

# JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00176/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600  
C/ ERAS DEL CERRILLO S/N 13071 CIUDAD REAL

Equipo/usuario: MDL

**N.I.G:** 13034 45 3 2017 0000396  
**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000187 /2017 /  
**Sobre:** ADMINISTRACION LOCAL  
**De D/D<sup>a</sup>:** CESPJA JARDINERIA SL  
**Abogado:**  
**Procurador D./D<sup>a</sup>:** MARÍA LUISA RUIZ VILLA  
**Contra D./D<sup>a</sup>:** AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL  
**Abogado:** LETRADO AYUNTAMIENTO  
**Procurador D./D<sup>a</sup>:**

## SENTENCIA

Ciudad Real, 10 de septiembre de 2018

D. ANTONIO BARBA MORA, Magistrado, Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ciudad Real, habiendo visto el Recurso seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario, a instancia de CESPJA JARDINERIA S.L., representada por la procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Ruiz Villa, contra el Ayuntamiento de Ciudad Real, representado por la letrada D<sup>ña</sup>. María Moreno Ortega, ha dictado la presente sentencia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La referida parte actora ha interpuesto Recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de abril de 2017, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente a la desestimación por silencio administrativo de una reclamación relacionada con el contrato administrativo de construcción y explotación de una planta de reciclaje de residuos de construcción y demolición.

Segundo.- Se acordó seguir dicho recurso por los trámites del procedimiento ordinario, a cuyo efecto se ordenó la remisión del expediente administrativo y el emplazamiento de las personas interesadas.

Tercero.- Remitido dicho expediente, se hizo entrega del mismo a la representación procesal del actor para que en el plazo de veinte días formalizara la demanda, en cuyo trámite, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que consideraba de aplicación, solicitó una sentencia que estimase el recurso y anulase la resolución impugnada, por no ser acorde a Derecho.

Cuarto.- Se dio traslado de la demanda y del expediente administrativo a la Administración para que la contestase en el plazo legal; así lo verificó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

Quinto.- Se fijó la cuantía del recurso en indeterminada, y se acordó recibirlo a prueba con el resultado que consta en autos, tras lo cual se dio a las partes el trámite de conclusiones escritas en el que cada una de ellas de forma sucesiva formuló con carácter definitivo las que tuvo por conveniente en apoyo de sus pretensiones, luego de lo cual quedaron los autos conclusos para sentencia.

Sexto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todos los trámites y plazos legalmente previstos.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El 6 de febrero de 2008 se elaboró el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del contrato administrativo especial para la utilización de terrenos municipales sitos en el paraje denominado "Cabeza de Palo" mediante su puesta a disposición de los particulares a cambio de un precio, para que el adjudicatario realice, a su riesgo y ventura, la construcción, instalación, puesta en marcha y explotación de una planta de reciclaje de residuos de construcción y demolición, con sujeción a la normativa de aplicación.

Tras la oportuna tramitación, se adjudicó la concesión a la UTE denominada Cabeza de Palo, compuesta por Cespa y Urbaja, firmándose el contrato el 12 de agosto de 2008.

Una vez construida la planta de reciclaje, se puso en funcionamiento, pero las toneladas llevadas a reciclar han sido muy inferiores a las que se esperaban, probablemente debido a la crisis inmobiliaria.

Los integrantes de la UTE han presentado un escrito al Ayuntamiento solicitando:

*“1º.- Que el Excmo. Ayuntamiento declare que se ha producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial de las partes en el contrato, y que genera un desequilibrio en las prestaciones establecidas en su día, y se acuerde la modificación del precio establecido como contraprestación, renunciando el Ayuntamiento al cobro de dicho precio, que según la cláusula segunda del pliego de cláusulas está formada por una parte fija (3.000 euros al trimestre); y una parte variable (el 1% de la facturación total por toneladas entrantes por trimestre).*

*2º.- De cara a equilibrar las prestaciones de las partes en el contrato, que el Ayuntamiento acuerde compensar anualmente a la UTE, desde el ejercicio 2015 y para lo sucesivo hasta la finalización del contrato el importe económico resultante que sea necesario para conseguir que el resultado antes de impuestos sea igual a cero euros.*

*3º.- Si el Ayuntamiento no aceptara las dos anteriores, procedería que acordara la extinción del contrato y resolución del mismo por resultar imposible en términos económicos el cumplimiento del mismo, con efectos desde la fecha del escrito de solicitud y debiendo abonar a la UTE el importe correspondiente a las cantidades pendientes de amortizar por las inversiones realizadas y que ascienden a 1.366.205 Euros según un informe pericial aportado.”*

Tras su denegación presunta, se interpuso recurso de reposición que también ha sido denegado y es el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- Opone en primer lugar la defensa del Ayuntamiento la excepción de falta de legitimación activa de Urbaja, alegando que su participación en la UTE había sido cedida a Cespa Gestión de Residuos y, consecuentemente, también faltaría el acuerdo de dicha empresa para interponer el recurso. Por el contrario, la defensa de la parte actora sostiene que nunca se llegó a consumir dicha cesión, por falta de autorización del Ayuntamiento.

En efecto, Cespa Jardinería presentó en el Ayuntamiento el 21 de febrero de 2013 un escrito en el que se informaba de que se habían cambiado los estatutos y de que existía la intención de ceder la parte de Urbaja a Cespa Gestión de Residuos, por lo que termina solicitando que, a los efectos del artículo 209.2.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El mencionado artículo, tras disponer en su apartado uno la posibilidad de ceder los derechos y obligaciones del contrato a un tercero, exige en el apartado 2: “Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.”

