desnaturalizado. Son las mismas partes, el mismo objeto, idéntica ubicación mismo servicio prestado, no hay modificación que altere sustancial (ni siquiera mínimamente) el proyecto aprobado, ni diferencias de costes etc”. El suplico de la demanda interesa que “se ordene a la Administración demandada el cumplimiento del contrato suscrito entre ambas partes”, pretensión que ya no es la de modificación contractual sino otra bien distinta.

Lo cierto es que si con las actividades ya no se pretende articular una modificación contractual, la Resolución administrativa, al desestimar la petición de modificación cursada en su momento, no sería revisable. La *causa petendi* que se desprende de la demanda se aleja sustancialmente de lo interesado en agosto de 2012 por la mercantil recurrente en el expediente administrativo. Si lo que se pretende ahora es que se reconozcan dichas actividades como parte del objeto contractual no se alcanza a ver qué sentido tiene la petición de la actora en el marco

de un expediente administrativo iniciado de oficio únicamente para modificar el contrato con dos actividades completamente distintas a las suyas.

En cualquier caso, a la postre el Ayuntamiento de Oviedo resolvió en el punto Primero del Acuerdo la petición de modificación de la concesión, rechazando las actividades educativas de centro de formación profesional, escuela infantil Ovida Kids, escuela de idiomas y cursos homologados a empresas y desempleados. Tal pronunciamiento debe convalidarse por cuanto la actora en ningún momento -ni en el expediente administrativo ni en sede judicial- ha probado que existan razones de interés público para modificar la concesión. Tampoco ha justificado la aparición de necesidades o de causas imprevistas que hicieran ineludible ese cambio. En este sentido no se dan los supuestos previstos en el art. 101.1 de la LCAP, que establece que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

En este punto resulta curioso observar que no es el órgano de contratación el que interesa la modificación, tal y como prevé expresamente la norma legal, y que tampoco se está subsidiariamente en presencia de un acuerdo que se ampare en la libertad de pactos reconocida en el art. 4 de la LCAP, por cuanto el Ayuntamiento no quiere un consenso en este tema. Se trata de un intento de modificación por la empresa privada, que no acude en ningún momento a la existencia de un interés público ni a su tutela judicial, y que expresamente se rechaza por la Administración que es quien, en última instancia, ostenta la prerrogativa del *ius variandi* actuando en defensa de los intereses públicos.

QUINTO.- Ahora bien, olvidado por la demandante todo intento de modificación y reconducida su acción a que se admita el uso de esas actividades como propias del contrato, debe analizarse igualmente esta pretensión.

El art. 49 de la LCAP precisa que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato. Los contratos se ajustarán al contenido de dichos pliegos, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de ellos. A su vez, debe tenerse en cuenta el art. 51 de la citada norma legal cuando se refiere a las prescripciones técnicas particulares como documentos que han de regir la ejecución de la prestación.

Ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias de 20 julio 2005 y 17 mayo 2012 que *"las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones vienen a significar, en cierto aspecto, la Ley del contrato y son de aplicación preferente, pues si estas cláusulas no son contrarias al Ordenamiento jurídico disponen de fuerza vinculante para las partes en virtud de la libertad contractual y de la eficacia obligatoria de lo pactado, conforme a las previsiones establecidas en los artículos 1257 y 1258 del Código Civil. En este sentido, la naturaleza del referido pliego de condiciones es, en buena medida, la de la "ley del contrato", con todo lo que ello comporta y representa de cara a las prerrogativas para su elaboración y a las concretas consecuencias derivadas de sus distintos efectos y de su ulterior cumplimiento"*.

Tras la lectura del contrato, del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas puede concluirse que el objeto era la ejecución de obras y explotación en régimen de concesión de uno o varios edificios compuestos por un área dotacional para mayores y apartamentos para estudiantes en Montecerrao. El pliego de prescripciones técnicas, en su cláusula 2, menciona el objeto del contrato como la construcción y explotación subsiguiente de un conjunto residencial de carácter asistencial para personas mayores. La cláusula

3 precisaba que debía cambiarse la calificación urbanística de equipamiento escolar por equipamiento asistencial. A su vez, el PCAP refleja claramente esa naturaleza de la obra -residencia para mayores y alojamiento para estudiantes- en varias de sus cláusulas, en concreto la 1,2 28, 29 y 30. La propia demandante definió también el sentido de la obra realizada en su Memoria-Resumen del complejo intergeneracional, folios 35 y ss. de autos, al precisar que se trataba de un complejo residencial para mayores, dependientes o no, que ofrecía varios centros (sociocultural, deportivo, de atención médica y farmacéutica, etc) al residente y a sus familiares. En ningún caso a terceros o público en general. Tampoco el estudio económico-financiero o plan de viabilidad presentado contemplaba actividades educativas o de ocio destinadas a terceros ajenos al complejo como las que ahora se pretenden regularizar, ni, por ende, las tarifas que deberían aplicarse.

Por consiguiente, no cabe introducir en el objeto del contrato un centro de formación profesional, que se dirige a todos los ciudadanos interesados en cursar los siete ciclos de formación de grado medio y superior, una escuela para impartir la educación infantil de 0 a 3 años, una escuela de idiomas para españoles y extranjeros o un centro para obtener cursos homologados a empresas y desempleados. Se trata, por consiguiente, de actividades que quedan claramente fuera de lo que es la obra pública realizada, cuya finalidad era la residencia para mayores, con las actividades asistenciales colaterales de tipo sanitario, social, cultural, y la residencia para estudiantes con las suyas propias (manutención, salas de estudio, etc). Todo ello ciertamente con la posibilidad de incluir a sus familiares, para generar ese marco de convivencia innovador que predicaba el proyecto, pero aquí se cerraba el objeto contractual desde un punto de vista subjetivo.

Al caer dichas actividades fuera del objeto de la concesión, su aprobación implicaría obviar los principios de publicidad y libre concurrencia que rigen la contratación pública ya que, en su caso, si existiera un interés público en que fuesen prestadas por particulares debería abrirse la posibilidad de construcción y explotación a todo interesado, tal y como preveía el art. 250.3 de la LCAP (idéntico precepto en la vigente Ley de Contratos del Sector Público de 2011).

Por último, debe precisarse que los dos condicionantes de los apartados 2º y 3º de la Resolución impugnada, a los que se opone la actora, son igualmente ajustados a derecho por las mismas razones antes expuestas. Mientras las actividades sean asistenciales y se dirijan a los usuarios del complejo intergeneracional su uso será compatible con el objeto del contrato. De lo contrario, no.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso.

SEXTO.- Sin especial pronunciamiento sobre las costas dada la existencia de discrepancias jurídicas susceptibles de postergar el criterio del vencimiento objetivo del art.139 de la L.J.C.A.

FALLO

Que en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil "Complejo Intergeneracional Ciudad de Oviedo, S.A" contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 24 de julio de 2013 debo declarar y declaro la inadmisibilidad de la pretensión dirigida contra el apartado Cuarto que decide el inicio de expediente de responsabilidades



contractuales, desestimando el recurso en todo lo demás por la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de apelación en el plazo de quince días.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo.Sr. Magistrado, celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo, Secretario, doy fe.

