

ROSA LLUM FERNANDEZ I FELIU  
Procuradora dels Tribunals  
C/ Mestre Francesc Civil, 2 Entl.  
Tel.: 972.48.70.05 Fax: 972.41.37.22  
E-mail: llumfernandez@telefonica.net

Advocat: LLUIS CASES PALLARES  
Sva Ref: / Mva. Ref: A1830  
Client: AJUNTAMENT DE GIRONA  
Contrari: .....  
Notificat: 24/11/16

**Juzgado Contencioso Administrativo 1 Girona (UPSD Cont.Administrativa 1)**

Plaza de Josep Maria Lidón Corbí, 1  
17001 Girona

*REFERENCIA: Recurso ordinario 121/2015*

*Parte recurrente:*

*Parte demandada: AJUNTAMENT DE GIRONA*

**SENTENCIA Nº 213/16**

En Girona, a 22 de noviembre de 2016

Vistos por mí, Asunción Loranca Ruilópez, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Girona, los autos del presente recurso contencioso-administrativo ordinario número 121/15, interpuesto por

representada por la Proc. Sra. Juandó Agustí, asistida del letrado Sr. Anglada Soler, frente al Ayuntamiento de Girona, representado por la Proc. Sa. Llum Fernández, asistida del Letrado Sr. Cases Pallarès, se ha dictado la siguiente,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por plazo de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó a que se procediese al rescate de la concesión con indemnización de daños y perjuicios por importe de 4.195.011 euros más 4.808.000 euros en concepto de recuperación de la inversión. De forma subsidiaria, se pretende que se declare el derecho de la recurrente a restablecer equilibrio económico mediante el pago por parte de la demandada de 4.195.011 euros en concepto de daño patrimonial pasado y 10.416.312,55 euros en concepto de daño futuro (a razón de 180.000 euros anuales hasta el término de la concesión). declare la nulidad de la resolución impugnada, con imposición de costas.

SEGUNDO. La Administración demandada, una vez conferido el trámite para contestar a la demanda, presentó escrito en el que, tras aducir los hechos y los fundamentos de derecho que considera de aplicación, suplica que se dicte sentencia que desestime el recurso con condena en costas a la parte actora.

TERCERO. Se propuso y admitió prueba y se practicó la admitida y la acordada para mejor

decidir. Las partes concluyeron por su orden y los autos quedaron conclusos para sentencia.

CUARTO. La cuantía del recurso es indeterminada.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Del objeto del recurso y del contenido de la demanda.

El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la desestimación presunta de la reclamación formulada por la recurrente en fecha 11 de noviembre de 2014 por la que solicitaba el rescate o el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión administrativa relativa a la construcción y explotación de los aparcamientos de vehículos ubicados en el subsuelo de las plazas Miquel de Palol y Prudenci Bertrana (en adelante, en la zona Güell) y en la calle Emili Grahit de Girona.

Expresado sintéticamente, en la demanda se aduce que las actuaciones realizadas por parte del Ayuntamiento de Girona han convertido en ruinoso el negocio concesional hasta el punto de que no se ha podido hacer frente al pago de las hipotecas concertadas, por lo que han sido iniciadas sendas ejecuciones hipotecarias. En concreto, se alega que el desequilibrio económico se habría producido como consecuencia del cierre a la circulación de algunas calles y del cambio del sentido circulatorio en otras, lo que habría dificultado o impedido el acceso a los aparcamientos, así como por la creación de nuevos aparcamientos privados y públicos (con infracción, incluso, de la normativa urbanística), y con la consecuencia de que la demandada habría asumido el servicio público, estando obligada por ello al rescate de la concesión.

Se resalta que, a pesar de ser preceptivo, no se realizó ningún estudio financiero que determinara el límite mínimo de rentabilidad de la concesión; que se han realizado importantes inversiones que fueron cubiertas con dinero privado y con dos hipotecas por importe total de 9.000.000 euros y que los ingresos han ido disminuyendo de tal forma que se hace imposible la continuación del negocio.