En consecuencia, al no haberse autorizado por el Ayuntamiento la cesión, ésta no ha llegado a consumarse, por lo que continúa Urbaja como parte en el contrato y con legitimación para interponer este recurso.

TERCERO.- Para delimitar la naturaleza del contrato, es preciso traer a colación el artículo 7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de la celebración del contrato, que dice: “1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el **derecho a explotar la obra**, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El contrato, **que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista**, podrá comprender, además, el siguiente contenido:”

Por tanto, nos hallamos ante este tipo de contrato, ya que la obra es instrumental y la finalidad última es la explotación de la planta de residuos durante un periodo de 20 años.

Además del citado artículo, también el 199 de la misma Ley dispone con carácter general para todos los contratos administrativos: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.”

CUARTO.- Ya decía una sentencia de este mismo Juzgado en un supuesto similar que “las empresas no se acuerdan del reequilibrio económico cuando ganan más de lo previsto, sino solo cuando pierden.” Y este mismo criterio es aplicable a este litigio: la demandante había invertido 1.800.000 euros y tenía previstos unos ingresos anuales de 1.700.000 euros; el contrato por tanto tenía magníficas expectativas de lucro, ya que su duración es de 20 años. Pues bien, hay que estar al riesgo y ventura y, por tanto, si las constructoras han disminuido drásticamente su actividad y llevan a reciclar menos toneladas de escombros, evidentemente no hay motivo alguno para que las pérdidas las asuma el Ayuntamiento de Ciudad Real.

Amparándose en el concepto de reequilibrio económico, las demandantes van mucho más allá de lo razonable. Para conseguir el reequilibrio, cabría pretender rebajar el precio que la concesionaria abona al Ayuntamiento de 1.000 euros mensuales más un 1% de la facturación. Pero lejos de eso, también pretende que el Ayuntamiento le abone una contraprestación anual para conseguir que la empresa tenga el RAI (rendimientos antes de impuestos) anual igual a 0 euros, o dicho de otra manera, que cargue el Ayuntamiento con todas las pérdidas, lo cual ya no es reequilibrar, sino imputar a la Administración la totalidad de la parte negativa. Cuando voluntariamente acudió a la licitación, obviamente ya conocía todos los pormenores del contrato que se iba a firmar, y en el propio nombre del contrato ya aparecía la expresión “riesgo y ventura”. Además, no se trata de un incauto sin experiencia, sino que Cespa es una empresa líder en la prestación de servicios medioambientales y en la gestión y tratamiento de residuos en España; se trata de una filial de Ferrovial Servicios y cuenta con una cuota de mercado superior al 15% en actividades de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, ofreciendo sus servicios en más de 800 municipios, tal y como consta en los Autos.

La doctrina de los Tribunales sienta el mismo criterio. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de Octubre de 1997 argumenta: “El equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos a la res pública en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites”.

Más adelante, insiste en la cuestión en la sentencia de 10 de noviembre de 2004, “resulta indiscutible en nuestro sistema de contratación pública que la

ejecución y desarrollo de los contratos es a riesgo y ventura del contratista, ínsita en el contenido del “precio cierto” regulado en el artículo 14 LCAP.

Este mismo criterio lo sostiene también la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: “el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante, pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder, en este caso la Administración municipal.”

Consecuentemente la petición principal debe ser desestimada.

QUINTO.- Insta como petición subsidiaria la resolución del contrato, pero curiosamente no menciona un solo artículo en el que basarse para justificar la extinción.

El artículo 206 de la citada Ley 30/2007 enumera las causas de resolución de los contratos y menciona las siguientes:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis.
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96.
- e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.
- f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

- h) Las establecidas expresamente en el contrato.
- i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

Pues bien, la defensa actora no especifica ni en vía administrativa, ni en la demanda, por cuál de estas causas cabría la resolución del contrato. En cualquier caso, si lo que efectúa es una renuncia unilateral, lo debe solicitar así expresamente al Ayuntamiento, que tendría la obligación de tramitar y dar cumplida respuesta a dicha solicitud.

En consecuencia, procede la completa desestimación del recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- El artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, dispone: “1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.” Por tanto, procede imponer las costas a la parte actora, si bien, dada la elevada cuantía del procedimiento y teniendo la minuta del Letrado la finalidad última de retribuir el trabajo realizado, se limita dicha minuta a la cantidad máxima de 10.000 euros, más IVA.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, según lo dispuesto en los arts. 81.2.b) y 121.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey, pronuncio el siguiente

## F A L L O

Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por Cespa Jardinería S.A. y por Urbanizaciones del Jabalón Obra Civil S.L. contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Ciudad Real que se especificó en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, por ser acorde a Derecho. Se imponen las costas a la parte actora con la limitación especificada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante escrito razonado que se presentará ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación y en el que se expresarán las alegaciones en que se funde, previa consignación de un depósito de **50 euros**, en el banco de Santander, cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado número 1363 0000 22 0187/17, advirtiéndoles que de no hacerlo no se admitirá el recurso interpuesto, todo ello de conformidad con la Disposición Adicional XV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

Así por esta mi Sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la ha dictado estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. DOY FE.



**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1  
ALBACETE**

SENTENCIA: 00197/2020

**Recurso de Apelación nº 358/2018**

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ciudad Real**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**Sección Primera.**

**Presidenta:**

Iltma. Sra. D<sup>a</sup> Eulalia Martínez López.

**Magistrados:**

Iltmo. Sr. D<sup>o</sup> Constantino Merino González.

Iltmo. Sr. D<sup>o</sup> Guillermo B. Palenciano Osa

Iltma. Sra. D<sup>a</sup> Inmaculada Donate Valera

Iltma. Sra. D<sup>a</sup>. Purificación López Toledo

**SENTENCIA N<sup>o</sup> 197**

En Albacete, a 10 de julio de 2020.

