

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
OVIEDO

SENTENCIA: 00178/2014

N11600

LLAMAQUIQUE S/N, 1ª PLANTA

N.I.G: 33044 45 3 2013 0001762

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000323 /2013 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De Dª: COMPLEJO INTERGENERACIONAL CIUDAD DE OVIEDO SA

Letrado: D. M T C

Procuradora Dª: M C G E

Contra AYUNTAMIENTO OVIEDO O

Letrado: Dña. R l P S

Procurador D. : M -E F

SENTENCIA

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

Vistos por el ILMO. SR. DON JUAN CARLOS GARCÍA LÓPEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Oviedo; los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por Procedimiento ordinario N° 323/2013, instados por la Procuradora Dña. C G E, bajo la dirección letrada de D. M T C en nombre y representación de COMPLEJO INTERGENERACIONAL CIUDAD DE OVIEDO, S.A.; siendo demandado el Ayuntamiento de Oviedo, representado por el Procurador D. L de M B F v defendido por la Letrada Dña. R M P S sobre incumplimiento de contrato. La cuantía ha quedado fijada en 8 millones de euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora C G E en nombre y representación de COMPLEJO INTERGENERACIONAL CIUDAD DE OVIEDO, S.A., se presentó demanda el 3 de diciembre de 2013, en la que se impugnaba el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 23 de octubre de 2013, que acordaba desestimar la solicitud formulada por no quedar acreditada la existencia de incumplimiento contractual imputable al Ayuntamiento de Oviedo.

SEGUNDO.- Por resolución de fecha 4 de diciembre de 2013, se acordó requerir a la parte recurrente a fin de que en el término de diez días subsanara los defectos de falta de modelo 696 de TASA JUDICIAL y del Acuerdo Societario del art. 45.2

d), requerimiento que fue cumplimentado en tiempo y forma. Por resolución de fecha 19 de diciembre de 2013 se tuvo por admitida la demanda, acordando su tramitación conforme a lo dispuesto para el Procedimiento Ordinario y recabando de la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente.

TERCERO.- En fecha 13 de marzo de 2014 se admitió a trámite la demanda, dando traslado de la misma y del expediente administrativo a la parte demandada, que la contestó en fecha 1 de abril de 2014.

CUARTO.- La cuantía del recurso se fijó en 8.000.000 euros y, transcurrido el plazo dado para la práctica de las pruebas, se presentaron los respectivos escritos de conclusiones.

QUINTO.- En el recurso, objeto de esta sentencia, se han observado todas las prescripciones legales en vigor y demás derechos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo por Complejo Intergeneracional Ciudad de Oviedo S.A. contra Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 23 de octubre de 2013 que acordaba desestimar la solicitud formulada por no quedar acreditada la existencia de incumplimiento contractual imputable al Ayuntamiento por el que no se ha adoptado acuerdo alguno que haya supuesto la modificación de las previsiones contenidas en los pliegos reguladores del contrato y de la normativa de aplicación no habiendo dado lugar en consecuencia a la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato tal y como resulta de los informes técnicos emitidos y transcritos.

SEGUNDO.- Para el estudio de la cuestión que nos ocupa se hace preciso el exponer siquiera sea en sus términos más generales, los antecedentes fácticos ante los que nos encontramos y que, en realidad no son elementos controvertidos por las partes las cuales, desde dicha coincidencia en cuanto a los hechos, extraen consecuencias jurídicas en uno y otro sentido.

Así puede señalarse que el Pleno municipal del Ayuntamiento de Oviedo de 8 de agosto de 2003 se aprobaron los pliegos de condiciones para la gestión y explotación mediante concurso de la "redacción de proyecto, ejecución de obras y explotación, en régimen de concesión, de uno o varios edificios compuestos por un área dotacional para mayores y/o un área residencial de apartamentos para estudiantes en terrenos del PP2 Montecerraó".