En cuanto al aparcamiento de la calle Emili Grahit, se señala la existencia de un incremento de gasto respecto del proyecto inicial como consecuencia del cambio de ubicación decidido por la demandada.

Se alega que se ha realizado una adecuada gestión del negocio y que las expectativas se han visto frustradas por la actuación de la demandada, no siendo posible absorber los gastos de explotación, amortización del inmovilizado y financieros.

Se solicita el rescate de la concesión con indemnización de daños y perjuicios por importe de 4.195.011 euros más 4.808.000 euros en concepto de recuperación de la inversión. De forma subsidiaria, se pretende que se declare el derecho de la recurrente a restablecer equilibrio económico mediante el pago por parte de la demandada de 4.195.011 euros en concepto de daño patrimonial pasado y 10.416.312,55 euros en concepto de daño futuro (a razón de 180.000 euros anuales hasta el término de la concesión).

SEGUNDO. De la contestación a la demanda.

La demandada se opone alegando, en síntesis, que el 30 de abril de 2003 le fue adjudicado a la recurrente el concurso para la construcción y ulterior explotación de los aparcamientos sitios en el subsuelo de las plazas Miguel de Palol y Prudenci Bertrana y en la calle de la Creu, así como estacionamiento de vehículos en superficie en la calle Emili Grahit; que por razones de interés público se acordó el traslado del aparcamiento de la calle de la Creu a Emili Grahit y que esta modificación sustancial fue aceptada por la recurrente, que fue compensada con la ampliación del plazo de vigencia de la concesión.

En fecha 14 de diciembre de 2007 se formalizó el título concesional y la concesionaria procedió a constituir dos hipotecas sobre la concesión. Sostiene que se trata de una concesión demanial para el uso privativo de un bien de dominio público, que implicaba la realización de unas obras y la posterior explotación y gestión del servicio de aparcamiento (competencia municipal), que no se atribuyó en exclusiva al recurrente.

Se resalta que la explotación del servicio sería por cuenta y riesgo del concesionario y que no se garantizaba un determinado nivel de rentabilidad y, además, que el alegado desequilibrio económico no es imputable a ninguna actuación de la demandada.

Aduce que el rescate de una concesión constituye una facultad discrecional de la Administración y que se puede ejercitar por razones de interés público siguiendo el procedimiento legalmente previsto; que no se ha asumido la gestión directa del servicio y no concurren razones de interés público para la adopción de tal medida.

Se señala que el riesgo de disminución de usuarios ha de ser asumido por la concesionaria, que explota el servicio a su riesgo y ventura; que en una concesión de servicio no es aplicable la excepción del *factum principis* y que no se ha acreditado la existencia de desequilibrio financiero y, en todo caso, no se acredita que las actuaciones de la demandada hayan determinado de forma directa e inmediata la reducción de ingresos. Finalmente, señala que no estamos ante un riesgo imprevisible. Solicita la desestimación de la demanda.

TERCERO. De la naturaleza jurídica de la relación entre las partes.

Antes de nada, debe señalarse que la parte demandada junto con el escrito de conclusiones ha acompañado prueba documental que no puede ser admitida por extemporánea, no teniéndose en cuenta para la resolución del litigio.

Ha de analizarse la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes consistente en la construcción y ulterior explotación de aparcamientos ubicados en zonas de dominio público. Se trata de una relación jurídica compleja, con el contenido típico de un contrato de obras y de una concesión de servicios. El concurso fue adjudicado en fecha 30 de abril de 2003, no siendo aplicables previsiones de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que ha añadido un Título V al Libro II de la Ley de Contratos (artículos 220 y siguientes) y que regula el contrato de concesión de obra así como la financiación de la misma mediante

concesión de dominio (artículos 130 y siguientes de la Ley según su nueva redacción). La parte actora hace referencia a una normativa que no estaba en vigor en el momento de adjudicación del contrato que nos ocupa y que, por lo tanto, no resulta aplicable.