Vistos por la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el recurso de apelación número 358/2018 interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Ruiz Villa, en nombre y representación de la mercantil CESPAS JARDINERIA S.L., contra la Sentencia nº 176/2018, de 10 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ciudad Real en el Procedimiento Ordinario nº 187/2017, en materia de: Contratos. Restablecimiento equilibrio económico. Siendo

Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Inmaculada Donate Valera, que expresa el parecer el parecer de la Sala.

Ha comparecido como parte apelada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, representado por el asesor técnico del Ayuntamiento D<sup>o</sup> Julián Gómez-Lobo Yanguas.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se apela la Sentencia n<sup>o</sup> 176/2018, de 10 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n<sup>o</sup> 1 de Ciudad Real en el Procedimiento Ordinario n<sup>o</sup> 187/2017.

**SEGUNDO.-** Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte actora interpuso recurso de apelación dentro de plazo. Admitido a trámite por el Juzgado, se dio traslado a la parte apelada para que hiciese alegaciones, trámite que cumplimentó en forma, con el resultado que obra en autos.

**TERCERO.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación. Tras el recibimiento del recurso a prueba, se señaló el recurso para votación y fallo que tuvo lugar el día señalado.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Actuación apelada.

Es objeto de recurso de apelación la Sentencia n<sup>o</sup> 176/2018, de 10 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n<sup>o</sup> 1 de Ciudad Real, en el Procedimiento Ordinario n<sup>o</sup> 187/2017, que acuerda:

*“Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Cespa Jardinería S.A. y por Urbanizaciones del*

*Jabalón Obra Civil S.L. contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Ciudad Real que se especificó en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, por ser acorde a Derecho. Se imponen las costas a la parte actora con la limitación máxima de 10.000 euros, más IVA”.*

En concreto, la sentencia incluye el siguiente pronunciamiento en el FD 4º:

«CUARTO.- Ya decía una sentencia de este mismo Juzgado en un supuesto similar que “las empresas no se acuerdan del reequilibrio económico cuando ganan más de lo previsto, sino solo cuando pierden.” Y este mismo criterio es aplicable a este litigio: la demandante había invertido 1.800.000 euros y tenía previstos unos ingresos anuales de 1.700.000 euros; el contrato por tanto tenía magníficas expectativas de lucro, ya que su duración es de 20 años. Pues bien, hay que estar al riesgo y ventura y, por tanto, si las constructoras han disminuido drásticamente su actividad y llevan a reciclar menos toneladas de escombros, evidentemente no hay motivo alguno para que las pérdidas las asuma el Ayuntamiento de Ciudad Real.

Amparándose en el concepto de reequilibrio económico, las demandantes van mucho más allá de lo razonable. Para conseguir el reequilibrio, cabría pretender rebajar el precio que la concesionaria abona al Ayuntamiento de 1.00 euros mensuales más un 1% de la facturación. Pero lejos de eso, también pretende que el Ayuntamiento le abone una contraprestación anual para conseguir que la empresa tenga el RAI (rendimientos antes de impuestos) anual igual a 0 euros, o dicho de otra manera, que cargue el Ayuntamiento con todas las pérdidas, lo cual ya no es reequilibrar, sino imputar a la Administración la totalidad de la parte negativa. Cuando voluntariamente acudió a la licitación, obviamente ya conocía todos los pormenores del contrato que se iba a firmar, y en el propio nombre del contrato ya aparecía la expresión “riesgo y ventura”. Además, no se trata de un incauto sin experiencia, sino que Cespa es una empresa líder en la prestación de servicios medioambientales y en la gestión y tratamiento de residuos en España; se trata de una filial de Ferrovial Servicios y cuenta con una cuota de mercado superior al 15% en actividades de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, ofreciendo sus servicios en más de 800 municipios, tal y como consta en los Autos.

La doctrina de los Tribunales sienta el mismo criterio. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1997 argumenta: "El equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos a la res pública en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites".

Más adelante, insiste en la cuestión en la sentencia de 10 de noviembre de 2004, "resulta indiscutible en nuestro sistema de contratación pública que la ejecución y desarrollo de los contratos es a riesgo y ventura del contratista, ínsita en el contenido del "precio cierto" regulado en el artículo 14 LCAP.

Este mismo criterio lo sostiene también la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: "el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante, pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder, en este caso la Administración municipal."

Consecuentemente la petición principal debe ser desestimada.».

En el FD 5º se desestima la pretensión subsidiaria articulada por la parte actora en la demanda relativa a la resolución del contrato al no mencionar ni un solo artículo en el que basarse para justificar la extinción, ni especificar por cuál de las causas previstas en la Ley cabría la resolución del contrato, puntualizando, no obstante, que si lo se efectúa es una renuncia unilateral, la demandante lo debe solicitar así expresamente al Ayuntamiento, que tendría la obligación de tramitar y dar cumplida respuesta a dicha solicitud.

**SEGUNDO.-** Posición de la parte apelante.

Pretende en su recurso de apelación, la Administración demandada que se dicte sentencia por la que "con expresa estimación del presente recurso de apelación, revoque la sentencia recurrida y reconozca el derecho de la demandante al reequilibrio financiero de contrato administrativo especial "Utilización de terrenos municipales en el paraje Cabeza de Palo para que el adjudicatario construya y explota una planta de reciclaje de residuos de la construcción y demolición", de fecha 12 de agosto de 2008, firmado entre la UTE CABEZA DE PALO y el Ayuntamiento de Ciudad Real o, subsidiariamente, acuerde la resolución de dicho contrato y el abono a la UTE del importe de las inversiones pendientes de amortizar".

