

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Rollo de apelación nº 185/2017**

**SENTENCIA Nº 652/2019**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

**DON JAVIER AGUAYO MEJÍA**

**Magistrados**

**DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS**

**DON JORDI PALOMER BOU**

**DON JAVIER BONET FRIGOLA**

En la Ciudad de Barcelona, a dieciséis de julio de dos mil diecinueve.

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA)** ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación nº 185/2017, interpuesto por la F C N, representada por el Procurador Sr. J. F. B. y dirigida por el Letrado Sr. A. M., contra la sentencia dictada el 10 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Barcelona, en el procedimiento ordinario nº 379/2015, siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE BERGA, representado y dirigido por el Letrado Sr. J. L. O.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Jordi Palomer Bou, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el procedimiento ordinario nº 379/2015, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Barcelona, se dictó sentencia en fecha 10 de enero de 2017, que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del AYUNTAMIENTO DE BERGA de 18 de febrero de 2015 que desestima las alegaciones formuladas por la recurrente para que se estimar la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de concesión del servicio público de gestión de la UBICACIÓN 1.

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la F C N, en la representación que le es propia, el

cual fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal.

**TERCERO.-** Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se designó como tribunal la Sección de Refuerzo conforme al acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 4 de abril de 2019 y Magistrado Ponente, señalándose fecha para la votación y fallo del recurso, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Como se ha expuesto en los antecedentes, la sentencia dictada en fecha 25 de octubre de 2016, desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del AYUNTAMIENTO DE BERGA de 18 de febrero de 2015 que desestima las alegaciones formuladas por la recurrente para que se estimar la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de concesión del servicio público de gestión de la UBICACIÓN 1.

En el recurso interpuesto la F C N solicita se revoque la sentencia dictada, toda vez que considera que se dan todos los requisitos para entender que resulta exigible al Ayuntamiento que restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato siendo aplicable la doctrina rebus sic stantibus, la prohibición del enriquecimiento injusto y el deber de la administración de actuar de acuerdo con las normas de la buena fe, interdicción del abuso de derecho y del principio de seguridad jurídica.

Por la representación del Ayuntamiento demandado se opone al recurso interpuesto y solicita la desestimación del mismo.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, conviene recordar, con cita de la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1987, 05 de diciembre 1988, 20 de diciembre 1989, 5 07 1991, 14 de abril 1993, 26 de octubre 1998 y 15 de diciembre 1998, que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, por lo que el escrito de alegaciones del apelante debe contener una crítica razonada y articulada de la sentencia o auto apelada, que es lo que debe servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos la utilizados en la instancia con el fin de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia o acto a favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia o auto apelados al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; de manera que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, para que puedan examinar dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengan

ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. 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.

c) El recurso de apelación autoriza al Tribunal "ad quem" a revisar la valoración probatoria del juez "a quo", pero el hecho de que la apreciación por este lo sea de pruebas practicadas a su presencia y con respecto a los principios de inmediatez, oralidad y contradicción, determina por regla general, que la valoración probatoria realizada por el juez de instancia, a quien legalmente le corresponde la apreciación de las pruebas practicadas, se debe respetar a la altura, con el única excepción que la conclusión probatoria que se trate tenga apoyo en el conjunto probatorio practicado, o bien que las diligencias de prueba hayan sido practicadas defectuosamente, entendiéndose por infracción la que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente apreciable, así como de aquellas diligencias de prueba la valoración sea notoriamente errónea.

En este sentido es evidente que en el recurso de apelación interpuesto no se formula una crítica a la sentencia dictada, sino que se venden a reproducir las alegaciones ya formuladas en la demanda, a la que se remite incluso todo en cuanto a las pretensiones contenidas en la misma.

Lo dicho hasta ahora sería suficiente en sí mismo para desestimar el recurso, pero además hay que tener presente que las cuestiones planteadas se encuentran correctamente resueltas en la sentencia.

Así las cosas, la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectúa a riesgo y ventura del concesionario, quien asume los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por la ley y , en consecuencia, el contratista asume los riesgos inherentes al contrato. Como señala la STS de 30 de abril de 1999 , el principio de riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (o incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. De lo que se infiere que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejecución.

Ahora bien, el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser objeto de una interpretación tan rigurosa que excluya la responsabilidad de la Administración en otros supuestos, además del de fuerza mayor, como ocurre en el caso en que la conducta de la Administración haya provocado una mayor onerosidad para el contratista, con quiebra del principio de equilibrio financiero. La jurisprudencia viene reconociendo la derogación del principio de riesgo y ventura del contratista en virtud de la aplicación de los principios "rebus sic stantibus", el enriquecimiento injusto y del riesgo imprevisible. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre del 2003 afirma que la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula "rebus sic stantibus", exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que

no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado, y la STS de 19 de enero de 1998 dice que cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista, es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes". De la misma forma la STS de 30 de abril del 2001 acude a la figura jurídico doctrinal de la cláusula "rebus sic stantibus" o riesgo imprevisible, para el restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado "hecho del príncipe" o "ius variandi", en el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario, ha de relacionarse con el principio de "riesgo y ventura", ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional, que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa.

Por ello, para que se derogue el principio de riesgo y ventura del contratista y se genere su derecho a ser indemnizado por la Administración, se requiere que el concesionario acredite no solo que la Administración ha modificado el contrato en su perjuicio o que ha existido un evento extraordinario e imprevisible posterior a la licitación sino también que dicha modificación o evento ha roto el equilibrio económico financiero de la concesión poniendo en peligro la continuidad del servicio, 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. No se trata, en definitiva, ni de una garantía de beneficio para el concesionario ni de un seguro que cubra las posibles pérdidas económicas por parte de aquél, sino de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en

circunstancias anormales sobrevenidas , por lo que es necesario en cada caso concreto acreditar que el desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura consustancial a toda contratación.

Así se alegan motivos relacionados con la existencia de ingresos inferiores a los previstos, una demanda en el uso de la piscina inferior, que se trata de un equipamiento sobredimensionado, con unos costos de explotación que se tachan de insostenibles, aspectos todos ellos que en ningún modo pueden calificarse de imprevisibles o extraordinarios y que la parte contratante tuvo que tener en cuenta en su momento.

Como señalaba el FJ cuarto de la STS de 25 de abril de 2008, recurso de casación 5038/2008:

*"Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación.*

*Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad ( art. 3.2 C.Civil) (EDL 1889/1) y de buena fe ( art. 7.1 C.Civil) (EDL 1889/1) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública."*

Y es claro, por lo dicho hasta ahora que en ninguno de los motivos alegados se dan tales características, como tampoco concurren en el supuesto de incremento del IVA, que es rechazo como causa de alteración del equilibrio económico financiero del contrato entre otras por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2013 ( rec. 2882/2013 ).

Por todo ello el recurso debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Procede, la condena en costas a la parte apelante, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". Este Tribunal considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

**1º.- DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la FCN contra la sentencia dictada el 10 de enero de 2017 por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 7 de Barcelona en el recurso ordinario número 379/2015.

**2º.- IMPONER** a la parte actora apelante al pago de las costas, hasta el límite de 2.000 euros

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al artículo 89.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción conferida por L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el artículo 86 y siguientes LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