Adjudicado el contrato, y ya en ejecución del mismo, la empresa actora se encuentra con que se le giran liquidaciones correspondientes al IBI, importes estos de cierta entidad (por ejemplo en el año 2011 ascendían a 162085,16 euros) y que entiende la parte actora no le deben ser exigibles en la medida que entiende que en la oferta presentada por su parte se incluía una previsión de coste cero para el IBI y que, en

la medida que el Ayuntamiento se aquietó a dicho planteamiento viene así a considerar que debe darse lugar al cumplimiento del contrato por parte del Ayuntamiento de modo que se adopten las medidas económicas oportunas que supongan para la empresa un coste cero en cuanto al IBI. Se invoca también la necesidad de mantener el equilibrio económico de la concesión conforme al art. 127 Reglamento de servicios corporaciones locales pues considera que han concurrido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles pues no esperaba la actora que desde el Ayuntamiento se le fuera a exigir el IBI cuando en su oferta se incluía un coste cero para tal partida. Entiende que no resulta de aplicación el principio de riesgo y ventura desde el momento en que la alteración de la onerosidad contractual ha venido provocada por la conducta de la otra parte en contravención del tenor del contrato. También se alude a las posteriores alteraciones catastrales producidas en la medida en que las parcelas inicialmente concedidas tenían un valor de 247220,64 euros y 67804,98 euros de modo que le era impensable de todo punto se pudieran alcanzar las cifras por las que ahora se le está liquidando y entiende que por la doctrina del "factum principis" (folio 22 de la demanda) se debe dar lugar al restablecimiento del equilibrio financiero de prestaciones cuando se han desnivelado en la fase de ejecución por causa de decisiones administrativas que han encarecer el valor de las cargas al imponer ex novo una carga o exacciones ex novo durante la ejecución del contrato y con las que no contaba el adjudicatario, lo que entiende vulnera el principio de buena fe y confianza legítima.

Por su parte el Ayuntamiento de Oviedo hace valer que con ocasión de la liquidación del IBI del año 2010, se interpuso recurso de reposición por el ahora recurrente y en el que exponía que dicha exigencia implicaba una alteración sustancial del contrato tanto de los PCAP como de la oferta en la que incorporaba un Plan económico financiero en la que en ningún momento se contempló el IBI, con lo que entendía que ello conllevaba una exención del IBI, planteamiento este que fue rechazado por resolución de Alcaldía de 1-12-2011 que, recurrido en vía económica administrativa fue rechazado por resolución del Consejo económico administrativo de fecha 29-5-2013 que al no ser objeto de recurso devino firme y consentido. Expone que tampoco consta se hayan recurrido las liquidaciones de IBI de los ejercicios posteriores. Alega que en el escrito presentado por la actora, formulando requerimiento al amparo del art. 29.1 LJCA para cumplimiento del contrato ha sido objeto de respuesta por el Ayuntamiento al considerar que no hay incumplimiento contractual imputable al Ayuntamiento y, en razón a ello entiende no ha habido inactividad que pueda constituirse como objeto de recurso.

Por otro lado, se alega que la cuestión de exigencia del IBI ha sido ya resulta por actos administrativos firmes consentidos por la actora y a los que debe estarse. Expone asimismo que no existe informe técnico municipal en el que se afirme que existiera tal exención del IBI y alega que se ha transcrito por la actora de forma errónea el informe en cuestión ya que el término utilizado "entendiendo" era distinto del reseñado en la demanda "entiendo". Expone que el Plan económico financiero constituye el concreto estudio económico de viabilidad que realiza el licitador planteando escenarios posibles y proyecciones financieras en función de

una determinada estimación de ingresos y gastos y que las razones por las que no hubiera incluido el IBI en su estudio solo a esa misma parte serían imputables y no al Ayuntamiento de Oviedo y, la eventual discrepancia del referido Plan con el contenido en los pliegos, debe resolverse a tenor de los pliegos sin que pueda por dicha vía, darse lugar a una modificación implícita de los propios pliegos. Entiende igualmente que no hay acontecimientos imprevisibles sobrevenidos que justifiquen la adopción de medidas para restablecimiento de equilibrio de la concesión.

TERCERO.- Opuesta por la representación del Ayuntamiento de Oviedo la inadmisibilidad del recurso presentado en su momento por considerar que no existe la inactividad del art. 29.1 LJCA en que se sustentaba la pretensión planteada en vía administrativa debe tenerse en cuenta que dicho precepto efectivamente dispone que "Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la administración". Ciertamente es que existe resolución expresa dictada por el Ayuntamiento pero es igualmente claro que, en la medida en que no existe acuerdo con los interesados y ser la resolución contraria a sus intereses, es perfectamente viable el que se plantee recurso contencioso administrativo siendo por tanto la cuestión de que el Ayuntamiento haya o no incumplido el contrato una cuestión atinente al fondo y que por tanto no daría lugar a la inadmisión del recurso.