Alega, en síntesis:

1.- Procedencia de acordar la revocación de la sentencia por incorrecta aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.

Alega la parte apelante que la sentencia obvia toda la jurisprudencia que matiza la aplicación del principio de riesgo y ventura y reconoce el derecho de los contratistas al reequilibrio del contrato si concurren los requisitos para ello, como ocurre en el presente caso, donde como consecuencia de la grave crisis económica se ha producido un parón de la actividad constructora con la drástica reducción de la producción de residuos de construcción y demolición, lo que ha provocado a su vez la ruptura del equilibrio económico del contrato.

El mantenimiento del equilibrio económico resultaría amparado por la teoría de la imprevisión o riesgo imprevisible como limitación a la regla del "pacta sunt servanda", dado que en el caso que nos ocupa nadie pudo prever, ni empleando

incluso una diligencia fuera de las normas de estos contratos, la situación de grave crisis que afectó, no sólo al contrato, sino al país entero.

En el caso concreto que nos ocupa la crisis se traduce en los siguientes datos: de acuerdo con el Estudio Económico que acompañaba a la Oferta, se estimó un Beneficio Antes de Impuestos de 1.633.000€ a lo largo de la vida del contrato, pero el Resultado Antes de Impuestos real, ya obtenido y el que cabe esperar en los años pendientes de vigencia del contrato, arroja unas pérdidas acumuladas aproximadas de - 3.886.000€, lo que supone una diferencia de más de 5,5 millones de euros de desviación respecto de lo inicialmente previsto. Hasta la fecha que contempla el informe pericial acompañado por la demandante, se había producido un daño emergente de 235.097€ y un lucro cesante de 690.637€. En consecuencia, el total perjuicio experimentado por al UTE, en la fecha que abarca el informe, equivalente a la restitución a percibir por ésta en caso de resolución del contrato, asciende a 925.734€.

Afirma la parte apelante que su actuación en todo momento ha sido ejemplar, cumpliendo todos sus compromisos: ha ejecutado las inversiones comprometidas (1.821.908,31€), de acuerdo con las exigencias establecidas por el Ayuntamiento, gestiona la planta y abona el canon fijo y el canon variable al Ayuntamiento de Ciudad Real y, sin embargo, su remuneración no es ni puede ser proporcional al coste del servicio por causas no sólo externas e independientes de su buena gestión, sino también debido a los actos propios del Ayuntamiento al otorgar - como hemos dicho - nuevas autorizaciones con unas exigencias sustancialmente inferiores a terceras empresas.

Es decir, se trata, en definitiva, tanto de hechos imprevisibles, como de diversas decisiones del Ayuntamiento

producidas fuera del ámbito contractual con la demandante ("factum principis").

Procede, por tanto, la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio financiero del contrato y, en consecuencia, la indemnización a mi mandante, máxime teniendo en cuenta que no nos encontramos ante una mera reducción de la actividad, sino ante un cambio absolutamente radical y totalmente imprevisto de las condiciones que sirvieron de base para contratar. Las toneladas de entrada se encuentran incluso por debajo del 10% de lo previsto, o lo que es lo mismo, la crisis económica ha conllevado que haya entrado en las instalaciones un 90% menos de los residuos previstos, tratándose de una circunstancia totalmente imprevisible y excepcional ajena a la demandante.

2.- El precio cierto no cubre el importe de la inversión más un normal beneficio de la demandante.

El contrato se financia con los precios a pagar por los usuarios de la instalación habiéndose fijado estos inicialmente por el Ayuntamiento y la recurrente en base al estudio de viabilidad y de costes de la oferta. El precio incluso ha sido reducido unilateralmente por la recurrente en un intento claro de competir en el mercado con las otras instalaciones, situadas en el propio término municipal de Ciudad Real, pero que no han tenido que hacer frente a las elevadísimas inversiones de mi mandante. Lo expuesto determina que la recurrente nunca ha operado en el mercado en régimen de libre competencia, puesto que nunca ha podido fijar los precios unilateralmente. A este respecto alega un incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la cláusula 6 PAC al no haber querido el Ayuntamiento pactar los precios.

3.- Nuevas autorizaciones administrativas otorgadas por el Ayuntamiento de Ciudad real con posterioridad a la adjudicación y firma del contrato, que no solo han comportado un cambio en las condiciones del contrato, sino que las condiciones menos gravosas de las mismas impiden a la apelante competir en igualdad de condiciones.

En este sentido, otro de los elementos que han determinado una alteración del equilibrio económico del contrato es el conocido como "factum principis". Es decir, la medida o conjunto de medidas administrativas generales o, más ampliamente, como actividad del Estado en sentido lato, que, aunque no modifica el objeto del contrato, ni lo pretende, incide o repercute en el mismo haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste.

4.- Procedencia de acordar la revocación de la sentencia por incorrecta determinación de la naturaleza del contrato y de sus causas y efectos de resolución.

Razona la parte apelante que la sentencia recurrida califica incorrectamente la naturaleza del contrato. Naturaleza del contrato que viene definida en el Artículo 20 del PCAP, en cuya virtud *"Este contrato tiene carácter administrativo especial al concurrir lo previsto en el Artículo 5.2.b) del TRLCAP"*.

Además, la sentencia recurrida determina incorrectamente la Ley aplicable, que en este caso es el TRLCAP.

Por tanto, nos encontramos ante un contrato administrativo especial y no contrato de concesión de obra pública, que de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 7 del TRLCAP se rige por sus propias normas con carácter preferente, por lo que, en este caso, habría que acudir a la cláusula 21 del PCAP que señala como causa de resolución de contrato "el incumplimiento



de cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato”, entendiendo la parte apelante que en este caso ha quedado acreditado el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de su obligación de fijar los precios mediante acuerdo con la apelante, quedando, por tanto, la UTE habilitada para resolver el contrato, sin que su actuación pueda considerarse nunca una renuncia unilateral del contrato.

