

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

SENTENCIA: 00267/2019

Recurso de Apelación nº 93/2018

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª

Presidenta:

Iltma. Sra. Dª Eulalia Martínez López

Magistrados:

Iltmo. Sr. D. Constantino Merino González

Iltmo. Sr. D. José A. Fernández Buendía

Iltma. Sra. Dª Purificación López Toledo

SENTENCIA Nº 267/2019

En Albacete, a 21 de octubre de 2019.

Vistos por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha presente **recurso de apelación nº 93/2018** interpuesto por la Procuradora Dª. Ana Rosa Calleja García, en nombre y representación de Transportes Unidos de Asturias, SL y Nex Continental Holdings, SLU. Unión Temporal de Empresas, Ley 18/1982 (UTE Guadalajara), contra la Sentencia nº 1/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, de 03 de enero de 2018, dictada en el PO 53/2016-L, en materia de: **Reconocimiento y Compensación de los perjuicios sufridos los ejercicios 2013/2014 y 2014/2015, como**

adjudicataria del "contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados", siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. Eulalia Martínez López, que expresa el parecer de la Sala.

Ha comparecido como parte apelada el Letrado de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, en su nombre y en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se apela la Sentencia nº: 1/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, de 03 de enero de 2018, dictada en el PO 53/2016-L, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Desestimando el recurso interpuesto por ser ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, debo confirmar y confirmo el acto administrativo objeto de impugnación en el presente procedimiento, inacogiendo los pedimentos de la demanda. No se efectúa imposición de costas."

SEGUNDO. - La Procuradora D^a. Ana Rosa Calleja García, en nombre y representación de Transportes Unidos de Asturias, SL y Nex Continental Holdings, SLU. Unión Temporal de Empresas, Ley 18/1982 (UTE Guadalajara) ha interpuesto recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo, lo que interesa.

TERCERO. - La apelada se ha opuesto al recurso de apelación, interesando que por los motivos que expone sea desestimado.

CUARTO. - Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni vista ni la presentación de conclusiones, se señaló votación y fallo para el día 03 de octubre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se recurre la Sentencia nº: 1/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, de 03 de enero de 2018, dictada en el PO 53/2016-L, en materia de: Reconocimiento y Compensación de los perjuicios sufridos los ejercicios 2013/2014 y 2014/2015, como adjudicataria del "contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados".

La sentencia de instancia fundamenta el pronunciamiento de desestimación del recurso en que:

FD 2 a 5:

SEGUNDO.- El abordaje de la cuestión precisa, en el concepto de este Juzgador. detallar los caracteres definatorios del vínculo contractual entre UTE demandante y Consistorio recurrido, enmarcado como contrato de gestión de servicios públicos de carácter administrativo, siendo el servicio público satisfecho mediante el contrato en cuestión el del transporte colectivo urbano de viajeros de Guadalajara capital y sus barrios anexionados, el cual constituye uno de los de obligada prestación en la citada ciudad al tenor, en la redacción vigente al tiempo de suscripción del contrato administrativo, del artículo 26.1.d) de la Ley 7/1985. de Bases del Régimen Local y, por tanto, de correlativa posible exigencia por los vecinos ex art. 18.1.g) LBRL. Quiérase decir con ello que el servicio público mentado es. por disposición legal, imprescindible, de manera tal que el Consistorio afectado ha de atenderlo -debidamente- y ello aun cuando fuera, como ocurre con la práctica totalidad de los a cargo de los Ayuntamientos, deficitario.

Indiscutido se presenta en el caso, en virtud de experiencia contrastada en el tiempo. que el Ayuntamiento de Guadalajara ha de contribuir económicamente a su concesionario. cualquiera que fuera éste, buscándose siempre la menor onerosidad consistorial -pero onerosidad.

insoslayablemente- en lo que encuentra relevante protagonismo la disposición del contratista a seleccionar a buscar fórmulas que conjuguen la obtención de beneficio -norte de la actividad empresarial- honestándola con la disminución del cargo al erario municipal, lo que justifica la trascendencia de las mejoras ofertadas en tanto, en el caso concernido, se tornaron en clave de la adjudicación de la gestión del servicio público considerado. decantándola a favor de la UTE aquí actora en detrimento de otros licitadores.

La gestión del servicio público concernido se diseñó en la indirecta fórmula que es la concesional, cuya nota definitoria más reconocible radica en que se mantiene la titularidad administrativa del servicio público transfiriendo el riesgo económico de la gestión al concesionario, según el principio de riesgo y ventura -ex art. 215 TRLCSP2011-, el cual asume tanto la prosperidad como la adversidad -siempre económicamente hablando- pues, no ha de resultar ocioso remarcarlo en el concepto de este Juzgador, nadie le obliga a contratar ni a efectuar su proposición, directa o indirectamente como bien le pareciere, en plasmación de su libertad de criterio. El riesgo operacional en la concesión, lejos de desdibujarse en la moderna normativa de contratación del sector público, se acentúa y de ello es buena muestra la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, tardíamente objeto de transposición mediante la recientísima Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que hace especial hincapié en la asunción del riesgo operacional por el contratista en el contrato de concesión de servicios públicos, nueva denominación, al hilo de la nomenclatura propia del ámbito de la Unión Europea, del hasta ahora por nosotros designado como contrato de gestión de servicios públicos, cual el que contemplamos.

Importante es, paralelamente, destacar que el contrato de gestión de servicio público concernido no requería de ejecución de obras y por lo tanto estaba innecesitado de anteproyecto de explotación -documento que vincula al Ayuntamiento y de cuya parametrización no le es dable zafarse-

, obligado cuando el contrato de gestión de servicios públicos requiere de ejecución de obras según el artículo 117.2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (133.2 del TRLCSP2011), con lo que difícilmente puede la Administración inducir a error al licitador. el cual ha de conformar su proposición considerando las variables ínsitas a su oferta.

El planteamiento que antecede queda redondeado teniendo en cuenta que el régimen de invalidez prevenido en los artículos 31 y siguientes del TRLCSP2011 hace que la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato -ex art. 35.1 TRLCSP2011- lleve consigo la del mismo contrato que ha de entrar en fase de liquidación y ello comprendiendo también la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil (art. 36 del TR de continua invocación), entre las que se encuentra el error (arts. 1261, 1265 y 1300 del Código Civil).