Tampoco podemos estimar que pueda entender inadmisibile el recurso por el hecho de haberse rechazado la impugnación planteada frente a liquidación girada en concepto de IBI ya que, sin perjuicio de que ciertamente guarda relación con la cuestión que nos ocupa y que ya con ocasión del recurso planteado frente a liquidación de IBI se venía a plantear el que existiera una suerte de "exención" tributaria (así se deduce de los informes incorporados al expediente emitidos con ocasión de dichos recursos, folio 255 y 259 expediente), lo cierto es que la pretensión que plantea el actor en el presente recurso viene a consistir en que existiera una determinada obligación contractual por parte del Ayuntamiento que por su parte no se haya cumplido y, por tanto, nos sitúa más que en sede propiamente tributaria en sede de obligación contractual y, por tanto, desde dicha perspectiva, se considera que es procedente al menos la admisibilidad del recurso

CUARTO.- En el estudio de esta cuestión debemos partir de la premisa consistente en que por regla general los contratos administrativos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. Ello no impida se reconozcan excepciones a dicho

principio, como la que deriva de la concurrencia de fuerza mayor, o bien de las modificaciones del contrato imputables a la actuación administrativa, de forma directa o indirecta, como ocurre en el *ius variandi* o el "*factum principis*".

La teoría del riesgo imprevisible fue introducida en nuestro Derecho a partir del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 126 y siguientes), en el que expresamente se estableció que la Administración concedente debía revisar las tarifas y la subvención "cuando, aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión" (artículo 127.2 del citado Reglamento). Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, y la legislación posterior la ha incorporado plenamente, como se desprende del artículo 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y el posterior artículo 241 de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 actualmente art. 258 R.Dto. Legislativo 3/2011.

Debe señalarse, sin embargo, que el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no supone que quede descartado el principio de riesgo y ventura del contratista, 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.

Por otro lado y como así se recoge en la St. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 5 Nov. 2007, rec. 508/2007 con cita de diversas sentencias del TS "es una constante en la Jurisprudencia que aplica la teoría del riesgo imprevisible la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1.999, 20 de Mayo de 1.999 y 30 de Abril del 2.001, entre otras), de manera que determinadas oscilaciones de precios no tienen aquel carácter extraordinario o anormal cuando se trata de expectativas o avatares propias de los negocios (STS de 4 de Junio del 2.001)". Por otro lado una cosa es que acontezca efectivamente un riesgo imprevisible, entendido este como un acontecimiento que no podía entrar dentro de los parámetros o elementos de juicio que pudieran ser tomados en consideración y otra bien distinta es el que un determinado riesgo no hubiera sido correctamente evaluado o que se hubiera evaluado de forma equivocada y, en este sentido, como nos recuerda la St del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 8 Feb. 2002, rec. 246/1999 con cita de la St TS de 1-7-1992 Ponente D. Mariano Baena del Alcázar: "la teoría del riesgo imprevisible, que consiste en apreciar el derecho del concesionario a que se restablezca el equilibrio económico de la concesión siempre que incida sobre este una circunstancia que no pudo ser prevista y sea independiente de la buena gestión" citándose igualmente en

aquella sentencia la de de fecha 7 julio de 2000 dictada en el Recurso núm.: 1255/1998, de la que fue Ponente D. Juan Ignacio Moreno-Luque Casariego en cuyo Fundamento cuarto puede leerse que "Consideramos ciertamente, que a tenor de las circunstancias enumeradas en la demanda como causantes de la irrentabilidad del negocio, ninguna se puede considerar como imprevista, ya que cualquiera de ellas era perfectamente sopesable en aquel momento, al igual que han sido detectadas en la actualidad. Lo que sucedió fue sencillamente que los recurrentes no las valoraron adecuadamente y esto cae directamente dentro del principio de riesgo de ventura recogido en la Ley".

QUINTO.- Pues bien, bajo dichas premisas nos encontramos con que en el caso que nos ocupa el planteamiento del actor viene a consistir en que por la Administración se hubiera incumplido sus obligaciones contractuales porque considera que no le debía resultar exigible el pago del IBI y, ligado a dicho incumplimiento, entiende el actor que se produce con ello causa para dar lugar a que se condene al Ayuntamiento a la adopción de las medidas precisas para restablecimiento del equilibrio de la concesión indemnizándole con una cantidad equivalente que implique suponga un coste cero el Impuesto de Bienes inmuebles.