Teniendo en cuenta la normativa de aplicación, se puede concluir que estamos ante un contrato mixto, en el que la concesionaria se compromete a construir aparcamientos y a cambio recibe las explotaciones de los mismos durante determinados años. En la fase de explotación ha de aplicarse lo prevenido para los contratos de concesión de servicios públicos, en concreto, lo prevenido en el art. 156.a) del Real Decreto Legislativo 2/2.000. Este artículo determina que la gestión de los servicios públicos puede adoptar la modalidad de concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

Parece conveniente señalar la vigencia, en materia de contratación, del principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas (art. 94 LCAP de 2000) y también del principio de riesgo y ventura (aleatoriedad, art. 98 LCAP de 2000). Y que las causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis") y los hechos de fuerza mayor o riesgo imprevisible son las tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos. Más allá de los supuestos tasados, 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 (SSTS de 20 de abril y 6 de noviembre de 2015).

Es decir, al margen de la alteración de la economía del contrato por la "potestas variandi" de la Administración y por el llamado "factum principis", los demás supuestos de alteración acontecidos por hechos imprevisibles y ajenos a las partes contratantes dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico cuando lo que está en juego es la prestación indirecta de un servicio público mediante la técnica de la concesión con el fin de garantizar la continuidad y buena prestación del servicio.

#### CUARTO. Del rescate de la concesión

La recurrente pretende en primer lugar que se proceda a declarar el rescate de la concesión en base a que la demandada habría procedido de facto a asumir la prestación del servicio público. La STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010 distingue entre la denuncia anticipada del contrato y el rescate de la concesión y dice: *"Para distinguir entre ambos supuestos resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999, que se remite a una anterior de 25 de septiembre de 1987. La primera de ellas, que se refiere a preceptos de la legislación local totalmente equiparables a los que aquí se utilizan, afirma la facultad de la Administración "para dejar sin efecto la concesión antes de su vencimiento, si lo justificasen las circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causasen, o sin él cuando no procediese; de esta forma se configura lo que podríamos denominar el rescate forzoso, como una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos, por razones de interés público, expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada; frente al rescate contractual, que también opera como causa de extinción de la concesión antes de su expiración normal, en virtud de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones, en cuyo caso la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el contrato (...). Pero, en uno y otro supuesto, el*

*rescate del servicio supone una reversión anticipada, cuyo motivo se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma".*

El rescate en el contrato de gestión de servicios públicos constituye una decisión unitateral y discrecional de la Administración que, por razones de interés público, decide poner fin a la concesión antes de que llegue el plazo de su vencimiento para asumir ella la gestión directa del servicio.

Como se señala en la Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de julio de 2009, la Administración actúa en el ámbito de su potestad discrecional para decidir la necesidad o no del rescate y a los Tribunales les corresponde la tutela judicial plena y la interdicción de la arbitrariedad pero sin olvidar la función que a una Administración democrática corresponde de elegir entre alternativas jurídicamente posibles, según su propia valoración técnica, y en función de la consideración de la eficacia administrativa para servir con objetividad los intereses generales, como establece el artículo 103 CE. Y resalta que ni el principio de legalidad ni el de tutela judicial efectiva justifican que se sustituya la decisión administrativa por otra judicial, si ésta no está sustentada en los mecanismos que proporciona el ordenamiento y que aun cuando fuese viable acordar el rescate de la concesión, no existe norma legal que imponga tal decisión a la Administración, que no se ve privada de su potestad discrecional para decidir si concurren o no razones de utilidad pública para proceder al mismo.

En el presente caso, no concurren tales razones de utilidad pública que justifiquen la declaración del rescate de la concesión. La recurrente pretende que se amparen sus intereses que no tienen por qué coincidir y de hecho no coinciden con los intereses generales y la utilidad pública que exige el rescate y tampoco resulta acreditado que la demandada haya procedido de facto a rescatar el servicio. Se desestima, por lo tanto, la pretensión principal.

