



Roj: **STS 2589/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2589**

Id Cendoj: **28079130052019100218**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **16/07/2019**

Nº de Recurso: **308/2016**

Nº de Resolución: **1077/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11151/2016,**
ATS 2123/2017,
STS 2589/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.077/2019

Fecha de sentencia: 16/07/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 308/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 308/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1077/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 16 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación tramitado bajo el número 308/2016, interpuesto por el Gobierno Vasco, representado por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, contra la sentencia -nº 478/15, de 18 de noviembre- de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, que desestimó su recurso de lesividad (174/14), deducido frente al Acuerdo de compromisos de 25 de noviembre de 2012, relativo a la adquisición de viviendas protegidas del sector residencial de Ibarra I, T.M. de Legutiano (Álava), suscrito entre el Consejero de Viviendas, Obras Públicas y Transporte del Gobierno Vasco y "Construcciones Amenabar, S.A.", declarado lesivo por Orden del Consejero de Empleo y Políticas Sociales de 16 de enero de 2014.

Se personó como parte recurrida "CONSTRUCCIONES AMENABAR, S.A.", representada por la Procuradora Dña. Imelda Marco López de Zubiría.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia aquí recurrida, contiene el siguiente Fallo: <<QUE, SIN ACOGER EL MOTIVO DE OPOSICIÓN REFERIDO AL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LESIVIDAD SEGUIDO POR EL DEPARTAMENTO DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO VASCO, DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD INTERPUESTO POR LOS SERVICIOS JURÍDICOS CENTRALES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO CONTRA EL "ACUERDO DE COMPROMISOS" SUSCRITO EL 25 DE NOVIEMBRE DE 2.012 ENTRE EL DEPARTAMENTO DE VIVIENDA, OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES Y LA ENTIDAD MERCANTIL "CONSTRUCCIONES AMENABAR, S.A.", QUE EN LO NECESARIO Y ATINENTE AL CASO CONFIRMAMOS, SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS>>.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, la representación procesal del Gobierno Vasco preparó recurso de casación ante la Sección Primera de la Sala de Bilbao, que, teniéndolo por preparado, emplazó a las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo, remitiendo las actuaciones y el expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas ambas partes, la recurrente interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en los que se funda, interesando el dictado de sentencia <<por la que, estimando el recurso, case y anule la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra por la que se estime el recurso contencioso- administrativo interpuesto por esta parte>>.

Admitido a trámite, la recurrida presentó escrito de oposición, suplicando a la Sala que <<acuerde (1) inadmitir dicho recurso de acuerdo con los argumentos desarrollados en la alegación primera y segunda del cuerpo del presente escrito y (2) subsidiariamente, en el caso de que no se estime procedente la inadmisión del recurso, desestime el mismo por los argumentos desarrollados en la alegación tercera y cuarta del presente escrito>>.

CUARTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 2 de julio de 2019, teniendo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia refleja los antecedentes fácticos de la Orden de 16 de enero de 2014, por la que se declara lesivo el Acuerdo de Compromisos de 25 de noviembre de 2012, relativo a la adquisición de VPO en el Sector Residencial 1.Ibarra, T.M. de Legutiano, con base en la cual solicitaba su anulación el Gobierno Vasco: **a)** La CAPV suscribió -17 de Noviembre de 2.007- un Convenio de Colaboración con el Ayuntamiento de Legutiano, acordando la adquisición gratuita de dos parcelas de titularidad municipal destinadas a la promoción de viviendas sociales para su arrendamiento protegido (BS.1 y BS.2), así como la adquisición por compraventa de otras dos parcelas destinadas a la promoción de Viviendas de Protección Oficial (VPO) en derecho de superficie (parcelas BN.1 y BN.2), para lo que la Comunidad Autónoma se comprometía a la contratación y ejecución de la urbanización interior, edificación de las viviendas y a su adjudicación; **b)** Por Orden del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes de 13 de Octubre de 2.009, se autorizó la constitución del derecho de superficie a favor del adjudicatario del concurso que se convocaba en resolución de igual



