



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

DOÑA RAQUEL RUZ PEIS, CONCEJALA-SECRETARIA DE LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GRANADA

CERTIFICA: Que la **Junta de Gobierno Local**, en su sesión ordinaria celebrada el día **veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete**, entre otros acuerdos, adoptó el que con el **núm. 1.134**, literalmente dice:

“Visto expediente **núm. 153/2004** del Área de Contratación, relativo al **contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión relativo a la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para automóviles en el espacio público municipal de "Méndez Núñez"**, teniendo en cuenta el informe de la Dirección General de Contratación de fecha 4 de noviembre de 2017 que literalmente dice:

“Expte. N° 153/2004

Contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión relativo a la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para automóviles en el espacio público municipal de "Méndez Núñez".

Se ha presentado solicitud por parte de **PROMOCIONES PUERTO LOBO, S. L.** con C.I.F. n° B-18279687, para que se le reconozca el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión de la gestión y explotación de un aparcamiento subterráneo para automóviles en el espacio público municipal de "Méndez Núñez".

La solicitud se fundamenta en las siguientes alegaciones:

1.- Que después de realizar reclamaciones de resolución contractual y reequilibrio económico y ante la desatención municipal la contratista se vió obligada a solicitar ante los Juzgados de lo contencioso la resolución del presente contrato. Que si bien es cierto que la sentencia recaída en el procedimiento seguido ha sido desestimatoria en primera instancia, es igualmente cierto que ésta ha sido recurrida y entre sus pronunciamientos declara como hechos probados todos los esgrimidos por la contratista en sus reclamaciones frente a ese Ayuntamiento.

2.- Que la sentencia reconoce como hecho probado que sobre la cubierta del aparcamiento se han llevado a cabo, masivas concentraciones de personas, ocasionando problemas de orden público y salubridad, dificultades en la entrada y salida de vehículos los días de concentración, necesidad de cierre de los accesos peatonales en muchas ocasiones y deterioro de mobiliario y otros elementos. Y que esta actividad ha tenido una notable incidencia en el desarrollo de la concesión administrativa, que se ha manifestado a través de dos importantes efectos sobre la explotación de éste: uno directo, como es una merma significativa en el resultado económico de la explotación, y otro, al que denomina trascendente efecto disuasorio de los potenciales usuarios, el cual también ha tenido una importantísima repercusión negativa sobre la explotación del aparcamiento. De igual modo ha quedado probado que estos efectos anteriormente descritos obedecen a un acto



de la Administración concedente dictado con posterioridad al contrato. Señala además, las actuaciones realizadas para abaratar costes y alcanzar más ingresos.

3. Que el Ayuntamiento, no ha aplicado la doctrina del contratista colaborador, y no ha reconocido los hechos declarados probados en la sentencia. Que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, perturbado única y exclusivamente por la acción municipal, para lo que solicita la ampliación del plazo concesional, una cuantía por diferencia entre ingresos percibidos e ingresos previstos, y el lucro cesante de la explotación. Acompaña gráficos y documentación sobre ocupación media del parking así como de diferencia entre ingresos y gastos, que entiende prueban sus aseveraciones.

En relación la solicitud realizada por el contratista deben tenerse en cuenta las siguientes CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La cuestión es que la sentencia que se invoca ha dado la razón a este Ayuntamiento en la medida que ha desestimado las pretensiones del recurrente en orden a la resolución del contrato. Pero es que además en ningún momento este Ayuntamiento puede estar de acuerdo con las pretensiones del contratista en la medida que entiende que no existen razones para considerar que se ha producido tal desequilibrio económico de la concesión y tampoco que existan motivaciones para la resolución del contrato. Esta postura ya ha sido expuesta en el Procedimiento Ordinario número 866/2015 seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Granada que finalmente desestimó la demanda del concesionario. Así en el escrito de contestación a la demanda del Letrado municipal fechado el 22 de marzo de 2016 señalaba lo siguiente:

“En el Pliego de Condiciones que rigió la Adjudicación para la construcción y explotación del Aparcamiento Subterráneo para Automóviles en Espacio Público Municipal de Méndez Núñezse contemplaba que “EL proyecto de Reordenación en superficie de Aparcamiento será redactado por los Técnicos Municipales o por el Autor del proyecto de Aparcamiento y podrá ser ejecutado simultáneamente a las obras del aparcamiento por la Empresa Adjudicataria”. Promociones Puerto Lobo S.L. redactó, a través del Arquitecto D. Carlos Montoya Moreno, el Proyecto de Plaza Pública –espacio de Ocio sobre Aparcamiento Subterráneo en rotonda de Méndez Núñez-, al cuál se atribuye por la actora la causa de las pérdidas económicas por las que considera haberse producido un incumplimiento contractual que justifica la petición de resolución del contrato, con indemnización de inversiones.

Este hecho está reconocido en el escrito de demanda (hecho segundo) y se desprende igualmente del documento nº 1 que acompaña a aquélla, del que resulta que por acuerdo de 24 de octubre de 2006 de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo y Obras Municipales se aprobó el proyecto de Plaza Pública-Espacio de ocio sobre Aparcamiento Subterráneo en Rotonda de Méndez Núñez, así como el Anexo remodelación de Viales, calle María Moliner, redactados por el Arquitecto D. Carlos Montoya Moreno, remitiéndose dicho proyecto a Promociones Puerto Lobo S.L. para su ejecución con cargo a las aportaciones para obras en el Espacio Público Superior del Aparcamiento, prevista en el concurso para Construcción y Explotación de Aparcamiento Subterráneo para Automóviles en espacio Público Municipal de Méndez Núñez. Igualmente dispuso el referido Acuerdo que las obras serían dirigidas por el Arquitecto autor del proyecto”.

“Llegándose a acompañar unos denominados informes diarios de ocupación que nadie suscribe, de los que lo único que puede sacarse en claro es que la ocupación es



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

igualmente baja a las horas a las que no se usa el denominado botellódromo, lo que demuestra la inexistente relación causal de las aglomeraciones que denuncia la actora en el espacio de ocio en superficie con la ocupación del parking.”

“Respecto de las cuentas anuales que acompaña, solo decir que ya en ejercicios anteriores al botellódromo los resultados de los ejercicios eran negativos (véase 2005 y 2006) además de que las referidas cuentas reflejan la actividad global de la empresa, por lo que no pueden servir de prueba en relación con la explotación del Aparcamiento Subterráneo sito en Rotonda de Méndez Núñez. En todo caso, la actora era concedora cuando adquirió la concesión del uso público de ocio previsto para la superficie”.

“Lo que realmente trasluce de la demanda es una negativa a asumir el riesgo inherente a la explotación que debe soportar la adjudicataria por el contrato de concesión de obra pública, en concreto la cláusula 9ª del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato dice: RIESGO Y VENTURA. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo en los casos de fuerza mayor admitidos por la legislación aplicable.

Debemos negar la relación de causalidad entre el uso del Espacio de Ocio sobre Aparcamiento y la buena o mala marcha de éste y en todo caso que la misma constituya un supuesto de imposibilidad de explotación. Debe añadirse que la actora, frente a lo que sostiene, conocía cuando concurrió a la licitación la construcción en superficie de una Plaza Pública-Espacio de ocio.

La mala marcha del negocio la atribuye la demandante en dos tipos de hechos: uno, la “casi imposibilidad” de entrar y salir del parking los días de afluencia masiva.....el otro, el “efecto disuasorio” que tales aglomeraciones de gente producen sobre la clientela. Debemos negar que tales extremos estén acreditados, más cuando el Proyecto de Plaza Pública --.....se redactó por parte de Promociones Puerto Lobo S.L., a través del Arquitecto Carlos Montoya Moreno.

Y en cuanto al efecto disuasorio de las aglomeraciones, debemos oponer que es una afirmación carente de prueba y de credibilidad, toda vez que el parking es subterráneo y los accesos se encuentran en la vía pública, por lo que difícilmente puede darse el pretendido efecto disuasorio”.