QUINTO. De la pretensión subsidiaria: restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Del principio de riesgo y ventura del contratista y de las excepciones al mismo.

Para analizar esta pretensión ha de examinarse el principio de riesgo y ventura, al que ya se ha hecho referencia. El artículo 98 TRLCAP atribuye al contratista el riesgo y ventura del contrato. Este principio estaba ya recogido en la normativa anterior. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001 señalan que *"el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial".*

Este principio se manifiesta con especial intensidad en la concesión al tratarse de contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación (el servicio público que gestiona). El riesgo de

explotación (grado de utilización del servicio) constituye un elemento esencial de la concesión.

El Consejo de Estado en el dictamen de fecha 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002) en relación a este principio dice que: *«el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (dictamen del Consejo de Estado número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública».*

Este principio de riesgo y ventura se contempla en la cláusula 8 del Pliego de Condiciones (el concesionario explotará por su cuenta y riesgo los aparcamientos).

El principio de riesgo y ventura del contratista aplicado al contrato de gestión de los servicios públicos ha sido matizado a través de una serie de técnicas que, partiendo de la modificabilidad del objeto del contrato en aras del interés público, sientan el equilibrio de dicho contrato en el equilibrio financiero. Hay supuestos en que la necesidad de restablecimiento del equilibrio financiero resulta de una actuación directa de la Administración, "ius variandi", o de una indirecta, "factum principis" y hay supuestos en que la mayor onerosidad para el contratista se produce al margen de la conducta de la Administración, "fuerza mayor o riesgo imprevisible". Ello no supone una garantía en beneficio del concesionario ni un seguro a favor del mismo sino un mecanismo capaz de asegurar a ultranza el fin público que la Administración tiene encomendado.

En relación a esta cuestión, la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, de 27 de enero de 2005 dice: *"SEGUNDO.- La regla general que rige la contratación administrativa de riesgo y ventura recogida en el art. 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, así como la regla de la inalterabilidad de los contratos, art. 51 del mismo reglamento, ceden a las reglas excepcionales de alteración de las condiciones tenidas en cuenta al tiempo de la adjudicación de la concesión de gestión de servicios públicos, tratando de mantener el equilibrio entre la nueva situación producida y los ingresos esperados y previstos por las partes, logrando con ello una continuidad en la prestación del servicio público y dominando sobre el abandono de la misma por parte del concesionario al no poder soportar económicamente la situación. Se sustituye así el carácter rígido del principio pacta sunt servanda por el de la flexibilidad, en base al interés público mencionado, y el principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales.*

*(...) Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3-1-2001, refiriéndose a otra de la misma Sala de fecha de 27 de febrero de 2001, ha de ponderarse que, a la vista del art. 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y de lo que impone la normativa sobre contratos del Estado, aplicable a los de las entidades locales, existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo las excepciones admitidas que son, eso, excepciones a un régimen general de mantenimiento de las condiciones establecidas en los correspondientes Pliegos, y que, en cuanto tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque hayan sido inicialmente previstas o porque ocasionen una ruptura del equilibrio económico financiero claramente acreditada o*

*porque resulte evidentemente producida por la superveniencia de hechos que alteren dicho equilibrio.*

*De todas formas, como ha señalado la Jurisprudencia, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (arts. 126.2.b), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3) acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo tanto del hecho del príncipe (apartado a), como de la teoría de la imprevisión (en el apartado b)...”.*

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2016 dice *“En términos generales, los contratos administrativos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, lo que no es sino manifestación del principio pacta sunt servanda que informa la normativa sobre contratación. Ello no obsta para que 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”.*