fecha, que resultó ser "Construcciones Amenabar, S.A.", a la que, igualmente, se adjudicaba los beneficios de la construcción y promoción, en lo que aquí interesa, de 36 viviendas VPO; **c)** Calificadas provisionalmente las dos promociones de VPO (de 19 y 17 viviendas respectivamente en BN.1 y BN.2), por Orden de 1 de Junio de 2.011 del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, se inició el proceso de selección para la adjudicación de dichas viviendas, aprobándose las listas de admitidos y excluidos por resolución del Delegado Territorial del Departamento en Álava de 2 de agosto de 2.011, celebrándose el sorteo el 1 de Diciembre del mismo año; **d)** El 15 de Octubre de 2.012, "Construcciones Amenabar, S.A" se dirigió por escrito al Departamento de Vivienda **aduciendo la ruptura de equilibrio económico de la promoción** por no contar con las ventas necesarias, e instaba a la Administración a que adquiriese las 34 viviendas a las que habían renunciado los destinatarios, por valor de 4.582.844,99 €, según valoración de su calificación provisional de VPO; **e)** El 25 de noviembre de 2.012, previa suscripción de una Memoria Justificativa por la Dirección de Suelo y Urbanismo de igual fecha, se firmaba el aludido Acuerdo de Compromisos entre el Consejero del Departamento y la representación de dicha sociedad mercantil, cuyos expositivos y cinco cláusulas determinaban el compromiso de adquisición por parte de la de la CAPV, de 30 de las 34 viviendas que quedasen por adjudicar, en tres partes y plazos (1/3 a los 12 meses; 1/2 a los 18 meses; y el resto, a los 24 meses); **f)** En su expositivo Cuarto, tras referir que la inexistencia de adjudicatarios dispuestos a la compra de viviendas << **supone una total alteración del equilibrio económico y financiero del contrato, incurriendo en un evidente desequilibrio**, y que puede ser suficiente para hacer concurrentes los requisitos exigidos para la aplicación de los mecanismos de compensación del equilibrio financiero y económico de los contratos públicos>>, y, en el Sexto se decía que << **la operación propuesta consiste en articular mecanismos para equilibrar económicamente el contrato, sin por ello disminuir el principio de riesgo y ventura inherente a la construcción de las viviendas**A fin de articular un reparto proporcional de riesgos y cargas, se fijan plazos y límites cuantitativos para el compromiso de adquisición de las viviendas>>, en su cláusula Primera disponía que << **El objeto del presente Acuerdo de Compromisos es articular las medidas necesarias para el mantenimiento del equilibrio económico y financiero** de la Promoción concertada de 36 viviendas protegidas.....>>; **g)** Por Orden de 4 de Octubre de 2.013 se inició el procedimiento para la declaración de lesividad de dicho acuerdo al entender que incurría en infracciones del ordenamiento jurídico que la hacían anulable (omisión de preceptivo informe del servicio jurídico y reconocimiento del derecho al equilibrio económico en contra del principio de riesgo y ventura), con los trámites a que dio lugar, -audiencia de la sociedad contratista, escrito de alegaciones de 29 de octubre de 2.013, desestimadas por Orden de 15 de enero de 2.014-, y, finalmente la arriba mencionada Orden de 16 de Enero del Consejero de Empleo y Políticas Sociales, que declaró lesivo el Acuerdo, presupuesto de este recurso de lesividad.

La fundamentación jurídica que sostiene la pretensión de anulación puede sintetizarse en los siguientes puntos: **1)** Las promociones concertadas de VPO, como la aquí concernida, son promociones privadas impulsadas por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco mediante la constitución, a favor del promotor, de un derecho de superficie sobre suelo propiedad de dicha Comunidad Autónoma y la concesión a aquél de los beneficios que se establezcan en la convocatoria pública (art. 31 del Decreto 39/08, de 4 de marzo). La adjudicación se realizó por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación fue el concurso. En lo no previsto en dicho Decreto se aplicará la legislación sobre contratos (art. 32.2 del Decreto 39/08). Tiene pues naturaleza de contrato administrativo; **2)** El acuerdo de compromisos (declarado lesivo) es un negocio bilateral ya perfeccionado y directamente vinculante para las partes, que modifica la adjudicación de la promoción concertada, estableciendo su Cláusula Segunda "in fine" que, igualmente la CAPV <<se compromete a las dotaciones presupuestarias que fueren precisas a fin de materializar el compromiso de adquisición asumido>>; **3)** Tal acuerdo infringe el procedimiento para la modificación del contrato -ya sea el art. 195 de la LCSP, vigente en la fecha de adjudicación del contrato, o el art. 211 TRLCSP, que es el vigente en la fecha de la modificación, con idéntico contenido- en cuanto exige el previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, único requisito para la modificación; **4)** Infracción del principio de riesgo y ventura, consustancial a toda la contratación administrativa, que sólo cabe excepcionarlo en los concretos supuestos de fuerza mayor (en el contrato de obras), "ius variandi", "factum principis" (que no concurren) y riesgo imprevisible, es decir la concurrencia de una circunstancia imprevisible e insólita en el momento de celebración del contrato que supere con creces los límites habituales de incertidumbre que cualquier contrato conlleva, sin que el incremento exponencial de renuncias a la adquisición de VPO en Álava con respecto al índice de renuncias anteriores pueda calificarse de riesgo imprevisible cuando el concurso se publica el 11 de noviembre de 2009 y se adjudica en 2010, en plena crisis económica por todos conocida. **5)** Es lesivo para el interés público pues de mantenerse, el Gobierno Vasco debería pagar a la demandada varios millones de euros cuando VISESA, sociedad adscrita al correspondiente Departamento competente en materia de vivienda, tiene un importante número de viviendas sin adjudicar.