*TERCERO.- La actora pretende la anulación de la resolución que combate judicialmente aduciendo una multiplicidad argumental, reconducible a tres motivos impugnatorios, desgranados en otros tantos fundamentos jurídicos de su demanda, a saber: a) error del consentimiento de la ahora demandante en la formalización del contrato derivada de la errónea información incluida en los Pliegos sobre el número de usuarios del servicio; b) infracción del artículo 282 del TRLCSP2011 al denegar el derecho de la actora al reequilibrio económico del contrato en tanto existente un supuesto de *faciúm principis* y c) infracción de la reciente jurisprudencia del TS y doctrina del Consejo de Estado sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Ante ese marco impugnatorio corresponde darle respuesta sustancial al dirimir judicialmente la controversia, en tanto, al tenor del artículo 24.1 de la Constitución Española, la doctrina del Tribunal Constitucional nos indica que tal precepto no garantiza una respuesta detallada y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones efectuadas (SS.T.C. 29/1987 y 91/1995). bastando, a los efectos de preservar la exigencia del artículo 24.1 de*

nuestra Carta Magna, una respuesta sustancial del órgano jurisdiccional que resuelva -en el caso- la pretensión anulatoria ejercitada y subsiguientes de plena jurisdicción anudadas a la estimación de aquélla.

No puede acogerse la existencia de error en la UTE demandante causado por el Ayuntamiento de Guadalajara en tanto la misma fue advertida de que la información de que disponía el Consistorio era incompleta, además de la importante diferenciación de que el contrato licitado que nos ocupa contemplaba un escenario de tarifas y líneas que variaba considerablemente respecto al precedente, remarcándose por el Ayuntamiento que "no se proporcionará más información con el ánimo de no inducir a error de los posibles lidiadores". En tal escenario la UTE actora bien pudo disuadirse de presentar su proposición si lo consideraba inseguro económicamente hablando o incluso, si era de su total interés. impugnar los Pliegos, habiendo descartado una y otra posibilidad al competir, en reñida lid. con otros empresarios, lo que da idea de lo interesante o atractivo que resultaba en el sector el contrato en cuestión, a pesar de las imperfecciones que ahora, en el andar del tiempo, ha esgrimido la UTE para obtener atendimento de su pretensión.

Debe tenerse presente que la actora sitúa el padecimiento de -su- error en la formalización del contrato, la cual tuvo lugar el día 28 de febrero de 2013 y para entonces. aparte del cruce de solicitud de información y respuesta consistorial con el pormenor referido antes, habían tenido lugar importantes acontecimientos de cuya virtualidad en el asunto de litis hace abstracción la actora y de entre ellos descuella la publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y por tanto con la difusión propia de tal medio de comunicación oficial, el día 25 de mayo de 2012, la Resolución del día 21 anterior, por la que se daba publicidad a la aprobación tarifaria del transporte urbano de viajeros de la localidad de Guadalajara (acompañada a la demanda como documento número 1), siendo propio de una diligente empresa del sector interesada en ser adjudicataria del mismo consultar tal periódico oficial. No menos

importancia tiene el Pliego de Prescripciones Técnicas del Servicio Público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general y permanente Marchamalo-Guadalajara (VCM-010), que la demandante acompaña como documento número 3 a su demanda, datado el 15 de febrero de 2013 y de la cual resulta, sin género de duda y con la recensión histórica que contiene, la determinación marchamalera anterior de desvincularse del Convenio que en la materia le vinculaba con la vecina capital. Por lo demás, resulta paradójico que en defensa de sus tesis esgrima la estimación que este PPT contiene -mera estimación, al fin y al cabo- y censure idéntica operativa respecto de Guadalajara, resultando sintomático que, pudiendo hacerlo, no interesara en fase probatoria del litigio la obtención de información del número de viajeros reales de tal línea en el nada desdeñable tiempo de funcionamiento de la línea Marchamalo-Guadalajara.

Finalmente, el hipotético error que se aduce padecido tendría las consecuencias del artículo 35.1 del TRLCSP2011, pero en modo alguno el mantenimiento del contrato con la considerabilísima magnitud que se pretende de aportación a la UTE por el Ayuntamiento.

CUARTO.- Por lo que hace al factum principis como motivador del derecho al reequilibrio que ex art. 282 TRLCSP2011 postula la actora, no lo encuentra aplicable este Juzgador, dado que, en lo referente a la innovación que supuso la eliminación de la línea Guadalajara-Marchamalo no fue debida a decisión del Ayuntamiento de Guadalajara, ni siquiera a iniciativa del mismo, sino sola y únicamente del Ayuntamiento de Marchámalo que denunció el Convenio, ante lo que nada podía hacer el Consistorio capitalino, sin que valgan las sentencias invocadas en conclusiones por la actora por venir referidas a la incidencia que tenían decisiones estatales respecto de entidades integrantes de lo que hoy conforma el sector público estatal ex Ley 40/2015. de Régimen Jurídico del Sector Público. En lo atinente a la tarjeta XGUADA resulta llamativo, si no fuera por el lapso al que se circunscribe el reproche actor, que se tenga

por perjudicial a la UTE contratista que hayan disminuido considerablemente las de uso gratuito que existieran en el pasado cuando ello redundará en beneficio de la aquí demandante. En el mismo sentido cabe interpretar que en el pasado más reciente considerado en el cuadro que luce en la página 10 de la demanda, de elaboración propia por la UTE contratista, se contemplen incrementos de viajeros en no pocas mensualidades, cuestión pasada en silencio por la actora.

QUINTO.- Tampoco puede obtener atendimento la invocación de la que se dice sea reciente corriente jurisprudencial -civil- y doctrina del Consejo de Estado, ya que no se corresponde con la especificidad de la contratación pública, máxime en el supuesto analizado en el que fueron muchos los pretendientes a resultar adjudicatarios del servicio público licitado, en tanto situaría en una ventaja inaceptable a la aquí actora frente a ellos que verían atónitos como obtendría una contraprestación adicional con respecto a la diseñada en la documentación contractual.

Como corolario de cuanto antecede, considera este Juzgador conveniente poner el acento en que lo concurrente no es sino una arriesgada opción empresarial de la actora que ha de quedar situada en su esfera de decisión, que podría haberle resultado suculenta de obtener una elevación del número de usuarios, para lo que disponía y dispone, además de su propia iniciativa, de la tendencia perceptible de los poderes públicos -Ayuntamientos incluidos, por supuesto- al fomento del uso del transporte colectivo público por las ventajas que de toda índole representa. En efecto, en aras a la adjudicación del contrato, la aquí demandante, confiando sin duda en su capacidad y experiencia arriesgó en su oferta que, a la vuelta del primer trienio de vida de duración del contrato, se mostrado como inconveniente para ella, pero no por causas achacables al Consistorio, como propugna en su demanda, sino por haber efectuado una opción desacertada cuyas consecuencias ha de arrostrar y que impiden atender judicialmente lo que principal y subsidiariamente pretende, pues la condescendencia en ello generaría la comprensible frustración en el

resto de licitadores y, fundamentalmente, en el más acercado en puntuación a la adjudicataria final, en tanto contemplaría que el erario municipal proporciona un monto con el que -con toda lógica- no contaban los demás empresarios que presentaron sus proposiciones.