Situándonos en lo que se refiere propiamente al referido incumplimiento contractual se considera que no existe base para sostener que por el Ayuntamiento se hayan incumplido las obligaciones contractuales que sobre él recaían pues, examinado tanto el contrato como los pliegos de condiciones reguladoras de la prestación al que el mismo se remite y, en concreto respecto de lo que corresponda a tasas o impuestos municipales, nos encontramos en primer lugar que en el art. 24.2 del Pliego de condiciones administrativas particulares se recoge como obligación del concesionario el que será de su cuenta **"los tributos y gastos correspondientes así como cualquiera otros que resulten de la ejecución del contrato bien por establecerlo así los pliegos de condiciones bien por preceptuarlo las disposiciones vigentes"** y en concreto respecto de compromiso municipal en no exigir o eximir de algún tributo solo encontramos en el punto 5.2 del Pliego de prescripciones técnicas el que se renuncia a favor del adjudicatario **"de las tasas y demás impuestos que devenguen las correspondientes expediciones de licencias de obras"** y por tanto, el marco de obligaciones municipales en dicho ámbito de no exigir o renunciar a algún tributo se ciñe única y exclusivamente a la tasa correspondiente por la licencia de obra pero sin que exista base para entender se extendiera dicha renuncia a tributos de naturaleza bien distinta que en absoluto se recogía referencia alguna en los pliegos, como acontece en el caso del IBI. Para legítimamente entender que el Ayuntamiento renunciase a algún tributo a favor del adjudicatario debería así expresa y terminantemente ser recogido en los pliegos y, si en estos únicamente se recoge que se renuncia a la tasa por licencia de obras, el ámbito de dicha renuncia se debe ceñir a ello única y exclusivamente pues, de haberse querido extender a otros tributos así viniera expresamente recogido ya sea en referencia concreta al IBI o al menor como referencia genérica a la renuncia a la exigibilidad de tributos municipales.

Debe destacarse que el supuesto que se nos plantea difiere por completo del reseñado en la demanda y abordado en la St. TSJ Madrid de 3-3-2011 que se cita por la parte pues en dicho supuesto, en las cláusulas del contrato se incluía una expresa obligación del Ayuntamiento de no exigir el pago del IBI lo que en este caso no acontece pues, como ya se expuso, en ninguna de sus cláusulas del contrato ni en los Pliegos de condiciones se recoge exención o renuncia en tal sentido más que única y exclusivamente respecto de las tasas de licencia de obras.

Se viene a apoyar el actor en que en el Plan económico financiero presentado por su parte no se incluía previsión de gasto de explotación correspondiente a tributos más que en relación a impuesto sobre actividades económicas (documento 2.6 expediente administrativo Plan económico financiero) y ciertamente examinado ese documento y en la columna correspondiente a gastos de explotación nos encontramos con que entre dichos gastos no incluía previsión de importe alguno para "otros tributos" pero lo cierto es que una cosa es que el recurrente hubiera incurrido en dicha omisión o deficiencia o error en sus previsiones y otra bien distinta es que por dicha omisión, deficiencia o error se venga a generar una exención o renuncia al cobro de tributo en términos distintos de los recogidos en los pliegos pues el propio contrato dispone que se ajustará a lo señalado en la oferta en todo aquello que no esté en contradicción con los pliegos de condiciones y, si en estos se recoge únicamente como renuncia del Ayuntamiento a cobrar la tasa por licencia no se encuentra exista base para extender dicha renuncia a términos y alcance distintos de lo así comprometidos pues ello sería tanto como entender que de nada serviría lo que se recoja en los Pliegos pues estos se podrían ver modificados por lo que se contuviera en las previsiones de ingresos y gastos unilateralmente redactadas por quien plantea su oferta.

Puntualizar por último que asiste la razón a la representación municipal cuando sale al paso de que en el informe de la sección de tributos obrante al folio 275 se venga a asumir el que existiera la exención en el pago del IBI pues, examinado el expediente el término utilizado en el informe no es "entiendo" sino "entendiendo" y por tanto no se asume como propia dicha tesis sino que se exponía cual era la tesis sostenida por el recurrente por lo que, por más que se destaque en letra mayúscula en la demanda, tal alegación resultaba errónea, como así viene a reconocerse en el escrito de conclusiones.