Sobre esta base, la sentencia aquí recurrida, en lo que a este recurso de casación interesa, rechaza que estemos ante la modificación del contrato, sino ante un nuevo contrato <<independientemente del vínculo y conexión



causal y subjetiva que comporte que el contratista privado fuese el titular del derecho de superficie sobre las parcelas públicas por haberlo obtenido con anterioridad al objeto de construir viviendas orientadas a esa finalidad pública de competencia de la Administración cedente..... No se constata por ello siquiera la aplicabilidad del invocado artículo 195 LCSP (ó 211 del Texto Refundido de 2.011>>. En todo caso, entiende que la ausencia de tal informe jurídico no es más que un defecto formal sin virtualidad invalidante por no haber generado indefensión, al contar <<con una documentada exposición de antecedentes, razones y análisis jurídico equiparable, plasmado en la Memoria Justificativa que obra a los folios 34 a 49 de estos autos, que con todo lo opinable que pueda ser en cuanto producto de la nunca exacta apreciación jurídica, bien podía incluso exceder y obviar los informes al uso..... entiende esta Sala en esencial coincidencia con la sociedad mercantil demandada que el Acuerdo de Compromisos de 25 de Noviembre de 2.012, lejos de constituir la materialización de la quiebra del artículo 199 LCSP en sede de modificación de un contrato preexistente, es una manifestación de la libertad negocial y discrecionalidad administrativa que, desde perspectivas de oportunidad y ante varias opciones tendentes a salvaguardar los intereses públicos comprometidos, (doctrinalmente, "indiferentes jurídicos"), decide adquirir en propiedad por precio de calificación de VPO parte de las viviendas construidas para orientarlas hacia el arrendamiento social, como opción más demandada por los colectivos aspirantes ante las dificultades que estos padecen en esos momentos para adquirirlas en propiedad.

No hay en ello indemnización alguna al contratista adjudicatario en términos jurídicos, como sostiene la Administración recurrente, y lo que si hay es una distribución de las consecuencias del fracaso de la promoción concertada que reconduce ésta, con reequilibrio de costes y sacrificios entre los intervinientes en esa relación y en aras de la obtención de su fin, sin que, con todo lo discutibles que puedan ser siempre las decisiones administrativas de oportunidad y por más que el Departamento que posteriormente asumió la competencia en la materia no la comparta y la juzgue errónea por la acumulación de viviendas vacías en poder de la Administración, o por desequilibrada en favor del contratista, esa actuación contractual incida de manera directa sobre el supuesto, contexto ni estructura estrictamente aplicable del principio plasmado en el Artículo 199 LCSP , ni lo vulnere, siendo por ello necesariamente otro el canon desde el que dicha actuación podría ser enjuiciada. (en su caso, p.e, la desviación de poder).

Por exhaustividad, y desde la perspectiva que se ha adoptado, no considera en cambio la Sala que la doctrina del riesgo imprevisible asociada al principio de riesgo y ventura, determine por su sola invocación y desarrollo el fundamento de la desestimación del presente recurso.