La cuestión ha sido también abordada en Informe del Director General de Contratación de fecha 15 de septiembre de 2016 que señalaba:

“Primero. La existencia del botellódromo ya se acreditó no tenía efectos sobre el equilibrio de la concesión, y por ello tampoco su eliminación, pues ambos hechos se deben incluir dentro del devenir propio de una concesión administrativa y el riesgo y ventura que le es inherente, extensa en el tiempo por su propia naturaleza y en el presente caso por las estipulaciones del contrato –cuarenta años-. Recordar la propia oferta del licitador señala: Vamos a estudiar los ingresos y los gastos para determinar el beneficio o pérdida generado por la explotación del aparcamiento en los 40 años que dura la concesión

administrativa, página 20.133 sobre C de la oferta y donde además se habilita el espacio público exterior para zona de esparcimiento página 20.156 del expediente –memoria descriptiva- ofertada por el concesionario dentro de su proposición-. Por ello, si el Ayuntamiento descartó en su día, con base en los informes que obran en el expediente, incidencia del botellódromo en la concesión tampoco ahora se puede hacer valer por ésta parte su eliminación.

Segundo. Destacar entre los datos que constan en los informes obrantes en el expediente que:

... en el documento que se aporta (por el concesionario) relativo al Número Máximo de Vehículos estacionados en el día, con una disponibilidad de 805 plazas, del 8/6/2012 a 31/08/2014, del gráfico se desprende claramente que el número máximo de vehículos estacionados cada día durante la mayoría de los meses, exceptuando el mes de agosto, se aproxima al 50% de las plazas de parking, esto es aproximadamente la primera planta al 100% y la segunda planta hasta el 50 %, referidos estos datos a cantidades medias puesto que en los meses enero - abril aparecen varios picos que superan estos datos medios (recordar que en su oferta el cálculo para la viabilidad de la concesión era del 19'98 % inicialmente, página 20.138 sobre C de la oferta, y en el año 10 esto es en 2017 –la inauguración según el propio concesionario se produjo en 2007 del 85 %). Como observación, podemos señalar que el punto más alto está muy próximo al mes de abril de 2013. Estos datos desmontan nuevamente la teoría de su representado en la que se dirige al parking como un negocio insostenible (informe de la Asesora Tributaria de fecha 10 de marzo de 2014, documento página 53.1 a 53.8).

... no han cambiado en absoluto las condiciones de acceso al parking desde que se firmó el contrato, ni las condiciones descritas en el mismo y en el pliego administrativo (informe de la Asesora Tributaria de fecha 10 de marzo de 2014, documento página 53.1 a 53.8).

En definitiva, y por ello, el Ayuntamiento difícilmente puede sostener ahora un criterio contrario al que sustenta el expediente, que plenamente considera motivada la no incidencia del uso del espacio público de esparcimiento ubicado sobre la concesión y en el devenir de la misma, que además, implicaría ir en contra de sus propios actos que son los sujetos a revisión por la jurisdicción contencioso administrativa en éste momento”.

Por ello, en relación con el recurso contencioso administrativo que se interpone por el concesionario frente a la desestimación por silencio de la Administración, debe indicarse que sobre este asunto objeto del proceso, ya se ha pronunciado reiteradamente el Ayuntamiento de Granada, como consta en los antecedentes que aquí se indican.

SEGUNDA.- Al margen de que, como se ha expuesto en este informe, entendemos no ha lugar a la existencia de razones para el reconocimiento de restablecimiento económico alguno, no cabe sino hacer mención a la indemnización que pretende el contratista.

