



INFORME EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR LA DIRECCIÓN DE PLANIFICACIÓN DEL TRANSPORTE DEL DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL, VIVIENDA Y TRANSPORTES EN RELACIÓN A SI PROCEDE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TSJ PAÍS VASCO Nº 279/2016, DE 22 DE JUNIO Y Nº 285/206, DE 26 DE JUNIO, EN LOS TÉRMINOS EXPUESTOS EN EL INFORME DE LA DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN, Y EN CONCRETO, EN RELACIÓN CON EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL ASCENSOR A BEGOÑA, COMO INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

41/2021 OL - DDLCN

ANTECEDENTES

Por la Directora de Planificación del Transporte del Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes se formula una consulta en relación a si procede la ejecución de las sentencias dictadas por el TSJ País Vasco nº 279/2016, de 22 de junio, y nº 285/206, de 26 de junio, en los términos expuestos en el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación en relación con el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión del Servicio Público de Ascensor a Begoña como indemnización de daños y perjuicios.

A la Memoria sobre la solicitud de informe jurídico en relación con el expediente de liquidación de la concesión de los ascensores a Begoña se acompaña la siguiente documentación:

a) Propuesta de Orden de la Consejera del Departamento por la que se propone la liquidación del contrato de gestión de servicio público y reversión de la explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público a Begoña (Bilbao) y de aquellos bienes necesarios para su prestación, y se concede trámite de audiencia.



b) Inventario bienes afectos a la explotación del servicio público de los Ascensores de Begoña en Bilbao, así como la Valoración económica de los bienes afectos a la explotación del servicio público prestado por los ascensores de Begoña en Bilbao, ambos documentos elaborados por LKS a solicitud de la Directora de Planificación del Transporte.

c) Alegaciones a la incoación y propuesta de liquidación del Gobierno Vasco formulada por Ascensores a Begoña, S.A.

d) Informe pericial elaborado por PKF Attest a solicitud de Ascensores a Begoña, S.A.

e) Informe de la Dirección de Planificación del Transporte relativo a las alegaciones formuladas por ascensores a Begoña, S.A. en el trámite de audiencia del expediente de liquidación del contrato de gestión del servicio público y reversión de la explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público a Begoña (Bilbao) y de aquellos bienes necesarios para su prestación

Se emite el presente informe en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 8.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en relación, ambos, con el artículo 7.1 i) del Decreto 18/2020, de 6 de septiembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y con los artículos 14.1.a) y 15.1.a) del Decreto 8/2021, de 19 de enero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

LEGALIDAD

1.- Las cuestiones sometidas a consulta.

Mediante Resolución de 30 de diciembre de 1943, de la Jefatura de Obras Públicas de Vizcaya se autorizó a la mercantil ASCENSORES DE SOLOCOECHE S.A. “la construcción y explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público que, partiendo de la casa del número 6 de la calle Esperanza de Bilbao, suban verticalmente por medio de una torre hasta colocarse a la rasante de la puerta principal del antiguo cementerio de Mallona, salvando una

altura de 50 metros". Esta resolución fue publicada en el Boletín Oficial de Vizcaya de 19 enero de 1944.

La citada titularidad de ASCENSORES DE SOLOCOECHE S.A. se cambió con el tiempo a ASCENSORES A BEGOÑA S.A.

El 9 de agosto de 2013 Ascensores a Begoña S.A., concesionaria de la prestación del servicio de asesores a Begoña, presentó una solicitud de caducidad de la concesión, que se sustentaba en la imposibilidad de mantener la explotación del servicio, a causa de la acumulación de pérdidas provocada por la inadecuación de las tarifas aprobadas por el Gobierno Vasco a los costes de la concesión y de tener que afrontar los costes de la reparación requerida por SURBISA.

La solicitud de caducidad fue desestimada por Resolución de 1 de abril de 2014 del Director de Servicios del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, y confirmada en alzada por Resolución de 24 de junio de 2014 de la Viceconsejera de Administración y Planificación del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial.

Contra ambas resoluciones, la concesionaria interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el TSJPV, que se siguió mediante procedimiento ordinario 465/2014.