Por cuanto antecede, haciendo mención expresa a que la de 1.311.701'01 euros es la mínima que habría de reconocerse al recurso (ex art. 41 y 42 LJCA) y en tal concepto se tiene por correcta, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo y con ella el inatendimiento de los pedimentos de la demanda”.

SEGUNDO. – Pretende la Procuradora D^a. Ana Rosa Calleja García, en nombre y representación de UTE Guadalajara, en su recurso de apelación, que:

“(…) estimando el presente recurso contencioso-administrativo, revoque la Sentencia de 3 de enero de 2018 y estime las pretensiones formuladas por esta parte en primera instancia.

(Pretendía en demanda: (i) la anulación del Acuerdo de 13 de septiembre de 2016; (ii) que se ordenase al Ayuntamiento de Guadalajara el pago de 1.311.701,01, por los perjuicios soportados como déficit de explotación, y (iii) que se ordenase al Ayuntamiento de Guadalajara adoptar medidas correctoras para los siguientes ejercicios, tales como la fijación de un nuevo compromiso de recaudación o de viajeros de pago).

Alega, en síntesis:

I.- Breve referencia a los antecedentes de hecho más importante del Acuerdo de 13 de septiembre de 2016. La importancia de la corrección y exactitud de la información facilitada por la Administración durante la fase de licitación.

Puede concluirse que el hecho de que el compromiso de viajeros de pago asumido por mi representada en su oferta no se ajustara a realidad, no resulta en modo alguno imputable a mi representada, sino que resulta imputable de forma exclusiva a la Administración demandada, pues:

(i) El dato de viajeros de pago para el año 2011 incluido en el Anexo 13 del PPT no coincidía con el dato indicado en el Informe de 22 de febrero de 2017, aportado por la Administración para el presente recurso contencioso-administrativo, siendo el dato ahora aportado inferior al incluido en el pliego. Por tanto, este dato era manifiestamente incorrecto.

(ii) El dato de viajeros de pago para el año 2011 indicado en el Anexo 13 del PPT, incluía los viajeros de la línea de Marchámalo, expresamente excluida del Contrato y cuantificados por la Junta de Castilla-La Mancha en 300.000 viajeros al año.

(iii) En el municipio de Guadalajara existía un número de tarjetas XGUADA de uso de transporte gratuito muy superior al número de titulares que satisfacían los requisitos para acceder a tal bonificación, como se deriva del procedimiento de re-emisión llevado a cabo por el Ayuntamiento en el que se redujo el número de titulares de 11.295 a 3.974.

(iv) Durante el proceso de licitación se produjo un descenso significativo del número de usuarios como consecuencia de la modificación de las tarifas y, pese a ello, la Administración no informó de esta circunstancia a los licitadores.

II.- La Sentencia de 3 de enero de 2018 vulnera el artículo 1265 del Código Civil al no apreciar la existencia de un error en el consentimiento manifestado por mi representada en la formalización del Contrato, como consecuencia de la incompleta y errónea información Incluida en los pliegos sobre el número de viajeros. De la constante e incontrovertida posición de la jurisprudencia sobre la inexcusable obligación de la Administración de incluir información correcta en los pliegos.

Mi representada acreditó que la incorrecta estimación de la demanda de viajeros por parte de mi representada, no le era en modo alguno imputable ni podía haberse evitado con una mayor diligencia por su parte, pues el número de viajeros ofertado era el resultado del análisis de la información de los pliegos que:

(i) Incurría en un error en el número de viajeros incluidos en el Anexo 13 del PPT;

(ii) Incurría en un error al haber incluido, sin advertirlo, los viajeros de la línea de Marchalo, excluida de la licitación y;

(iii) No contemplaba la caída del número de viajeros que se había producido como consecuencia de la modificación tarifaria del año 2012, la cual si bien no era conocida por la Administración en el momento de la aprobación y publicación de los pliegos sí lo era en el momento de la adjudicación y formalización del Contrato.

Todas estas cuestiones hacen que puede apreciarse la existencia de un error en el consentimiento prestado por mi representada, en los términos establecidos en el artículo 1265 del Código Civil, pues ni aplicándose los mayores estándares de diligencia, podía haberse previsto la falta de correlación entre la situación que resultaba de la información facilitada por la Administración y la situación real.

La Sentencia recurrida no recoge fielmente los hechos consignados por mi representada en su escrito de demanda, lo que provoca un incorrecto entendimiento de los defectos que mi representada atribuye a la información (o ausencia de información) que facilitó la Administración durante el procedimiento de licitación y durante el periodo que medió hasta la formalización del contrato.

A continuación, analizamos, de forma sucinta, el defecto alegado por mi representada en relación con la información facilitada por la Administración y cómo dicho defecto se recoge en la Sentencia de 3 de enero de 2018, evidenciándose el incorrecto entendimiento del juzgador a quo, lo que repercute de forma directa en la decisión por él alcanzada.

(i) Error en la información sobre el número de viajeros incluida en los pliegos sobre los años anteriores al Procedimiento de Licitación.

(ii) Falta de información sobre el impacto que había tenido la modificación tarifaria, aprobada en mayo de 2012. durante el procedimiento de licitación.

(iii) Error en la información sobre el número de viajeros, en la medida en que el dato ofrecido en los pliegos hacía alusión a los viajeros de la línea de Marchámalo que había sido excluida de la licitación.

III.- La Sentencia de 3 de enero de 2018 debe ser revocada por vulnerar el artículo 282 del TRLCPS al denegar el derecho a mi representada a percibir una compensación como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato pese a la existencia de un claro factum principis. La falta de congruencia de la Sentencia en relación con este motivo.

(i) Sobre la incongruencia y falta de motivación.

Existe un defecto de incongruencia omisiva en una sentencia cuando la misma no se pronuncia sobre las cuestiones formuladas por las partes.

Como hemos indicado anteriormente, la Sentencia de 3 de enero de 2018 considera que no puede apreciarse que se haya producido un supuesto de factum principis debido a la eliminación de la línea de Marchámalo o la falta de control del Ayuntamiento de la utilización de las tarjetas de uso gratuito del servicio.

Ahora bien, la premisa fáctica en la que mi representada fundamentaba la existencia de un supuesto de factum principis era la aprobación de un nuevo régimen tarifario, una vez que mi representada había formulado su oferta, pero antes de la formalización del Contrato, que provocó un descenso en el número de viajeros.

Por tanto, desestimar la pretensión de mi representada, aduciendo argumentos distintos a los formulados por las partes y obviando el presupuesto fáctico en el que se basaba mi representada, constituye una clara falta de motivación e incongruencia de la Sentencia que ha de conducir a la necesaria estimación del presente recurso de apelación, así como a la revocación de la Sentencia de instancia.