**TERCERO.-** Posición del apelado.

Por el contrario, el apelado se opone al recurso de apelación planteado, interesando su íntegra desestimación y consiguiente confirmación de la sentencia dictada.

Alega, en síntesis:

1.- Muestra su disconformidad con que la sentencia impugnada haya aplicado de forma incorrecta la teoría del riesgo imprevisible, coincidiendo la apelada con el criterio manifestado en la sentencia de instancia cuando viene a decir que lo que no cabe es que las empresas tengan un seguro a cargo de la Administración que cubra los riesgos de su actividad, que es precisamente lo que aquí se pretende.

En el presente caso, cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción pretenden que se indemnice, a solicitud del contratista, por un lado mediante la renuncia del Ayuntamiento al cobro del precio estipulado en el contrato y por otro lado mediante el abono de una contraprestación anual para conseguir que la empresa tenga el RAÍ (Rendimientos Antes de Impuestos) anual igual a cero euros, con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de la disminución del número de toneladas anuales de escombros que entran en la planta para su reciclaje, debido a la gran crisis económica que afectó en el año 2008 sobre todo al sector de la construcción.

Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que el número de toneladas pudiera disminuir y que la licitadora no hiciera un buen cálculo cuando acudió a la licitación, y ello porque la imprevisibilidad de la que habla la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un periodo más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista inicialmente. La previsión inicial era de 70.000 Toneladas anuales, pero desde el inicio de la explotación se comprueba que se parte de 9.559, 89 (año 2012), 8.772,38 (año 2013) y 6.455,27 (año 2014) y para el año 2015 que no estaba cerrado a la fecha de presentación de la reclamación previa se prevén un número de toneladas de 4.872,24.

Además todas estas circunstancias podían ser conocidas por el licitador, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los datos reales, y no a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido, máxime si tenemos en consideración que no se trata de una empresa carente de experiencia, sino que Cespa es líder en la prestación de servicios medioambientales y en la gestión y tratamiento de residuos en España, pues como ya indicamos en nuestro escrito de contestación, y así quedó acreditado, se trata de una filial de Ferrovial Servicios, y cuenta con una cuota de mercado superior al 15% en actividades de limpieza viaria,

recogida y tratamiento de residuos, ofreciendo sus servicios en más de 800 municipios. En este sentido recuerda que es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible la existencia 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 (STS de 20 de mayo de 1999), y enlazando con ello recuerda la apelada que en este caso ha de tenerse en cuenta que la duración de contrato lo es por 20 años improrrogable, de los que han transcurrido solo diez, plazo de larga duración durante el cual es lógico que se produzcan altibajos pues como toda actividad está expuesta a las consecuencias de la situación económica de cada momento, lo que como diligente debió prever el adjudicatario, no siendo responsable el Ayuntamiento de la mayor o menor utilización de la planta de reciclaje de residuos, pues son hechos que se encuadran en el riesgo razonable asumido por el adjudicatario al aceptar los términos del contrato.

2.- No es cierto que el Ayuntamiento haya otorgado nuevas autorizaciones administrativas con posterioridad a la adjudicación del contrato, y de hecho el supervisor del contrato manifestó en el acto de práctica de la prueba que no existen otras instalaciones en Ciudad Real, por lo que dependían única y exclusivamente de sus propias estrategias de gestión.

3.- En cuanto a la determinación de la naturaleza del contrato y sus causas y efectos de resolución, después de citar las causas de resolución del contrato que vienen recogidas en la cláusula 21 del PCAP, así como en los artículos 223 y 229 del TRLCSP, alega la parte apelada que no estamos ante ninguna de las causas que permitan la extinción o

resolución del contrato, y de hecho de contrario no se cita el supuesto en el que se encuadraría la pretendida resolución. Todo ello sin perjuicio de que la apelante pueda solicitar la resolución del contrato ante el Ayuntamiento que requiere la oportuna tramitación y seguir el procedimiento legalmente establecido.

**CUARTO.-** Naturaleza del recurso de apelación.

Antes de abordar la resolución de los motivos de impugnación esgrimidos por el apelante en su escrito de apelación, debemos comenzar recordando que como señala la jurisprudencia - entre otras, SSTs de 24 de noviembre de 1.987 ( RJ 1987, 7928), 5 de diciembre de 1988 ( RJ 1988, 9764), 20 de diciembre de 1989 ( RJ 1989, 9221), 5 de julio de 1991 ( RJ 1991, 6700), 14 de abril de 1993 ( RJ 1993, 2816), 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 8446) -, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia o auto a su favor, de modo que la falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

Hay que tener en cuenta que el recurso de apelación, regulado los artículos 81 a 85 de la Ley Jurisdiccional de 13 de Julio de 1.998, permite, en lo que aquí interesa, discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el Juzgador

de Instancia, sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el Juzgador "a quo" debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien la realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquella, percepción inmediata de la que carece la Sala de apelación salvo para la prueba documental, con lo que estará en mejor posición en tal labor de análisis de la prueba que la que tendrá la Sala al conocer de la apelación.

Por tanto, el Tribunal "ad quem" solo podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo, o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la misma contradice las reglas de la sana crítica, hecho que cabe advertir en supuestos graves y evidentes de desviación que la hagan totalmente ilógica u opuesta a las máximas de la experiencia.