#### SEXTO. Del riesgo imprevisible.

En el presente caso, la parte actora imputa el desequilibrio que dice padecer a actuaciones llevadas a cabo por la Administración demandada. Conviene recordar que los presupuestos de aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible pueden resumirse en los siguientes aspectos: a) es independiente de las actuaciones directas o indirectas de la Administración; b) la obligación de mantener el equilibrio financiero depende exclusivamente de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que hayan dado lugar a una verdadera subversión de la economía de la concesión; c) debe haber una coparticipación entre el concedente y el concesionario en los riesgos sobrevenidos; d) como requisito negativo, han de ser circunstancias independientes de la buena gestión del concesionario, que en todo caso se exige; y e) la coparticipación en los riesgos puede adoptar modalidades muy diversas: revisión de tarifas, otorgamiento de subvención o cualquier otra forma de compensación económica.

Se exige, por lo tanto, que el riesgo imprevisible consista en hechos ajenos a las actuaciones directas o indirectas de las partes. Teniendo en cuenta que la recurrente imputa su situación económica al actuar de la demandada, ha de concluirse en la inaplicación al caso de la doctrina del riesgo imprevisible. No obstante, conviene recordar, brevemente, que la disminución de los usuarios de un servicio con la consiguiente reducción de ingresos no constituye una circunstancia imprevisible sino que forma parte del riesgo que ha de valorarse por el contratista.

#### SÉPTIMO. Del “factum principis” .

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1995 señala que los requisitos de esta figura son la imprevisibilidad, la relación de causalidad entre la medida adoptada y el perjuicio causado, que, además, ha de ser evaluable.

Y la reciente STSJ de Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, dc 28 de julio de 2016 se dice: *"En la figura del factum principis se pueden identificar dos elementos: por una parte, una actuación procedente de la propia Administración concedente - medida imperativa y de obligado acatamiento, caracterizada, además, por su generalidad e imprevisibilidad - y, por otra, una evidente incidencia de dicha actuación en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario - es decir, ha de existir una relación de causalidad entre ambos .*

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

Aunque, como señala la demandada, la aplicación del principio factum principis se asocia jurisprudencialmente a la materia de contratos de concesión de obras públicas, ello no conlleva que no resulte operativa en supuestos de concesiones de servicio público. En ambos supuestos se trataría de paliar la situación derivada de la adopción por la Administración de medidas administrativas al margen del contrato que determina una repercusión indirecta en el ámbito de sus relaciones contractuales que conlleva una excesiva onerosidad en la prestación del contratista.

En suma, la responsabilidad por factum principis tiene fundamento y origen extracontractual (aunque se liquide en el seno del contrato) y los requisitos para su aplicación son el uso de potestades públicas imprevisibles y extraordinarias a la vista del contrato y el daño o perjuicio real al contratista, así como la inexistencia de otros mecanismos de resarcimiento dentro del contrato.

OCTAVO. De la actuación de la Administración demandada.

Ha de resaltarse (y así lo expresa reiteradamente la demandada), que no estamos ante una concesión que implique una atribución en exclusiva del servicio público de aparcamiento en una determinada zona a favor de la recurrente. Y, siendo así, se concluye que la existencia de la concesión no puede ser una traba para que la demandada organice el servicio de la forma que considere más conveniente y, en concreto, mediante el cambio de estacionamiento libre a zona verde o azul, la creación de nuevos aparcamientos públicos conformes a la normativa urbanística o la autorización de aparcamientos privados si se cumplen las previsiones legales.

Tampoco los cambios en el sentido de la circulación en determinadas calles puede considerarse un hecho imprevisible. No parece razonable que se pueda exigir a la

demandada que mantenga la misma regulación del tráfico durante todo el tiempo de vigencia de la concesión (48 años y 50 años). Lo mismo puede decirse en cuanto a la realización de obras públicas, en concreto, de las obras del TAV, y de las consiguientes alteraciones del tráfico que las obras pueden suponer, máxime cuando en el año 2003 se conocía la existencia de un proyecto para efectuar las mismas. Teniendo en cuenta la larga duración de la concesión, el hecho de que la ejecución de las obras se demorara en el tiempo no puede justificar la pretensión actora. En definitiva, en estos casos, se trata de actuaciones que no pueden considerarse imprevisibles, lo que conlleva la inaplicación de la doctrina analizada.