(ii) El hecho de que se haya reducido el número de tarjetas XGUADA gratuitas v el hecho de que se haya incrementado el número de usuarios de pago, es indiferente a efectos de la Reclamación, en la medida en que

tales situaciones se encuentran referidas a un momento posterior al que fue objeto de Reclamación.

El juzgador a quo considera que, al margen del periodo de tiempo al que se refiere mi representada, puede apreciarse que el número de tarjetas XGUADA gratuitas se ha reducido, así como que el cuadro incluido en la página 10 del escrito de demanda evidencia el incremento del número de viajeros.

A este respecto ha de indicarse que tal incremento de viajeros a partir de no es óbice para apreciar las consecuencias que tuvo una actuación incardinable bajo la figura de factum principis en el pasado.

Ello es así puesto que, aunque se hayan producido incrementos en el número de viajeros, tal incremento sigue siendo insuficiente en atención al compromiso de viajeros asumido por mi representada, toda vez que el número de viajeros indicado en la tabla de la página 10 del escrito de demanda se encuentra referida a viajeros reales cuando el parámetro relevante a los efectos del régimen económico del contrato no son los viajeros "reales" sino los viajeros "de pago".

(iii) En relación con la eliminación de la línea de Marchámalo: el artículo 282.4.b) del TRLCSP solo exige que se trate de una decisión adoptada por una Administración, sin exigir que dicha actuación deba proceder de la Administración "contratante".

A este respecto, ha de indicarse que, tal y como acreditamos en sede de conclusiones, el hecho de que la decisión que desencadena el factum principis proceda de una Administración, distinta a aquella que es la titular del contrato resulta indiferente pues, tal y como ha reconocido la jurisprudencia, es perfectamente posible apreciar una ruptura por factum principis cuando la decisión que origina el desequilibrio ha sido adoptada por una Administración distinta a la contratante.

Dicha conclusión, se refuta, además a la vista de la nueva regulación aprobada en materia de contratación pública: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP de 2017").

En efecto, a partir de la entrada en vigor de la LCSP de 2017 resulta indubitado que para pueda considerarse que se ha producido un supuesto de *factum principis* es necesario que la decisión que origina el desequilibrio proceda de la Administración titular del contrato pues, el propio artículo 290.4.b) de la LCSP se refiere, a estos efectos, a las "actuaciones de la Administración contratante".

Es más, dado que ahora expresamente se prevé que el *factum principis* sólo se pueda apreciar cuando la actuación proceda de la Administración contratante, el artículo 290.6 de la LCSP de 2017 reconoce un derecho de desistimiento al contratista cuando la Administración que adopta la medida es distinta.

Se aprecia, por tanto, que la nueva regulación que entrará en vigor próximamente, prevé que el *factum principis* solo opere cuando la actuación proceda de la Administración contratante y, prevé, además un mecanismo para que el contratista pueda "salir" del contrato en el supuesto de que dicha medida resulte onerosa y, prevé, precisamente esta solución porque el contratista no podrá dirigirse en dichos casos contra su contraparte.

Ahora bien, tal puntualización, esto es, la referencia a la "administración contratante" no se encuentra en la regulación que resulta aplicable al presente contrato, como tampoco se encuentra en la misma una solución distinta a requerir un reequilibrio. En efecto, el artículo 282.4.b) del TRLCSP, normativa rectora del Contrato, hace referencia a las "actuaciones de la Administración" sin especificar si solo resulta aplicable a la Administración contratante o a cualquier otra administración.

Ha de concluirse que la Sentencia de 3 de enero de 2018, resulta de todo punto desacertada puesto que, en primer lugar, desestima el motivo de impugnación con base en un razonamiento que no guarda relación con lo aducido por mi representada, pero es que, además, ni tan siquiera el argumento ofrecido puede reputarse como acertado a la vista de la legislación y jurisprudencia dictada a estos efectos.

Aclarado lo anterior, ha de precisarse que tal y como quedó acreditado en la primera instancia, la Administración ha adoptado decisiones al margen del Contrato que han tenido una incidencia significativa sobre la ecuación económica-financiera del Contrato.

IV.- La Sentencia de 3 de enero de 2018 ha de ser igualmente revocada por contravenir la postura de nuestros tribunales sobre la posibilidad de aplicar la cláusula rebus sic stantibus en contratos en los que, como consecuencia de cambios en el contexto, se produce una ruptura sustancial de la economía del Contrato que provoca una mayor e injustificada onerosidad hacia uno de los contratantes.

En último lugar, la Sentencia de 3 de enero de 2018 desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por esta parte por considerar que las pretensiones de mi representada, consistentes en el pago de una compensación y la adopción de medidas adicionales, no pueden tener favorable acogida pues considera que la reciente jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo sobre la cláusula rebus sic stantibus no puede ser aplicada al presente supuesto, al ser una construcción propia del Derecho Civil y, toda vez, que lo anterior supondría una ventaja frente al resto de licitadores que concurrieron a la licitación.

En efecto, tal y como se expuso en nuestra demanda, en el ámbito local, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1985 y de 25 de abril de 1986, ya establecieron que las administraciones locales tenían la obligación de compensar a los contratistas por los perjuicios que puedan ocasionarse por el riesgo imprevisible de modo que se garantice el mantenimiento del servicio, mediante una distribución proporcional y razonable de los riesgos del negocio lo que, en este caso en particular, se materializa en las pérdidas soportadas por mi representada.

Recientemente, tanto el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado han establecido una línea acerca de los requisitos que deben considerarse para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", refiriéndonos a las

Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 y de 18 de enero de 2013 así como según el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 2014 que recoge el criterio sentado por el Tribunal Supremo en las sentencias indicadas.

El Tribunal Supremo reformula los requisitos precisos para su aplicación. Ya no se exige la imprevisibilidad -absoluta o relativa- de la situación causante de la alteración. El requisito determinante para su posible aplicación es la alteración de la conmutatividad de las prestaciones en cuanto elemento que determina la frustración del negocio. La conmutatividad de las prestaciones se sitúa como elemento esencial de la causa del contrato, de tal manera que una alteración grave permite la revisión.

La Sentencia de 3 de enero de 2018 desestima las pretensiones de esta parte por considerar que la teoría relativa a la cláusula rebus sic stantibus, no resulta aplicable a la contratación administrativa, sino que la misma solo resulta aplicable a la jurisdicción civil.

No obstante, dicho razonamiento no resulta acertado pues la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sí ha considerado de aplicación dicho principio a los contratos de naturaleza administrativa mediante la teoría del riesgo imprevisible.

En este sentido, aunque los pronunciamientos judiciales que se citan a continuación no se refieren al nuevo requisito establecido por el Tribunal Supremo para poder apreciar la aplicación de este principio que, como se ha indicado, es la alteración en la conmutatividad de las prestaciones del contrato de forma tal que se produce una frustración del negocio hacia una de las partes, lo que sí evidencian estos pronunciamientos es que sí que resulta aplicable este principio a la contratación administrativa.