La propia memoria Justificativa del Acuerdo de Compromisos de 25 de Noviembre de 2.012 (aludiendo nada más a un "riesgo razonable imprevisible ") -f. 41 a 45-, daba cuenta de que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expresada en las SSTs de 18 y 25 de abril de 2.008 , entre otras, la emergencia de la figura del riesgo imprevisible conlleva la irrupción de circunstancias excepcionales, extraordinarias y anómalas, que el propio acuerdo de ella derivado parece un tanto descartar en su variedad estricta, adoptando la perspectiva de que restablecimiento del equilibrio económico debe en cambio articularse como una distribución proporcional y razonable de los perjuicios y pérdidas imprevistas.

Así lo entiende también esta Sala cuando se trata de relaciones jurídico administrativas convencionales y de cooperación entre agentes públicos y privados como la examinada en el presente litigio, en que, sin que se postule como tal la calificación del contrato de colaboración entre el sector público y el privado -excepción expresa al principio de riesgo y ventura según el artículo 199 LCSP aplicado-, y sin que mediasen cláusulas que proveyesen regladamente a ese reparto de perjuicios, la Administración actuante ha de contar con el margen preciso, siempre dentro de la legítima discrecionalidad, para ordenar las consecuencias del fracaso económico y de fin público social de la promoción concertada entre ambas partes. Y ello, decimos, aunque no resulten plenamente concluyentes los esfuerzos por justificar la plena imprevisibilidad de la crisis económica y financiera que, tras un breve e ilusorio repunte, iba a volver a sacudir las economías de los demandantes de vivienda, por desempleo y falta de acceso al crédito, determinando el aumento de renunciadas, lo que pudo ofrecer un cierto carácter imprevisto desde las expectativas contrarias y más optimistas generadas por los propios poderes públicos, -incluida la Administración autonómica vasca-, pero no alcanza, como tal, el rango que a tal figura corresponde>>.

SEGUNDO.- El Gobierno Vasco fundamenta su recurso de casación, articulado, por el cauce del art. 88.1.d) LJCA , en dos motivos: A) Infracción del art. 195 de la LCSP ; B) Infracción del art. 199 de la citada LCSP .

Con carácter previo, debemos examinar las dos causas de inadmisibilidad opuestas por la mercantil recurrida: 1) la causa de inadmisibilidad del artículo 93.2 e) de la LJCA , según el cual la Sala dictará auto de inadmisión en los asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, si el recurso estuviese fundado en el motivo del artículo 88.1 d) y se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad; 2) la causa de inadmisibilidad del artículo 93.2 a) en relación con el artículo 92.1 de la citada Ley .



Aparte de que el recurso ya fue admitido a trámite (lo que, ciertamente, no es óbice para apreciar una causa de inadmisibilidad si efectivamente concurre) es que en este caso no apreciamos la inadmisibilidad opuesta de contrario, desde el momento en que el recurso de instancia es un recurso de lesividad en el que se pretende la anulación de un acto declarado lesivo para el interés público y existe un criterio divergente entre la Administración y la Sala en orden al sentido e interpretación de diversos principios en materia de contratación, con relevancia en la aplicación que de los mismos pueda realizarse en el futuro.

La segunda causa de inadmisibilidad ha de ser igualmente rechazada, pues, además de no concurrir el supuesto contemplado en el art. 93.2.a), antes de la modificación operada por la L.O. 7/15 : <<Si, no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare en este trámite que no se han observado los requisitos exigidos o que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación a estos efectos, la Sala podrá rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida, si ésta lo solicita dentro del término del emplazamiento>>, es que el escrito de interposición del recurso es formalmente correcto.