La actora alega que podía prever que la demandada realizase actuaciones con infracción de la normativa urbanística. El perito judicial considera que el uso de aparcamiento no se permite en la zona calificada C.1 y sólo sería compatible en un 10% en la zona calificada como C.1.p. En base a ello sostiene que no eran previsibles las autorizaciones de aparcamiento en las zonas verdes en las que el PGOU no las permitía o lo hacía con la limitación del 10% de ocupación, detallando los aparcamientos que en el año 2003 ya estaban autorizados o tolerados a pesar de ubicarse en dicha zona y señalando que tras las obras del TAV, en lugar de arreglar y ajardinar los espacios bajo el viaducto, se ha procedido a ampliar los aparcamientos y a realizar nuevas concesiones. Y señala que no era previsible que se delimitase un aparcamiento libre tan grande dentro de la Devesa, en concreto, en el denominado Campo de Marte.

El artículo 148.2 del PGOU establece como usos compatibles el de aparcamiento y tránsito rodado que no ocupen más del 10% de la superficie total de la plaza, parque o jardín. El perito señala que no queda muy claro si en todos los espacios libres C.1 (verd públic per descans, esbarjo i relació social dels veïns) se permite el aparcamiento en superficie siempre que el espacio que ocupa conjuntamente con los viales no supere el 10% de la superficie (interpretación laxa) o, por el contrario, tal uso sólo sería compatible en el subgrupo C.1.p (interpretación estricta). El perito considera que la interpretación correcta es la estricta, que protege el espacio y que da sentido a la existencia de la clasificación citada.

La parte demandada disiente del parecer del perito judicial y señala que en la clau C.1 el aparcamiento es compatible siempre que no supere el 10% de la superficie total mientras que en la clau C.1.p el uso de aparcamiento compatible no está sujeto a limitación cuantitativa sino cualitativa (condiciones de ajardinamiento y arborización que no se exigen en la clau A4) y que este es el criterio seguido hasta ahora.

Se comparte la interpretación realizada por la demandada y que se compadece con el texto del artículo 148.2. Si se considerara que el precepto admite varias interpretaciones, ello no conllevaría sin más que el establecimiento de nuevos aparcamientos en dichos espacios resultara imprevisible para la actora, máxime cuando no consta que con anterioridad a la licitación se hubiera recabado la opinión de la demandada en relación a esta concreta cuestión. Tan previsible resulta que la demandada, atendiendo a las necesidades del servicio, establezca nuevos aparcamientos en zonas permitidas como que elimine los mismos si los intereses generales así lo aconsejan. En caso contrario, se estaría coartando la responsabilidad de la demandada de mejorar el servicio. En consecuencia, se considera que no resulta aplicable la doctrina del *factum principis*.

Para agotar los términos del debate, parece procedente analizar la cuestión relativa al incremento de costes como consecuencia del traslado del aparcamiento desde la calle de la Creu a la de Emili Grahit. A los efectos que nos ocupan, basta con señalar que la

modificación fue aceptada por la ahora recurrente, llegando las partes a un acuerdo respecto de la compensación correspondiente. El alegado incremento del coste de la construcción del aparcamiento como consecuencia de la subida del precio de los materiales no puede ser considerado imprevisible para la actora sino que se incardina dentro del principio de riesgo y ventura del contratista. Y otros factores, como el tiempo necesario para la efectuar la construcción o las características técnicas de la obra, dependen en gran medida de las decisiones del contratista y no pueden ser considerados imprevisibles para el mismo. Y, por todo ello, procedería la desestimación de la demanda sin necesidad de más consideraciones. No obstante, dados los términos del debate, parece procedente analizar la cuestión relativa a la existencia del alegado desequilibrio económico financiero.