Tampoco puede considerarse como acertado el razonamiento del juzgador a quo, por el cual, considera que la estimación del recurso, supondría una grave afección a los lidiadores que concurrieron a la licitación sin resultar adjudicatarios, pues, en efecto, la teoría del riesgo

imprevisible y la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a la que nos hemos referido han sido aplicadas en relación con contratos administrativos en los que, con toda seguridad, concurrieron varios licitadores.

Y es que, en efecto, ningún quebranto se produce a este respecto al resto de licitadores pues el origen de la excesiva onerosidad no radica en la "arriesgada opción empresarial de mi representada", como apunta la Sentencia de 3 de enero de 2018, sino en la existencia de circunstancias extraordinarias, anormales e imprevistas - error en la información de los pliegos, impacto no comunicado del cambio tarifario y la existencia de un número de tarjetas de uso gratuito muy superior al debido - que hubieran afectado de igual modo a cualquier licitador pues la causa de la mayor onerosidad, como ha quedado demostrado, no deriva de la gestión de mi representada sino de circunstancias que se produjeron al margen de mi representada.

TERCERO. - Se opone el Letrado de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, en su nombre y en la representación que ostenta, alegando, en síntesis:

1.- La apelación constituye una reiteración de la demanda.

Como se observa de una simple lectura del recurso interpuesto de contrario, el recurrente se ha limitado a realizar en su escrito de apelación una copia de la demanda que presentó ante el Juzgado de lo contencioso nº 1 de Guadalajara, sin tan siquiera combatir en punto alguno la sentencia que desestimó su pretensión.

Es decir, el recurrente se ha limitado a reproducir con otras palabras los argumentos de su demanda, sin realizar ninguna aportación relativa a la sentencia dictada y ahora recurrida, que pueda servir de fundamento a la Sala que conocerá del mencionado recurso de apelación para emitir un pronunciamiento sustitutorio del fallo de instancia.

Es sabido que el objeto del recurso de apelación contencioso administrativo es depurar el resultado procesal obtenido con anterioridad

en la instancia, razón por la que la jurisprudencia exige que el contenido del escrito de alegaciones del apelante realice una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en la primera instancia por otro distinto, extremo que entiende esta representación que no se ha producido en el presente caso pues, aun cuando formalmente parece haber una crítica a la fundamentación de la sentencia recurrida, de la lectura detallada de las alegaciones efectuadas resulta que lo que hay es una mera reiteración y motivo por el cual deberá ser desestimado el recurso de apelación.

2.- En cuanto a la vulneración de lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil, por no apreciar la Sentencia recurrida la existencia de error en el consentimiento a la hora de formalizarse el contrato por parte del recurrente.

la actora no padeció error alguno de entidad suficiente como para apreciar la existencia de un vicio en el consentimiento que prestó para la contratación, teniendo todos los elementos de juicio y toda la información de que se podía disponer en el momento de elaborar y formular su oferta, por cuanto tenía pleno conocimiento, tanto del carácter parcial y meramente indicativo de los datos ofrecidos por mi representada, como de las causas que podían motivar variaciones respecto del mismo. Del mismo modo, era perfectamente consciente de los riesgos que entrañaba el sistema de financiación previsto en el PPT y, contando con ello, procedió a consentirlo y presentar una oferta, quedando con ello vinculada por el mismo y así lo razona y declara la sentencia apelada.

3.- En cuanto a la supuesta vulneración de lo dispuesto en el art 282 del TRLCSP al denegar el supuesto derecho de la recurrente a una compensación en un supuesto de concurrencia de factum principis.

La sentencia sí que se pronuncia sobre el factum principis, dedicando al mismo todo su Fundamento Cuarto, sin que, a juicio de esta representación pueda reprocharse defecto alguno a la motivación.

Es una cuestión harto consolidada la de que la motivación de las resoluciones judiciales responde a la necesidad de que las partes puedan conocer los motivos que llevan al órgano judicial a adoptar una determinada decisión, que dicha decisión es fruto de un razonamiento lógico-jurídico y no del arbitrio o capricho del juzgador y que ha de ser suficiente para permitir accionar frente a ella y, llegado el caso, su ulterior control por instancias judiciales superiores.

Y también es criterio consolidado que, si bien existe un derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, no existe un derecho a una determinada extensión de la motivación, ni exigencia alguna de que esta sea pormenorizada y exhaustiva, respondiendo de forma expresa a todas y cada una de las alegaciones que la parte realice en su demanda. En este sentido, puede traerse a colación la Sentencia del TS de 16 enero 2015 [RJ2015\200].

Y en este caso, la cuestión de la modificación tarifaria tiene una evidente respuesta implícita en el mismo razonamiento dedicado a la supresión de la línea de Marchámalo: es un acto que no depende de mí representada, sino que le viene impuesta, al tratarse de ha de recordarse que los precios del transporte público son precios autorizados, conforme a lo dispuesto en el RD-Ley 7/1992, sobre medidas urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, disponiendo su artículo 14. Cuatro que la aprobación de los mismos compete a las Comisiones Autonómicas y Provinciales de Precios. Esto implica que la modificación no proviene directamente de la administración contratante, sino de la referida comisión, lo que comporta la ausencia de uno de los requisitos esenciales para apreciar la concurrencia del *factum principis*: la de que provengan de la Administración contratante.

Y es que, según el art. 248.4.b) TRLCSP, "La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) Cuando actuaciones de

la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato ".

Y para que concurra esta causa de reequilibrio, es preciso que en el hecho que se reputa como tal, concurren una serie de requisitos, siendo fundamentales los siguientes: que el factum principis sea imputable a la administración contratante; que se produzca durante la ejecución del contrato, sea imprevista para los administrados, que, lógicamente, tenga la entidad suficiente para romper el equilibrio de las prestaciones, convirtiendo el contrato en más oneroso para el contratista, lo que lleva de suyo que ha de existir una relación de causalidad entre la modificación y el aumento de la onerosidad del contrato, provocando un daño económico cierto y especial al contratista.

Esto lleva a la indefectible conclusión de que, para determinar si efectivamente nos encontramos ante un supuesto de factum principis, habrá de analizarse cada uno de los hechos que de contrario se consideran constitutivos del mismo, que no es sino lo que hizo la sentencia recurrida. En el caso de la supresión de la línea de Marchámalo, así como en el de la modificación tarifaria, entiende, ya sea expresa o tácitamente, que no concurren los elementos del factum principis, al no provenir el hecho determinante de la administración contratante. En el de las tarjetas XGUADA, por no resultar coherente lo alegado de contrario, pues difícilmente puede provocar un desequilibrio prestacional severo que perjudique al contratista el que se reduzcan las tarjetas que posibilitan el uso gratuito del transporte urbano, máxime si concurren con incrementos de viajeros, tal como se pone también de manifiesto en la demanda.