TERCERO.- PRIMER MOTIVO (infracción del art. 195 de la LCSP), y ello porque, frente al criterio del Tribunal de instancia que considera que el Acuerdo de Compromisos de 25 de noviembre de 2012 es un nuevo contrato, sostiene que estamos ante una modificación del contrato inicial para lo que es preciso un informe previo del Servicio Jurídico correspondiente (art. 195 de la LCSP o 211 del TRLCSP), cuya omisión determina la anulabilidad del acto (art. 63.1 Ley 30/92), y ello porque sólo se modificaron las obligaciones asumidas. Así, según el Pliego de condiciones, aprobado el 13 de octubre de 2009, que regía el concurso para la adquisición, a título oneroso, del derecho de superficie constituido sobre las dos fincas, propiedad de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adjudicado a "Construcciones Amenabar, S.A", correspondía al superficiario (Construcciones Amenabar, S.A.) la obligación de abonar la cantidad de 6.010,12 € por la cesión del derecho de superficie y construir 36 viviendas de protección oficial de régimen general y sus anejos vinculados para su posterior enajenación a personas físicas o unidades convivenciales que cumplieran los requisitos que posteriormente se establecerían por Orden del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes. Sin embargo, en el Acuerdo recurrido de 25 de noviembre de 2012, el Gobierno Vasco asume el compromiso de adquirir hasta 30 de esas 36 viviendas de protección oficial de régimen general que, en virtud de las bases del concurso, correspondía vender a la adjudicataria. No se trata de una cuestión ajena al objeto inicial del contrato administrativo especial, sino de modificar los términos de ese contrato en este concreto extremo, y, dado que el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que regía la adjudicación del contrato administrativo especial que aquí nos ocupa, no incluía previsión alguna de modificación del contrato y que su apartado 2.1 establece que "para lo no previsto en los pliegos se aplicará lo dispuesto en la legislación vigente en materia de contratación administrativa y patrimonial", habrá de estarse a lo dispuesto en el art. art. 202 LCSP : "Los contratos administrativos solo podrán ser modificados siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 195 LCSP ", y dicho precepto, en su apartado 2, dispone que los acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución de los contratos, deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, siendo ésta la única exigencia, que, en este caso, no se cumplió. La relevancia y esencialidad del trámite, en el seno del procedimiento de modificación de los contratos administrativos, deriva de su neto carácter de instrumento enderezado a preservar el cumplimiento de los requisitos sustantivos y formales de toda modificación y, por tanto, a garantizar el respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia que rigen la contratación administrativa.

SEGUNDO MOTIVO: (Infracción del art. 199 LCSP) porque la Sentencia impugnada excluye la aplicación del artículo 199 LCSP (artículo 215 del TRLCSP) que establece: "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.". El contrato suscrito por el adjudicatario de la promoción concertada de las viviendas de Legutiano es un contrato administrativo y los contratos administrativos se rigen por la LCSP y las restantes normas de derecho administrativo. Los contratos administrativos especiales de la letra b) del referido precepto tienen la especialidad de que se rigen en primer término por sus normas específicas. Por ello, cualquiera que sea la calificación del contrato suscrito entre el Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes y Construcciones Amenabar, S.A. -contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado o contrato de naturaleza administrativa especial-, y no habiendo normas específicas que regulen contratos como el que aquí interesa, resultan de aplicación los preceptos de la LCSP.

En los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares que rigen la adjudicación en este caso se indica que "para lo no previsto en los pliegos se aplicará lo dispuesto en la legislación vigente en materia de contratación administrativa y patrimonial." (cláusula 2.1), reconociendo la propia Sentencia que los pliegos de condiciones técnicas y jurídicas que rigieron la constitución del derecho de superficie para la construcción de viviendas de protección oficial en Legutiano no contienen ninguna cláusula de reparto de riesgo.



La sentencia al negar la aplicación de este principio, infringe el referido precepto.

CUARTO.- Analizaremos, en primer término el Segundo Motivo, a nuestro juicio determinante de la anulación pretendida y ello con independencia y al margen de que el Acuerdo de compromisos (25 de noviembre de 2012) declarado lesivo, se considere, como así lo hace la sentencia de instancia, como un nuevo contrato, ya como una modificación del contrato inicial, como sostiene el Gobierno Vasco, lo cierto, y nadie lo discute, es que dicho acuerdo materializa una medida de reequilibrio financiero -solicitada por el adjudicatario- como consecuencia del fracaso de la promoción de viviendas de VPO, en régimen de superficie (de las 36 viviendas construidas, sólo dos fueron vendidas), adjudicada, a título oneroso, mediante concurso a "Construcciones Amenabar, S.A.", a quien se adjudicó, igualmente, los beneficios de dicha promoción.