Aun cuando de manera no muy clara, pues todo el planteamiento aparece en realidad ligado a un incumplimiento contractual y de hecho la vía por la que se ha planteado es la correspondiente al art. 29.1 LJCA, se viene a plantear igualmente una pretensión para restablecimiento del equilibrio financiero de las prestaciones del contrato (folio 22 del escrito de demanda). Tal planteamiento tampoco puede prosperar pues con independencia de que viene en realidad ligado a que hubiera existido un incumplimiento en las obligaciones contractuales del Ayuntamiento (lo que no se estima haya acontecido) lo cierto es que, ateniéndonos a lo que el PCAP establece (folio 97) se establece una serie de supuestos en que el Ayuntamiento debería restablecer el equilibrio económico de la concesión y ninguno de ellos ha acontecido ya

que ni ha habido modificación por razones de interés público de las condiciones de explotación (letra a) art. 33.3) ni causa de fuerza mayor (la letra b del art 33.3 remitía a lo así establecido en el art 144 Texto refundido LCAP, supuestos estos que claramente aquí no acontecen pues aluden más bien a fenómenos naturales de efectos catastróficos etc) ni tampoco supuesto de revisión de las tarifas previstas en el contrato (letra c del art 33.3). No existe por tanto ni incumplimiento contractual ni tampoco concurrencia de ninguno de los supuestos en que los Pliegos disponían como circunstancias en las que debería darse lugar al restablecimiento de equilibrio de la concesión.

Por otra parte tampoco podemos entender que se hubiera producido un cambio normativo que hubiera dado lugar a que, al principio del contrato hubiera una exención o no sujeción al impuesto y que ello posteriormente desapareciera de modo que, no contando con ello el adjudicatario, hubiera desajustado el equilibrio contractual pues, como ya se expone en los informes obrantes en el expediente y emitidos por la sección de tributos, la exención que se predicaba de los bienes inmuebles propiedad de los municipios afectos a un uso o servicio público contenida en el art. 64.b LRHL ya desaparece desde 1 de enero de 2001 por razón de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre de medidas fiscales administrativas y de orden social no alcanzando ya esa exención a los supuestos en que recayera una concesión administrativa u otra forma de gestión indirecta (art. 22.2 de dicha norma que modifica el art. 64.b LRHL) de modo que tampoco podemos considerar que al tiempo de la licitación (año 2003) hubiera existido una exención en cuanto al IBI que luego hubiera desaparecido y que ello hubiera dado pie por tanto a que el licitador considerase que dicho tributo no le resultase exigible y , en todo caso, si así lo apreció, ese error de apreciación no puede repercutirse sino en quien incurre en él. Finalmente y respecto a que las alteraciones en los valores catastrales puedan dar pie a la adopción de las referidas medidas de restablecimiento de equilibrio económico tampoco puede ser acogida tal pretensión ya que, con independencia de que tal pretensión se viene a apartar en realidad del planteamiento efectuado por el actor, que más bien se situaba en la no exigibilidad de dicho tributo más que en la concreta cuantía del mismo, lo cierto es que a tenor de la certificación remitida a autos los importes correspondientes a IBI desde el ejercicio 2003 en adelante se situaron en unos parámetros similares (en torno a 7000 u 8000 euros) y si desde el ejercicio 2010 ciertamente se elevan a las cifras de entorno a 160.000 euros ello obedece al alta por la nueva construcción efectuada más que propiamente por una revisión de los valores catastrales, actuación esta que en todo caso no se situaría tampoco en la órbita de competencia municipal sino en el del Estado dado el reparto competencial existente en cuanto al IBI.

SEXTO.- Procede, por todo lo expuesto, desestimar el presente recurso, sin que se aprecien motivos para una especial imposición de las costas del proceso al considerar han concurrido legítimas discrepancias jurídicas entre las partes.

SÉPTIMO.- Se mantiene la fijación de cuantía del procedimiento fijada en Decreto de 2 de abril de 2014 en la medida que dado que en demanda se solicitaba la adopción de medidas económicas que impliquen de futuro un coste cero en el IBI la propia parte situaba ese importe total en 8 millones de euros - folio 20 de la demanda- por lo que el valor económico de la pretensión se estima alcanzaría dicho importe total.

FALLO

Que rechazando la causa de inadmisibilidad planteada, se desestima el presente recurso contencioso administrativo presentado por Complejo Intergeneracional Ciudad de Oviedo S.A. contra Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 23 de octubre de 2013 que ha sido objeto del presente procedimiento. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer en el plazo de quince días recurso de apelación, previa consignación, en su caso, del correspondiente depósito y pago de la tasa correspondiente.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.