Y ello sin perjuicio de las consideraciones relativas a la forma de probar el supuestamente elevado número de viajeros perdidos como consecuencia de la supresión de la línea de Marchámalo.

4.- En cuanto a la posibilidad de aplicar o no la cláusula rebus sic stantibus en los términos en que lo hace la jurisdicción civil.

En este punto, resulta clara la razón por la que el Juzgador de Instancia rechaza la aplicación de la jurisprudencia que la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta materia: la falta de coherencia que la misma guarda con la materia de que trataba el litigio: la contratación pública.

En definitiva razona que, en un procedimiento donde múltiples licitadores concurren en condiciones de igualdad, una modificación como la que se pretende por la recurrente resultaría en un injusto perjuicio para aquellos de ellos que concurrieron junto a la adjudicataria y que fueron más prudentes o más conservadores a la hora de efectuar su oferta, así como respecto de aquellos que no las formularon a tenor de las condiciones que rigieron la licitación, sin perjuicio de que también implicaría, añadimos nosotros, ignorar enteramente el principio fundamental del riesgo y ventura que rige en materia de contratación pública y, particularmente, cuando de concesiones de servicios públicos se trata.

Y es que en definitiva lo que se estaría haciendo es alterar sustancialmente los términos de la licitación, algo netamente proscrito por nuestro ordenamiento. Razón más que lógica y que motiva que, tal como en su día invocó esta parte,

A lo que ha de añadirse el hecho de que, también la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* exige de la concurrencia de unos requisitos que no se dan en el presente caso.

Así, conforme a dicha doctrina, reflejada en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999, los requisitos que habrán de apreciarse para la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible son, de forma muy sintética:

a) Que los hechos que den lugar a la apertura del mecanismo de equilibrio económico y que afectan a la economía de la concesión no se hubieran podido prever a la firma del contrato; circunstancia esta que, como hemos visto, no concurre, por cuanto todos los elementos que conforme a las alegaciones de la demandante han influido en la

conmutatividad de las prestaciones estaban previstos en los pliegos rectores de la licitación o lo hubieran sido con un mínimo de diligencia por su parte.

b) Que los hechos produzcan una alteración grave en la concesión y en su economía. Circunstancia que tampoco ha quedado acreditado que acontezca, por cuanto la actora alega haber sufrido un déficit en la ejecución de la prestación, pero no se justifica el modo y manera en que cada uno de los hechos alegados influye en tal circunstancia, no se pormenoriza su influencia y no se descartan, motivadamente otros elementos que se encuadrarían en el riesgo y ventura asumido por ella y que igualmente podrían concurrir, influyendo en el déficit y minorando la importancia relativa de los mismos. Esta circunstancia resulta relevante en el caso de la supresión de la línea de Marchámalo, por cuanto, aun cuando se reputara imprevisible, no se ha acreditado la gravedad de la alteración que la ausencia de los usuarios de la línea ha provocado, no bastando la previsión del pliego aportado de contrario, por cuanto solo contiene una estimación, no el dato real de los viajeros perdidos.

c) Que los hechos referidos sean plenamente externos al comportamiento del concesionario.

d) Que ambas partes queden afectadas por las consecuencias negativas derivadas de la alteración imprevisible, lo que en este caso no acontece.

Por tanto, como vemos, no se dan los requisitos exigidos para que entre en juego el riesgo imprevisible.

CUARTO. – Con carácter previo señalar, que:

1.- Efectivamente, UTE Guadalajara, en el Recurso de Apelación, reitera los argumentos y motivos que alego en la instancia, basta para ello la mera lectura de los escritos de demanda y conclusiones en el PO 53/2016-L del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, y que han sido puntualmente y precisamente analizados en la sentencia apelada con pronunciamiento desestimatorio de las

pretensiones de la allí actora y aquí apelante, siendo así, que el recurso de apelación contencioso administrativo tiene exclusivamente por objeto depurar el resultado procesal contenido en la instancia anterior, de tal modo que el escrito de alegaciones de la parte apelante ha de proceder a una crítica de la resolución apelada, que es lo que sirve de base y fundamento a la pretensión de sustitución de pronunciamiento recaído antes por otro diferente, y, como ha señalado una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, por todas, cabe citar, la sentencia de 11 de marzo de 1999 (recurso 11433/1991).

"Los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia.

No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso.

Tal doctrina jurisprudencial viene siendo reiterada de modo constante por el Tribunal Supremo que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 4 de mayo de 1998 : "Las alegaciones formuladas en el escrito correspondiente por la parte actora al evacuar el trámite previsto en el anterior art. 100 LJCA , son una mera reproducción de las efectuadas en primera instancia, y aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, sin que se suficiente como acontece en el presente caso la mera reproducción del escrito de demanda, lo que podría justificar que resultara suficiente reproducir los argumentos del Tribunal de primera instancia si

se entienden que se adecuan a una correcta aplicación del ordenamiento jurídico (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero , 25 de abril , 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero y 17 de abril de 1998);

2.- Sin que adolezca de incongruencia y motivación, en lo que denomina la apelante existencia de "un claro factum principis", sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional, por todas en Sentencia de 09 de febrero de 2005, ha entendido que:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión "la ratio decidendi" en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2 , 100/1999, de 31 de mayo, F. 2, 165/1999, de 27 de septiembre, F. 3, 80/2000, de 27 de marzo, F. 4, 210/2000, de 18 de septiembre, F. 2, 220/2000, de 18 de septiembre, F. 2 y 32/2001, de 12 de febrero F. 5).

b) En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 CE es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE , que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, las SSTC 20/1982, de 5 de mayo, F. 1; 14/1984, de 3 de febrero, F. 2; 177/1985, de 18 de diciembre, F. 4; 23/1987, de 23 de febrero, F. 3; 159/1989, de 6 de octubre, F. 6; 63/1990, de 2 de abril, F. 2; 69/1992, de 11 de mayo, F. 2;

55/1993, de 15 de febrero, F. 5; 169/1994, de 6 de junio, F. 2; 146/1995, de 16 de octubre, F. 2; 2/1997, de 13 de enero, F. 3; 235/1998, de 14 de diciembre, F. 2; 214/1999, de 29 de noviembre, F. 5; y 214/2000, de 18 de diciembre, F. 4). Por ello, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en el vicio de la incongruencia omisiva o "ex silentio", denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24.1 de la CE .

c) No toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (entre otras muchas, SSTC 29/1987, de 6 de marzo, F. 3; 175/1990, de 11 de noviembre, F. 2; 3/1991, de 11 de marzo, F. 2; 88/1992, de 8 de junio, F. 2; 161/1993, de 17 de mayo, F. 3; 4/1994, de 17 de enero, F. 2; 91/1995, de 19 de junio, F. 4; 56/1996, de 15 de abril, F. 4; 26/1997, de 11 de febrero, F. 4; 16/1998, de 26 de enero, F. 4; 1/1999, de 25 de enero, F. 1; 215/1999, de 29 de noviembre, F. 3; y 86/2000, de 27 de marzo , F. 4)".