#### DÉCIMO. De la situación de desequilibrio económico.

La actora sostiene que se encuentra en tal situación de desequilibrio y a los efectos de acreditar tal extremo aporta informe elaborado por K n el mismo se señala que la recurrente elaboró un plan de negocio conteniendo la estimación de la cuenta de resultados del periodo 2004-2014 y que se ha comparado la evolución de los ingresos reales con los estimados en dicho plan de negocio, siendo los reales sensiblemente inferiores a los previstos. Se ha comparado también la evolución de los costes de explotación estimados con los reales que, una vez en funcionamiento los dos aparcamientos, son sensiblemente superiores a los previstos. En el folio 18 del informe (358 de las actuaciones) se dice que el resultado negativo se debe principalmente a que las ventas fueron inferiores a las estimadas y que los costes de amortización se incrementaron por el aumento de los costes de construcción del aparcamiento de la calle de Emili Grahit. Además, al folio 19 se dice que la actora comenzó a incurrir en elevados costes financieros a partir del 2008 como consecuencia de la suscripción de dos préstamos hipotecarios que han supuesto unos gastos de 1.601.559 euros hasta la fecha del informe. En las conclusiones de dicho informe (folio 39 del mismo) se dice "hemos llevado a cabo un análisis comparativo de las magnitudes expresadas en el plan de negocio y las obtenidas por la sociedad desde el inicio de su actividad" y los resultados obtenidos por la sociedad desde el inicio de su actividad difieren significativamente de los esperados conforme se reflejaba en el plan de negocios. Y en el folio 40 sigue diciendo que la sociedad ha sufrido una disminución significativa de su patrimonio como consecuencia de las pérdidas acumuladas. Al folio 45, principios en los que se basa el informe, se señala que no se ha contemplado la realización de una auditoría financiera.

La demandada ha aportado informe pericial emitido por C que, en síntesis, concluye que al expediente de contratación no se acompañaron estudios económicos financieros ni planes de viabilidad; que la concesionaria no ha aportado la información que le ha sido requerida y ello ha supuesto la imposibilidad de llevar a término determinadas verificaciones o análisis de la razonabilidad de la información contable facilitada; que tras la adjudicación del contrato, la concesionaria ha modificado el número de plazas de aparcamiento y la financiación (no se contemplaba financiación externa), existiendo discrepancia entre el coste de la inversión que consta en la contabilidad a la declarada en la solicitud de licencia municipal; que a partir de los datos de la inversión declarada, de la financiación y de la proyección de ingresos y gastos entre los años 2008 a 2014, se desprende una rentabilidad positiva de la explotación conjunta de ambos aparcamientos para el conjunto del plazo concesional.

Ya se ha dicho que no resulta aplicable la normativa relativa a la concesión de obra pública citada por la recurrente en apoyo de sus pretensiones. Por otra parte, el plan de negocios al que se refiere el informe pericial fue elaborado con posterioridad a la licitación, como se evidencia de la mención que el mismo hace al cambio de ubicación del aparcamiento de la calle Emili Grahit. En consecuencia, no puede considerarse que la rentabilidad mínima que ha de tenerse en cuenta sea la que figura en el mencionado plan de negocio.

El perito judicial analiza el umbral mínimo de rentabilidad media de una concesión administrativa como la que nos ocupa. Señala el perito que en la cuestión inciden muchos factores y que además varían a lo largo de un periodo tan dilatado de tiempo, máxime cuando depende de la evolución futura de las formas de movilidad y de su situación en relación al crecimiento y la posición relativa a la zona comercial. Considera que la rentabilidad del plan de negocio (10,5%) era muy alta y fuera de la realidad para unos aparcamientos que no están en el centro de la ciudad y que en aparcamientos privados de características similares los valores habituales oscilan entre el 2,5 y el 3,25%.