Así, en su expositivo Cuarto, como ya transcribíamos en el F.D. Primero, tras referir que la inexistencia de adjudicatarios dispuestos a la compra de viviendas, << **supone una total alteración del equilibrio económico y financiero del contrato, incurriendo en un evidente desequilibrio** , y que puede ser suficiente para hacer concurrentes los requisitos exigidos para la aplicación de los mecanismos de compensación del equilibrio financiero y económico de los contratos públicos>>, en el Quinto "in fine" afirma que << **el restablecimiento del equilibrio**, no obstante, no puede interpretarse de modo absoluto, sino que debe articularse como un reparto proporcional de los riesgos y cargas entre concedente y concesionario, de modo que se dé una distribución proporcional y razonable de los perjuicios y pérdidas imprevisibles, todo ello en base a los números que dieron lugar a la adjudicación del contrato>>, en el Sexto se decía que << **la operación propuesta consiste en articular mecanismos para equilibrar económicamente el contrato, sin por ello disminuir el principio de riesgo y ventura inherente a la construcción de las viviendas**A fin de articular un reparto proporcional de riesgos y cargas, se fijan plazos y límites cuantitativos para el compromiso de adquisición de las viviendas>>, y, en su cláusula Primera dispone que << **El objeto del presente Acuerdo de Compromisos es articular las medidas necesarias para el mantenimiento del equilibrio económico y financiero** de la Promoción concertada de 36 viviendas protegidas.....>>.

Al efecto, no cabe olvidar que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de 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 cabe mencionar el artículo 1091 del Código Civil , y sobre la segunda: artículo 94 del TRLCAP, de 16 de junio de 2000 y los artículos 208 y 209 del TRLCSP, de 14 de noviembre de 2011.

Además, en la contratación administrativa, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (arts. 98 del TRLCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TRLCSP de 2011), concurre 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.

No obstante ello, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones -tasadas- a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, que permiten 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 aquéllas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de " *ius variandi* " , " *factum principis* " , y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Pues bien, en este caso, esas medidas encaminadas a reequilibrar la ecuación financiera del contrato no encuentran amparo en esos supuestos tasados, previstos en la sucesiva legislación de los contratos públicos, ya que ese descenso exponencial de la demanda de VPO en Álava -apreciada ya en 2006- fue una manifestación más de los efectos de la crisis económica que se inició en el verano de 2007, instaurándose de forma inequívoca a partir de 2008, luego en la fecha en la que se adjudicó a la mercantil el derecho de superficie sobre las dos fincas propiedad del Gobierno Vasco para la construcción, urbanización y venta de 36 viviendas de VPO, adjudicándole los beneficios de la promoción - finales de 2009- la precaria situación económica era una realidad incuestionable que no cabe calificar de riesgo imprevisible (como reconoce la propia sentencia recurrida), y que debió ser valorada por "Amenabar, S.A.". Esta imprevisión debe ser asumida por el adjudicatario en virtud del principio de riesgo y ventura inherente a todo contrato administrativo, por lo que al no existir en el Pliego de Cláusulas rector del concurso de adjudicación del derecho de superficie previsión alguna en orden al reparto de perjuicios (también reconocido por la sentencia), las medidas adoptadas en el Acuerdo de 2012, además de carecer de cobertura por no concurrir ninguno de los supuestos tasados a los que acabamos de hacer referencia, eliminando el "alea" del contrato, genera un grave perjuicio al interés público al asumir el Gobierno Vasco el compromiso de adquirir, hasta un máximo de 30 viviendas (la constructora se compromete



a la terminación total de la promoción conforme a las condiciones de la oferta presentadas al concurso), con el importante desembolso económico que supone, absolutamente innecesario cuando ya disponía, a través de un sociedad adscrita al Departamento competente en materia de vivienda (VISESA), de un importante número de VPO sin adjudicatario.

La conclusión alcanzada hace ya innecesario abordar el primer motivo de casación articulado por la Administración Autónoma Vasca.

QUINTO.- Con base en cuanto ha quedado expuesto, procede, con estimación del recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco, casar y revocar la sentencia de instancia, estimándose el recurso de lesividad 174/14 , interpuesto frente al Acuerdo de Compromisos de 25 de noviembre de 2012 por no ser conforme a Derecho.

En aplicación del art. 139.1.2.3 LJCA , no se efectúa pronunciamiento en materia de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido declarar

PRIMERO.- Haber lugar al recurso de casación núm. 308/16, interpuesto por el Gobierno Vasco frente a la sentencia -nº 478/15, de 18 de noviembre- de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del País Vasco, que se casa y revoca. Sin costas.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de lesividad nº 174/14, deducido frente al Acuerdo de compromisos de 25 de noviembre de 2012, declarado lesivo por Orden del Consejero de Empleo y Políticas Sociales de 16 de enero de 2014, que se anula por no ser conforme a Derecho. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Míguez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Juan Carlos Trillo Alonso

Dª Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente Dña. Ines Huerta Garicano, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.