Y, por su parte, el TS Sala 3ª, en Sentencia de 18 de diciembre de 2013, que:

"(...) Debe recordarse que el Tribunal debe proceder a una valoración conjunta de la prueba, y tal y como señala el Tribunal Constitucional (Auto TC 307/1985, de 8 de mayo) y ha reiterado este

Tribunal Supremo (STS, Sala Tercer, Sección 6a, de 29 de abril del 2013, rec. 127/2012) "la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas. De modo que la falta de mención explícita de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación"»;

Y, en igual sentido, la STS Sala 3ª, de 7 julio 2011:

« por su parte, esta Sala y Sección en su sentencia de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99 , ha afirmado que "la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación"; y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002 ha mantenido que "la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación"».

QUINTO.- Sentado lo anterior, en nuestro caso, el juzgador a quo, fija las razones decisorias, en los FD 2 a 5, que se han transcrito, UTE Guadalajara suscribió con el Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, al resultar adjudicataria un contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados, entiende la recurrente, que debe ser compensada por los perjuicios sufridos durante los ejercicios 2013/2014 y 2014/2015, por existir un vicio en la formación de la voluntad de la UTE como consecuencia de un error propiciado por la Administración contratante que afectaría al consentimiento prestado por aquella, así como por el incumplimiento de una obligación precontractual de la Administración consistente en facilitar la información precisa y correcta, constituida por la

convocatoria del concurso, el pliego aprobado que regía el mismo y por toda la documentación aneja a este último, así como toda la información que no le podía dejar de constar en el momento de la adjudicación del contrato (diciembre de 2012), en el de su formalización (último día de febrero de 2013) y en el del inicio de la explotación del servicio por la citada UTE (1 de abril de 2013).

Para el adecuado encuadramiento de la cuestión litigiosa se debe partir de cuatro premisas básicas, enunciadas en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recurso de casación número 2785/2014, de 6 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5401:

"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 TRLCAP 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 TRLCAP, 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 TRLCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. (...)

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 el Anejo 13 del Pliego de Prescripciones Técnicas, efectivamente, se indican los viajeros (usuarios) durante el año 2011 y la recaudación por la venta de billetes (según los diferentes tipos de billetes existentes en

dicho año), y, si esto es cierto, también lo es que, la misma se refiere al contrato vigente en el año 2011, y no al que es objeto de la nueva licitación, el adjudicado a la recurrente, existiendo importantes diferencias en el número de Kilómetros útiles a realizar, número de líneas de servicio, itinerarios y frecuencias, así como en los tipos de billetes y tarifas aplicables en ambos contratos, es decir, en el vigente en el 2011 y en el que constituye el objeto del nuevo contrato, sin que conste acreditado que el Ayuntamiento fuera concededor de la bajada de viajeros en el servicio que se inicia en el verano de 2012, y, por lo que se refiere a la aprobación de nuevas tarifas, en la respuesta a preguntas de la UTE Guadalajara, la Administración demandada ya le indico que las tarifas iban a variar, en cualquier caso, las tarifas de partida del Anexo 12, son idénticas a las posteriormente aprobadas, siendo así que los PPT y el PCAP se redactaron en marzo de 2012 y fueron aprobados por la Junta de Gobierno Local, en sesión de 28 de marzo de 2012, Pliegos, que constituyen la base de la nueva licitación (líneas del servicio, itinerarios, frecuencias, número de kilómetros a realizar, nuevos títulos de billetes y las tarifas aplicables a cada uno de ellos en el año 2012 (anexo 12 del PPT).

Por su parte, el anejo 15 del PPT: Proyecto de Explotación del servicio, incluye una valoración realizada por el Ayuntamiento comprensiva de los costes y de los ingresos previstos por la explotación del servicio, del que resulta un coste total (IVA incluido al 8%) de 5.899.193,36 euros, y unos ingresos por la venta de billetes (viajeros de pago) de 2.204.480,40 euros, siendo la diferencia entre ambas cantidades, es decir 3.694.712,96 euros (IVA incluido al 8%) el importe máximo que el Ayuntamiento subvencionará al concesionario para garantizar el equilibrio económico de la concesión, referido a la primera anualidad (1-04-2013 al 31-03-2014), según se establece en la cláusula 5 del PCAP.

Los compromisos ofertados por el concesionario sobre la reducción del importe de la subvención anual a otorgar por el Ayuntamiento y el

compromiso relativo al incremento del número de viajeros de pago se establecen a riesgo y ventura del contratista, así, la cláusula tercera del contrato suscrito con el concesionario el día 28 de febrero de 2013, establece que:

"De conformidad con la oferta presentada por el adjudicatario, la subvención a otorgar por el Ayuntamiento de Guadalajara al concesionario para el primer año de la concesión será de 3.325.160,80 € IVA incluido al 8%, asumiendo el concesionario un compromiso de viajeros de pago de 3.240.000, equivalentes a unos ingresos por billeteaje de 2.573.991,07 €, cantidad que se establece a riesgo y ventura del contratista, por lo que no tendrá derecho a incrementar el importe de la subvención en el caso de no alcanzar la citada cifra, salvo que el importe efectivamente recaudado sea inferior a 2.204.480,40 €, cantidad establecida por el Ayuntamiento en el estudio económico que se acompaña al pliego de prescripciones técnicas, en cuyo caso el concesionario tendrá derecho a solicitar un incremento de la subvención en una cantidad equivalente a la diferencia entre el importe efectivamente recaudado por billeteaje y la cantidad de 2.204.480,40 €".

En definitiva, como ha sostenido la Administración demandada a lo largo de la litis, *"la recurrente no padeció error alguno de entidad suficiente como para apreciar la existencia de un vicio en el consentimiento que prestó para la contratación, teniendo todos los elementos de juicio y toda la información de que se podía disponer en el momento de elaborar y formular su oferta, por cuanto tenía pleno conocimiento, tanto del carácter parcial y meramente indicativo de los datos ofrecidos por mi representada, como de las causas que podían motivar variaciones respecto del mismo. Del mismo modo, era perfectamente consciente de los riesgos que entrañaba el sistema de financiación previsto en el PPT y, contando con ello, procedió a consentirlo y presentar una oferta, quedando con ello vinculada por el mismo..."*, así

lo ha entendido el Juez a quo, en el FD 3, criterios uno y otro que esta Sala comparte.

SEXTO. - Otra de las causas que alega la recurrente para dar lugar al reequilibrio económico del contrato es la concurrencia del denominado "factum principis".