Resulta evidente que la rentabilidad reflejada en el plan de negocios estaba completamente alejada de la realidad, máxime cuando ni tan siquiera se contemplaba la existencia de gastos financieros. Todo ello evidencia una deficiente planificación económica por parte de la actora. Tampoco se comparte que el nivel mínimo de rentabilidad deba ser equiparable al de la tasa de interés sin riesgo ya que ello resulta contradictorio con el principio de riesgo y ventura que toda concesión comporta. Conforme al criterio del perito judicial, la rentabilidad mínima podría fijarse en el 2,5%. Ahora bien, la probanza practicada no ha permitido determinar la rentabilidad obtenida por la concesión que nos ocupa. Ni en los informes periciales de parte ni en el del perito judicial se ha concretado este extremo. No puede olvidarse que la carga de la prueba correspondía a la actora, que debe soportar los perjuicios derivados de tal falta de probanza.

Ha de resaltarse que no cabe atribuir a la Administración los errores que la concesionaria haya podido cometer en sus previsiones para la determinación de su oferta. Las consecuencias que pueda tener la desviación de los ingresos reales sobre los cálculos que la concesionaria realizó bajo su exclusiva responsabilidad no pueden ser imputadas a la demandada ya que ello sería olvidar que el riesgo pesa sobre la propia oferente. Tampoco puede sostenerse que la disminución de ingresos o las pérdidas hasta el extremo de haber presentado concurso de acreedores sean muestra inequívoca del desequilibrio ya que ello supone desconocer la aleatoriedad contractual y el concepto jurídico de equilibrio concesional. Pretender obtener a lo largo de la vida de la concesión una rentabilidad equivalente a una inversión sin riesgo viene a eliminar el principio de riesgo y ventura del contratista que, sin someterse a las contingencias del devenir contractual fruto de la propia realidad social, tendría asegurado un rendimiento que podría no coincidir con el que realmente le pudiesen haber correspondido de sucederse el contrato a lo largo del tiempo y bajo el sometimiento a las situaciones que la realidad social pudiera ir generando.

En suma, dado que las actuaciones de la demandada a las que se ha hecho referencia no resultaban imprevisibles para la actora y que tampoco ha acreditado la existencia de una situación de desequilibrio económico financiero derivado de una falta de rentabilidad mínima del negocio, el recurso debe ser desestimado sin necesidad de analizar la relación de causalidad entre tales actuaciones y la acreditada disminución de ingresos de la explotación.

UNDÉCIMO. La complejidad de la cuestión litigiosa, las dudas de derecho que genera la resolución del asunto y la falta de resolución expresa por parte de la demandada determinan que no se haga especial imposición de costas.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo formulado por [redacted] representada por la Proc. Sra. Juandó Agustí, frente a la desestimación presunta por el Ayuntamiento de Girona, representado por la Proc. Sra. Llum Fernández, de la reclamación de rescate y reequilibrio económico y financiero de la concesión presentada por la actora el 11 de noviembre de 2014, sin hacer expresa condena en costas

Contra esta resolución puede interponerse recurso de apelación en el término de quince días, que sólo se admitirá previa constitución de un depósito de 50,00 euros, que se ingresará en la cuenta de este Juzgado 1685 0000 94 0121 15, con la advertencia que, de no constituirlo, se dictará auto que ponga fin a la tramitación del recurso, quedando firme la resolución impugnada, todo ello de acuerdo con la Disposición Adicional Quinceava de la LO 1/1985, del Poder Judicial, según la redacción dada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Los ingresos por transferencia deben hacerse en la cuenta bancaria nº IBAN ES55 0049 3569 92 0005001274, del Banco Santander y, en el campo OBSERVACIONES, debe consignarse el número de cuenta de consignaciones antes mencionado.

Expídase un testimonio para su unión a las actuaciones e insiérase el original en el libro de sentencias definitivas del Juzgado.

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

La magistrada juez

**PUBLICACIÓN:** La Ilma. Magistrada Juez que ha dictado la anterior sentencia la ha leído y la ha publicado en audiencia pública el mismo día de la fecha. Doy fe.