Es reiterada y constante la doctrina Jurisprudencial que destaca que en el proceso contencioso administrativo la prueba se rige por los mismos principios que la regulan en el proceso civil y no se puede olvidar que la base de la convicción del Juzgador para dictar Sentencia descansa en la valoración conjunta y ponderada de toda la prueba practicada.

El Juez "a quo" ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas como la del artículo 319 de la Ley 1/2.000, de 7 de Enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , de Enjuiciamiento Civil , para los documentos públicos, "según las reglas de la sana crítica",- artículos 316.2 para el interrogatorio de las partes, 326,

último párrafo, para los documentos privados, 334 para las copias reprográficas, 348 para la prueba pericial y 376 para la testifical, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citada-. Ello implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez de instancia siempre que la misma no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria, absurda o conculque principios generales del derecho ( Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Septiembre , 6 de Octubre y 19 de Noviembre de 1.999 , 22 de Enero y 5 de Febrero de 2.000 ), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador actuante por la de la parte ( Sentencias del mismo Alto Tribunal de 30 de Enero , 27 de Marzo , 17 de Mayo , 19 de Junio y 1 de Octubre de 1.999 , de 22 de Enero y 5 de Mayo de 2.000 entre innumerables otras). De ahí que, en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de Instancia sobre el juicio hermenéutico, subjetivo, interesado y necesariamente parcial de la parte apelante, de modo que es preciso acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del Órgano Jurisdiccional para acoger ese motivo de apelación ( ver sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 22 de febrero de 2018 ( Recurso Apelación 17/18) ) .

En el caso de autos, una vez fijada la controversia y el ámbito de decisión en la segunda instancia, nos encontramos con una parte apelante que hace valer su crítica a la sentencia apelada sobre la base, nuevamente, de la interpretación subjetiva, y por ello evidentemente interesada - que ya hacía en la primera instancia- del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que debían regir el procedimiento abierto del que devino la adjudicación, y

posterior firma del contrato, para la utilización de terrenos municipales sitos en el paraje denominado "Cabeza de Palo" mediante su puesta a disposición de los particulares a cambio de un precio para que el adjudicatario realice, a su riesgo y ventura, la construcción, instalación, puesta en marcha y explotación de una planta de reciclaje de residuos de construcción y demolición, como de la normativa contractual que resulta de aplicación, y ello frente a la respuesta, objetiva y motivada, dada por el Juzgador a quo en la sentencia que - a juicio de la Sala- resulta razonable a la vista del Pliego y los preceptos normativos de aplicación, así como del resultado de la prueba practicada sobre la prestación del servicio y las circunstancias acaecidas durante el mismo, lo que nos permite anticipar la suerte desestimatoria del recurso interpuesto toda vez que, como se indica en la sentencia apelada:

«Ya decía una sentencia de este mismo Juzgado en un supuesto similar que "las empresas no se acuerdan del reequilibrio económico cuando ganan más de lo previsto, sino solo cuando pierden." Y este mismo criterio es aplicable a este litigio: la demandante había invertido 1.800.000 euros y tenía previstos unos ingresos anuales de 1.700.000 euros; el contrato por tanto tenía magníficas expectativas de lucro, ya que su duración es de 20 años. Pues bien, hay que estar al riesgo y ventura y, por tanto, si las constructoras han disminuido drásticamente su actividad y llevan a reciclar menos toneladas de escombros, evidentemente no hay motivo alguno para que las pérdidas las asuma el Ayuntamiento de Ciudad Real.

Amparándose en el concepto de reequilibrio económico, las demandantes van mucho más allá de lo razonable. Para conseguir el reequilibrio, cabría pretender rebajar el precio que la concesionaria abona al Ayuntamiento de 1.00 euros mensuales más un 1% de la facturación. Pero lejos de eso, también pretende que el Ayuntamiento le abone una contraprestación anual para conseguir que la empresa tenga el RAI (rendimientos antes de impuestos) anual igual a 0 euros, o, dicho de otra manera, que cargue el Ayuntamiento con todas las pérdidas, lo cual ya no es reequilibrar, sino imputar a la Administración la totalidad de la parte negativa. Cuando

voluntariamente acudió a la licitación, obviamente ya conocía todos los pormenores del contrato que se iba a firmar, y en el propio nombre del contrato ya aparecía la expresión "riesgo y ventura". Además, no se trata de un incauto sin experiencia, sino que Cespa es una empresa líder en la prestación de servicios medioambientales y en la gestión y tratamiento de residuos en España; se trata de una filial de Ferrovial Servicios y cuenta con una cuota de mercado superior al 15% en actividades de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, ofreciendo sus servicios en más de 800 municipios, tal y como consta en los Autos,».

**QUINTO.-** Jurisprudencia y normativa de aplicación a la pretensión ejercitada.

Es preciso destacar, ante una pretensión como la ejercitada por la parte apelante, el pronunciamiento del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2015 ( Recurso Casación 449/2012 ( ROJ STS 956/2015), puesto que a pesar de estar referenciado al recurso de la concesionaria de una autopista de peaje contra la desestimación de la solicitud en la que interesó el restablecimiento del equilibrio económico de dicha concesión sobre la base de la disminución del tráfico en los tramos objeto de vía de peaje, resulta de aplicación al supuesto de autos cuando la parte apelante, al igual que hacía en la instancia, pretende hacer valer la disminución del número de toneladas anuales de escombros que entran en la planta para su reciclaje (que entiende que es provocada por la crisis económica) como argumento para instar el restablecimiento económico. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia viene a fijar las siguientes consideraciones:

*"La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras*



normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ( "ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

*Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP , introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.*

*Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla."*

En relación a la situación económica, las sentencias de 14 de junio de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la más reciente de 22 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias –referida a un contrato de concesión de obra pública–, han rechazado que la mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato. De manera que



tampoco es posible encajar, en este supuesto, la crisis económica como fundamento y causa del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. Según la Junta Consultiva la crisis económica no se encuadra en ninguno de ellos, queda por comprobar si la crisis económica como riesgo imprevisible es causa de reestablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En la legislación del régimen local español, se contempla como causa de reestablecimiento económico de la concesión de servicios públicos -art. 127.2.2.º b) del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales- cuando, aun sin mediar modificación en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia de 2 de marzo de 1999, advierte que «no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva, ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta». En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar 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 (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7.<sup>a</sup> de la Sala 3.<sup>a</sup> en el Recurso núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992, ambas de la misma Sala y Sección).

Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder—, en este caso la Administración municipal.

Finalmente, conviene recordar, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto de la entidad contratante—, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante.

**SEXTO.**— Resolución de la controversia, desestimación del recurso de apelación.

La Jurisprudencia y normativa referidas no permiten a la Sala llegar a una conclusión distinta a la recogida por el Juez a quo en su sentencia, cuando resalta la naturaleza jurídica del contrato de concesión concertado, a riesgo y ventura del contratante, puesto que para que se derogue el principio de riesgo y ventura del contratista y se genere su derecho a ser indemnizado por la Administración es preciso que el concesionario acredite que la Administración ha modificado el contrato en su perjuicio o que ha existido un evento extraordinario e imprevisible posterior a la licitación, así como que dicha modificación o evento hubiesen roto el equilibrio económico financiero del contrato, 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, lo que además tiene su trascendencia en un supuesto como el que nos ocupa, debiendo tener en cuenta, como señala la sentencia de instancia, que la demandante había invertido 1.800.000 € y tenía previstos unos ingresos anuales de 1.700.000 €, por lo que el contrato tenía magníficas expectativas de lucro, ya que su duración es de 20 años, debiendo estar al principio de riesgo y ventura.

Para que pudiera prosperar la pretensión de la apelante sería necesario que los motivos por los que sus expectativas se frustraron fuesen imputables al Ayuntamiento apelado, imputación que no es posible porque la producción de las causas no depende de la voluntad de la Administración municipal, concretamente, la disminución de la actividad de construcción. En el PCAP, que es la ley del contrato, se establece claramente que el contrato se celebra a riesgo y ventura del concesionario. No hay, por tanto, vulneración de los actos propios, de la buena fe ni de la confianza legítima.

Igualmente, tampoco es posible invocar la existencia de una crisis económica para justificar dicho desequilibrio, cuando a la fecha de inicio de la contratación la crisis económica en España no era una circunstancia imprevisible, puesto que ya se había iniciado, ni era imprevisible la disminución de la actividad de construcción. Como dice la Sentencia impugnada -cuya fundamentación jurídica comparte esta Sala- *“Cuando voluntariamente acudió a la licitación, obviamente ya conocía todos los pormenores del contrato que se iba a firmar, y en el propio nombre del contrato ya aparecía la expresión “riesgo y ventura”. Además, no se trata de un incauto sin experiencia, sino que Cespa es una empresa líder en la prestación de servicios medioambientales y en la gestión y tratamiento de residuos en España; se trata de una filial de Ferrovial Servicios y cuenta con una cuota de mercado superior al 15% en actividades de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, ofreciendo sus servicios en más de 800 municipios, tal y como consta en los Autos”*.

En este sentido, resulta ilustrativo el acto administrativo objeto del recurso contencioso-administrativo cuando señala al respecto que *“Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de esta demanda, pues ha provocado una retracción en la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podían ser conocidas por el licitador, con tal de que su análisis de situación, y las consiguientes previsiones, se hiciera ajustándose a los datos reales, y no a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido.*

*El propio pliego de cláusulas administrativas al recoger en su cláusula segunda el precio del contrato, estipula que*

*una parte de este precio es variable, al establecer un "1% de la facturación total por toneladas entrantes por trimestre", por tanto, el propio pliego prevé un mecanismo para paliar las posibles alteraciones del contrato referido al número de toneladas de escombros entrantes en la planta de reciclado".*

*Como señala la STS de 7 de marzo de 2018 ( RC 2799/2015 ) " el elemento de aleatoriedad en los contratos supone que el fracaso de las expectativas económicas que se tenían al prestar el consentimiento no le exime de cumplir lo pactado ni para reclamar su modificación".*

*En definitiva, y de acuerdo con la normativa y jurisprudencia citada, el restablecimiento del equilibrio económico solo opera cuando se comprueba que:*

*- Existe una mayor onerosidad sobrevenida, porque existen hechos imprevisibles, que aun con una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas.*

*- Se ha producido una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato (principio de factum propium), que han podido condicionar el régimen económico del contrato.*

*- La técnica del equilibrio económico financiero del contrato no debe ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, que es el que presenta el contratista a licitación.*

*- Tampoco es posible entender que la crisis económica constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico.*

*De acuerdo con lo expuesto procede el rechazo de este motivo de impugnación, pues no ha existido un hecho*

imprevisible, ya que el hecho imprevisible que alega la parte apelante es la crisis económica que se inició en el año 2008, y ya hemos dicho que la crisis económica no constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico. Y por otro lado, no se ha acreditado que se haya producido una actuación administrativa que altere las condiciones del contrato (principio factum principis) que hayan podido condicionar el régimen económico del contrato, puesto que la fijación del precio a pagar por los usuarios se pactó inicialmente, según reconoce la apelante en el recurso de apelación, de conformidad entre ambas partes, por lo que tras la firma del contrato no ha existido una actuación de la Administración que altere las condiciones fijadas en el contrato. Es más, el propio apelante reconoce en el recurso de apelación que, incluso, para lograr una mejor competencia ha disminuido el precio que cobra a los usuarios de forma unilateral.