En efecto la concesionaria solicita, entre otros mecanismos de restablecimiento, una indemnización por los beneficios que entiendo han dejado de obtener, que cifra en la cantidad de 2.790.208,40 euros, calculados aplicando el tipo medio de los bonos del estado a diez años, multiplicándolo por la cuantía de la inversión en obras. Al margen de que el sistema para el cálculo de los beneficios dejados de percibir nos parece improcedente, hay



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

que remitirse a la numerosa jurisprudencia que entiende que la reclamación del lucro cesante sólo resulta posible en ocasiones muy restringidas. La jurisprudencia entiende que el derecho del contratista a ser indemnizado por el lucro cesante queda estrictamente condicionado, así la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997, Sala tercera Sección sexta) excluye las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes puesto que entiende que *es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computan las ganancias dejadas de percibir que sean posibles pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes. Se excluye igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente, se produzca enriquecimiento injusto y de acuerdo con la jurisprudencia tanto en el caso de lucro cesante, como en el de daño emergente, se exige prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es posible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.*

Por lo expuesto la aplicación de una mera fórmula como es la aplicación del tipo medio de los bonos del estado a diez años, aplicado a la cuantía de la inversión en obras, no es sistema que cumpla con los criterios establecidos jurisprudencialmente para el reconocimiento del lucro cesante, que como ya se ha visto exige prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener.

TERCERA.- Entendemos que, las pérdidas que se alegan en todo caso serían atribuibles al cálculo por parte de la concesionaria en orden a predeterminedar el número de vehículos que iban a ingresar en el aparcamiento a lo largo de la vida de la concesión.

Así, según el Plan de Viabilidad de la concesionaria se planteaba que hubiera una ocupación del 19,98% mientras que para el décimo año y siguientes lo fuera del 85%, es decir en el año 2017 y siguientes. Así, es sintomático el informe del Responsable de Transportes y Aparcamientos emitido con fecha de 29 de septiembre de 2017, sobre número de vehículos detectados en visita de inspección donde se señalaba unas plazas cubiertas el 11/08/2017 de 228 plazas, de 377 el 5/09/2017 y de 391 el día 08/09/2017 391 sobre un total de 805 y donde, al margen de que el número de vehículos en los días en que se ha hecho la inspección no son sustancialmente diferentes con respecto a los que el concesionario alega que se producían en el periodo que estaba instalado el botellódromo, lo que se evidencia es que la previsión de ocupación del 85% del aparcamiento para el décimo año y siguientes de ejecución de la concesión desde luego no se ha cumplido y ello después de que se ha eliminado el elemento que entiende la concesionaria que ha sido el causante del desequilibrio.

Es más el concesionario mantiene la tercera planta cerrada al público y recordemos que esa tercera planta fue presentada como adicional a las dos plantas previstas y fue una mejora ofertada por el propio contratista en el sobre "C" de su oferta económica. Sin perjuicio del carácter irregular de la actuación, dado que esa tercera planta debe permanecer abierta, el hecho de que se mantenga su cierre en la actualidad, es decir, un año

después de que el botellódromo haya dejado de funcionar y de que haya cesado la causa que invoca el contratista como productora del desequilibrio, prueba bien a las claras que son los errores de la concesionaria a la hora de determinar el cálculo real del volumen de vehículos que finalmente se produciría, los que en todo caso producirían las pérdidas que se alegan.

Entendiendo la dificultad de hacer unas previsiones a 40 años vista, lo que no puede hacer la contratista es exigir a esta administración unas cuantías por ingresos y beneficios dejados de percibir según unos cálculos erróneos y que, como se ha reiterado anteriormente entran en el marco del concepto de riesgo y ventura que debe ser asumido en todo momento por el contratista. Entender otra cosa es otorgar a cualquier contratista un seguro de beneficio o un sistema de aseguramiento que cubra las posibles pérdidas a que da lugar la prestación del servicio público y desde luego en el caso de que eso se admitiese y en el supuesto de que se produjeran más beneficios de los previstos por el concesionario, se debería reconocer a esta administración el derecho a participar de esos beneficios.