Ya ha adelantado esta Sala que no adolece de incongruencia y falta de motivación, toda vez que, la Sentencia apelada, a tenor de la doctrina que antecede, da una respuesta suficiente sobre este particular en el FD4, si bien, considera oportuno completarlo en el sentido de que, por un lado, como se lee en la Sentencia del TSJ de Galicia de 28 de julio de 2016:

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 ...”.

Y, por otro, habrá que analizar todos los hechos que alega la UTE Guadalajara, considera, constitutivos del factum principis, a saber:

1.- La UTE Guadalajara señala como causante del descenso del número de viajeros la entrada en vigor de una nueva política tarifaria, aprobada por Resolución de 21 de mayo de 2012, de la Dirección General de Salud Pública, Drogodependencias y Consumo, por la que se da publicidad a las tarifas aprobadas por la Comisión Regional de Precios en materia de agua y de transporte urbano de viajeros, que fue publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, el día 25 de mayo de 2012, amén de que, como afirma el Juez a quo en la Sentencia apelada, FD 3, es propio de una diligente empresa del sector interesada en ser adjudicataria del mismo consultar tal periódico oficial, sobre la aprobación de nuevas tarifas, en la respuesta a preguntas de la UTE Guadalajara, la Administración demandada ya le indico que las tarifas iban a variar, en cualquier caso, las tarifas de partida del Anexo 12, son idénticas a las posteriormente aprobadas;

2.- También indica la UTE Guadalajara que el hecho de que existieran en circulación un número, mayor de tarjetas XGUADA y que este excedía del número de sujetos beneficiarios del mismo, constituye una modificación sobrevenida a la ejecución del contrato, lo que no es así, la propia recurrente afirma que estas tarjetas venían siendo adjudicadas a los beneficiarios desde antes de la adjudicación del contrato, y, sobre este particular consta información suficiente en el Anejo 12 del PPT, y, como alega la Administración demandada, con esa información la recurrente podría haber efectuado las comprobaciones oportunas, que entran dentro de su deber de diligencia, y, resultan tan sencillas como consultar el censo o las estadísticas de población del municipio, para poder hacer una

estimación de si las cifras de beneficiarios de estas tarjetas podían llegar a variar respecto de los usuarios gratuitos de 2011, se limita a presuponer un uso fraudulento de las tarjetas amparado en la desidia o dejadez de la Administración demandada que no acredita;

3.- Por último, la UTE Guadalajara, alega que la desaparición de la línea Guadalajara-Marchamalo, ha supuesto la pérdida de un elevado número de viajeros, esta circunstancia se ha producido con anterioridad a la ejecución del contrato, y, sobre todo, como afirma el Juez a quo, en el FD 4:” (...) *la eliminación de la línea Guadalajara-Marchamalo no fue debida a decisión del Ayuntamiento de Guadalajara. ni siquiera a iniciativa del mismo, sino sola y únicamente del Ayuntamiento de Marchámalo que denunció el Convenio, ante lo que nada podía hacer el Consistorio capitalino, sin que valgan las sentencias invocadas en conclusiones por la actora por venir referidas a la incidencia que tenían decisiones estatales respecto de entidades integrantes de lo que hoy conforma el sector público estatal ex Ley 40/2015. de Régimen Jurídico del Sector Público...*”.

SEPTIMO. – Igual suerte desestimatoria debe correr la alegación de la UTE Guadalajara de la posibilidad de aplicar la cláusula rebus sic stantibus en contratos en los que, como consecuencia de cambios en el contexto, se produce una ruptura sustancial de la economía del Contrato que provoca una mayor e injustificada onerosidad hacia uno de los contratantes.

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 el Alto Tribunal 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. 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 afecten grandemente a éste.

El artículo 215 del Real Decreto Legislativo 3/2011 , por el que se aprueba el TRLCSP dispone que "la ejecución del contrato se realizara a riesgo y ventura del contratista..." y el artículo 282.4 dispone que " La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado. b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. y c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley".

Por otra parte, 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 otra parte, es requisito esencial la imprevisibilidad del acontecimiento, tal y como señala la STS de 9 de diciembre de 2003.

En nuestro caso, la recurrente no ha concretado cual es el hecho que determina la concurrencia del riesgo imprevisible, si bien, como indica el Informe de la Sección de Contratación del Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, de fecha 05 de septiembre de 2016:

"(...) cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción se pretende indemnizar con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de no haber alcanzado el número de viajeros ofertado por el concesionario ni la cantidad comprometida como ingresos por la venta de billetes. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de usuarios no estaba bien calculada por el concesionario cuando acudió a la licitación, elevando considerablemente las estimaciones del propio Ayuntamiento, y ello porque la imprevisibilidad se refiere 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 en el presente caso no ha sucedido, porque la demanda de usuarios del transporte urbano objeto del presente contrato no es que caiga, tras un período más o menos largo acorde con las previsiones del concesionario al formular su oferta, sino que ya, desde el principio, esta demanda de usuarios es notablemente inferior a la prevista. Pero eso no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio económico presentado, sino que, sencillamente lo que ha sucedido es que la demanda real no se ajusta a la prevista por el concesionario al presentar su oferta, previsiones que sin duda alguna se hicieron con el fin

de obtener la máxima puntuación prevista y garantizarse en gran medida la adjudicación del contrato”.

En su consecuencia, se debe desestimar el recurso de apelación y confirmar ahora y "ad quem" aquella precedente Sentencia nº: 1/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, de 03 de enero de 2018, dictada en el PO 53/2016-L, en materia de: Reconocimiento y Compensación de los perjuicios sufridos los ejercicios 2013/2014 y 2014/2015, como adjudicataria del "contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados"..

OCTAVO. - En materia de costas procesales, en aplicación de lo previsto en el artículo 139 de la ley Jurisdiccional, pese a desestimarse el recurso de apelación entendemos que no resulta procedente la condena en costas a la parte apelante pues la controversia presenta las serias dudas que el precepto menciona y ya fueron apreciadas en primera instancia.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en el nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación nº **93/2018** interpuesto por la Procuradora D^a. Ana Rosa Calleja García, en nombre y representación de Transportes Unidos de Asturias, SL y Nex Continental Holdings, SLU. Unión Temporal de Empresas, Ley 18/1982 (UTE Guadalajara), contra la Sentencia nº 1/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, de 03 de enero de 2018, dictada en el PO 53/2016-L, en materia de: Reconocimiento y Compensación de los perjuicios sufridos los ejercicios 2013/2014 y 2014/2015, como adjudicataria del "contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión del

servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la ciudad de Guadalajara y barrios anexionados", que se confirma. Sin costas.

Notifíquese con indicación de que contra la presente sentencia cabe interponer recurso extraordinario y limitado de casación ante la Sala 3ª 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 el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 89.2 de LJCA.

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



PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilma. Sra. Magistrada D^a. Eulalia Martínez López, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.