**SÉPTIMO.-** Sobre nuevas autorizaciones administrativas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 217.2 de la LEC no es suficiente con alegar hechos, sino que los mismos deben ser probados, ya que la falta de los hechos implica que nos movamos en el terreno de las simples manifestaciones de parte, sin relevancia probatoria alguna. Y esto es lo que ocurre en el caso concreto que nos ocupa, en el que la parte apelante afirma que el Ayuntamiento ha otorgado nuevas autorizaciones administrativas con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero no aporta prueba que lo acredite, por lo que no podemos sino considerar que se trata de alegaciones de parte carentes de sustento probatorio alguno.



No obstante, y como puntualiza la parte apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación, el supervisor del contrato en el acto de práctica de prueba declaró que no existen otras instalaciones en Ciudad Real, por lo que la apelante depende única y exclusivamente de sus propias estrategias de gestión. Es decir, por un lado, la apelante no aporta prueba alguna de que el Ayuntamiento haya concedido autorizaciones administrativas con posterioridad a la adjudicación, y, por otro, dicha afirmación queda desvirtuada por la declaración del supervisor del contrato.

**OCTAVO.-** Sobre la resolución del contrato.

Son causas de resolución del contrato, las establecidas en la Cláusula 21 del PCAP, así:

"1.- Las recogidas en los artículos 111 y 192 del Texto Refundido de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como en el art. 3o del art. 8. (normativa ya derogada y debe aplicarse en la actualidad el art. 223, 224 y 225 del T.R.L.C.S.P. causas generales de resolución de todos los contratos., y los arts. 299 y 300 causas de resolución del contrato de suministro que corresponde con el antiguo 192.).

2.- Las establecidas en otras cláusulas de este pliego.

3.- Incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato. La parte que haya cumplido sus obligaciones tendrá derecho a exigir el cumplimiento de la obligación a la otra o promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.124 del Código Civil.

4.- Pérdida de las fincas objeto del contrato por causa no imputable al ayuntamiento.

5.- La cesión inconsentida.

6.- La realización de daños causados dolosamente en las parcelas objeto del contrato o de obras no consentidas por el arrendador."

También son causas de resolución del contrato las que se recogen en el art. 223 del T.R.L.C.S.P., que regula el régimen de resolución de los contratos y son las siguientes:

"a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley."

Y también las que se recogen en el art. 299 del mismo texto legal, con respecto a los contratos de suministro, régimen aplicable según lo dispone el propio pliego de cláusulas, y que son las siguientes:

"Son causas de resolución del contrato de suministro, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:

a) La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor."

Del examen de las actuaciones no consta acreditado que concurra alguna de las causas que permitan la extinción o resolución del contrato. Se alega por la parte apelada el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de sus obligaciones. No obstante, si leemos detenidamente la Cláusula 19 del PCAP podemos comprobar que el Ayuntamiento no ha incumplido ninguna de las obligaciones que asumió con la firma del contrato, esto es: "1. Entregar al adjudicatario las parcelas objeto del contrato en el plazo establecido; 2. Mantener al adjudicatario en el goce pacífico por todo el tiempo del contrato".

Tampoco ha existido incumplimiento del Ayuntamiento de la Cláusula 6ª del contrato, puesto que de las propias argumentaciones de la parte actora se constata que el precio pactado inicialmente en el contrato no ha sido un elemento

esencial en la ruptura del equilibrio económico del contrato, ya que la propia apelante decidió unilateralmente reducir el precio que cobra a los usuarios para lograr una mayor competitividad en el mercado. Es decir, si la parte apelante reprocha al Ayuntamiento no haber querido modificar el precio que se cobra a los usuarios al alza, resulta un contrasentido, cuando es la propia apelante la que reconoce que ha tenido que rebajar el precio para lograr una mayor competitividad en el mercado. Y por otro, si se le reprocha no haber querido modificarlo a la baja, también carecería de sentido, porque es la propia apelante la que reconoce que decidió rebajar el precio para lograr una mayor competitividad.

En cualquier caso, y como dice la sentencia impugnada, si lo que efectúa la recurrente es una renuncia unilateral, lo debe solicitar así expresamente al Ayuntamiento, que tendría la obligación de tramitar y dar cumplida respuesta a dicha solicitud.

En conclusión, procede la desestimación del recurso de apelación, así como de cuantos motivos de impugnación hace valer la parte apelante, y confirmar la sentencia apelada.

**NOVENO.-** Costas.

En cuanto a las costas, y al amparo de lo dispuesto en el art. 139 2 de la LJCA, y al haber sido totalmente desestimado el recurso de apelación, procede hacer su expresa imposición a la parte recurrente.

No obstante, y haciendo uso de las facultades de moderación previstas en el art. 139 4 de la LJCA, y en atención al grado de dificultad, procede limitar su importe en la cantidad máxima de 1.000 €, por los honorarios de Letrado (IVA excluido).

Visto lo anterior, en la Sala decidimos

## F A L L O

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Ruiz Villa, en nombre y representación de la mercantil CESPJA JARDINERIA S.L., contra la Sentencia n<sup>o</sup> 176/2018, de 10 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n<sup>o</sup> 1 de Ciudad Real en el Procedimiento Ordinario n<sup>o</sup> 187/2017.

2) Confirmar dicha sentencia.

3) Imponer las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente, aunque limitadas a la cantidad de 1.000 € por los honorarios de Letrado (IVA excluido).

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso extraordinario y limitado de casación ante la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, siempre que la infracción del ordenamiento jurídico presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. El recurso habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, mencionando en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Inmaculada Donate Valera, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.