En este punto debemos tomar en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de enero de 2015 que señala 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 de riesgo y ventura del contratista... 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 ..."*

En definitiva, no procede acceder a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión de la gestión y explotación de un aparcamiento subterráneo para automóviles en el espacio público municipal de "Méndez Núñez", ni, por tanto, a la ampliación del plazo concesional ni la indemnización que se solicita, pues el tema que se suscita debe considerarse desde la naturaleza jurídica de la relación contractual que nos ocupa, estamos ante un contrato de concesión con el consiguiente –riesgo operacional. Y en este caso, el concesionario pretende obviar el riesgo operacional propio de las concesiones, que supone el derecho a explotar el servicio y la asunción del riesgo de la explotación y que corresponde al concesionario, sin el cual no estaríamos ante un contrato de concesión sino de servicios. Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

En relación con el riesgo operacional, cumple indicar que este debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o





AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

servicios objeto del contrato, riesgo que insiste en no asumir el concesionario en este caso. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

En este contrato la posibilidad de ubicar un espacio de ocio en la superficie no solo estaba prevista sino incluida en la oferta por el concesionario, y *en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura, ..., hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depare la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución; y, consiguientemente, para que proceda el reequilibrio financiero del contrato mediante una indemnización compensatoria, regirá la regla general, presente en nuestra legislación de contratos públicos, de que no bastará con que su economía haya resultado alterada sino que será preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis", el ejercicio del "ius variandi" o la concurrencia de circunstancias calificables de "hecho imprevisible"* (SENTENCIA Nº 1868/2016 DE TS, SALA 3ª, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, 20 DE JULIO DE 2016), cuestión que aquí sencillamente no ocurre y supone obviar la naturaleza de la relación que une al Ayuntamiento y el Contratista y la asunción por este del riesgo y ventura, salvo los supuestos de fuerza mayor.

Cabe hacer mención a la reiteración del concesionario en la solicitud que ahora plantea. Ya se planteó esta solicitud en 2014, se ha reiterado con motivo de los incumplimientos realizados por la concesionaria en el impago de los cánones que eran debidos, se ha reiterado en sede judicial. Sin duda estas solicitudes de restablecimiento son moneda común entre los titulares de explotaciones de servicios públicos favorecidas por la presencia de la crisis económica, y sin duda amparadas en una especie de sentir general de la sociedad en acudir a lo público para resolver las dificultades económicas cuando estas se plantean. Así se viene reiterando hasta la saciedad las demandas de determinadas concesionarias a la Administración cuando las cuentas no salen, amparadas en una conciencia que se cristaliza en la frase "el dinero público no es de nadie", conciencia que afortunadamente está gradualmente en declive.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014 (casación 486/2011) señala que, *Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.*

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo".

En consecuencia a la vista de lo expuesto, se propone que se adopte el siguiente acuerdo:

PRIMERO.- Desestimar la solicitud realizada por PROMOCIONES PUERTO LOBO, S. L. con C.I.F. nº B-18279687, para el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión de la gestión y explotación de un aparcamiento subterráneo para automóviles en el espacio público municipal de "Méndez Núñez".

SEGUNDO.- En consecuencia desestimar tanto la ampliación del plazo concesional como la indemnización solicitada."

De acuerdo con la propuesta del Teniente de Alcalde Delegado de Economía, Hacienda, Personal, Contratación, Organización y Smart City, la Junta de Gobierno Local por unanimidad **acuerda:**

Primero.- Desestimar la solicitud realizada por PROMOCIONES PUERTO LOBO, S. L. con C.I.F. nº B-18279687, para el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión de la gestión y explotación de un aparcamiento subterráneo para automóviles en el espacio público municipal de "Méndez Núñez".

Segundo.- En consecuencia desestimar tanto la ampliación del plazo concesional como la indemnización solicitada."

Se certifica con la salvedad a que se refiere el artículo 206 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y a reserva de los términos que resulten de la aprobación del acta correspondiente.

Y para que así conste, expide la presente de orden y con el Visto Bueno del Excmo. Sr. Alcalde, en Granada **veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete.**

Vº Bº
EL ALCALDE

LA CONCEJALA-SECRETARIA