Mediante sentencia 279/2016, de 22 de junio, el TSJPV estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la concesionaria y, en consecuencia, anuló los actos recurridos y declaró la caducidad de la concesión de la instalación a instancia de la recurrente, por imposibilidad sobrevenida de mantener la explotación del servicio, con las consecuencias legales derivadas de esa declaración. Esa sentencia resultó confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia nº 689/2018, de 26 de abril de 2018.

Paralelamente a estas actuaciones, y tras el cese unilateral del servicio y cierre de las instalaciones a partir del día 9 de julio de 2014, por Resolución de 18 de noviembre de 2014 del Director de Servicios del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, se acordó la caducidad del contrato por incumplimiento del concesionario, y por Resolución de 16 de julio de

2015, del Director de Servicios, confirmada en alzada por Resolución de 15 de septiembre de 2015, se aprobó definitivamente el inventario de los bienes afectos a la explotación del servicio público y se acordó la reversión del servicio y de aquellos bienes necesarios para su prestación y que figuraban en el inventario.

Tras interponerse por la empresa concesionaria recurso contencioso administrativo en el PO 719/2014, el TSJPV, en su sentencia 285/2016, de 28 de junio de 2016, estimó el citado recurso y, en consecuencia, anuló los actos recurridos (Resolución de 18 de noviembre de 2014 y Resolución de 15 de septiembre de 2015). Esa Sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1291/2018, de 18 de julio de 2018.

A raíz de esas sentencias, con fecha 8 de noviembre de 2019, la Dirección de Planificación del Transporte remitió a la Dirección de Servicios el inventario de bienes afectos a la explotación del servicio de los ascensores a Begoña, así como su valoración económica. Asimismo, con fecha 12 de noviembre de 2019, la Dirección de Planificación del Transporte presentó propuesta de liquidación del contrato.

A su vez, por escrito de 5 de febrero de 2020, la empresa Ascensores a Begoña, S.A. solicitó al órgano de contratación del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, en ejecución de la STSJPV nº 279/2016, de 22 de junio, *"la incoación del preceptivo expediente de liquidación de la concesión administrativa de los ascensores a Begoña, a fin de que se determinen todos los derechos y obligaciones resultantes, las responsabilidades correspondientes y todas las demás consecuencias económicas de la extinción de la concesión por la mencionada causa"*.

Mediante Orden de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras se propone la liquidación del contrato de gestión de servicio público y reversión de la explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público a Begoña (Bilbao) y de aquellos bienes necesarios para su prestación, y se concede trámite de audiencia.

En la citada Orden se propone la liquidación del contrato de gestión de servicio público, con un valor de reversión negativo estimado es de MENOS DIEZ MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS EUROS (-10.688 €).

Dado trámite de audiencia a Ascensores Begoña, la empresa presenta un escrito de alegaciones en el que estima lo siguiente:

1.- La resolución de la concesión por causa imputable al Gobierno Vasco conlleva la necesidad, en primer lugar, de liquidar los derechos y obligaciones que corresponden a las partes y, en consecuencia, de determinar los daños y perjuicios causados a ASCENSORES A BEGOÑA S.A. por la extinción de daño emergente, lucro cesante y otros. En este sentido, viene a reclamar:

a.- Costes incurridos por los procedimientos administrativos y judiciales y el cese de actividad: 1.365.771 euros.

b.- Perdidas incurridas y beneficios no obtenidos en el periodo 1995-2014: 1.401.386 euros.

c.- Beneficios dejados de percibir en el periodo 2014- 2042: 386.364 euros.

d.- Costes de desmantelamiento / derribo de la construcción de los ascensores: 597.323 euros.

Lo que suma un total de 3.750.844 euros.

Asimismo, añade que: La liquidación de la concesión se cumple con la determinación de los daños y perjuicios antes señalados y no debe de contemplar disposición alguna sobre la reversión de los bienes e instalaciones de ASCENSORES A BEGOÑA S.A. al Gobierno Vasco, porque, conforme a las características de la concesión y las condiciones establecidas en su pliego, así como la inexistencia de un servicio público de primera necesidad y la ruptura del principio de continuidad, no hay obligación de transmitir ningún bien a la Administración a la finalización de la concesión.

En relación con las citadas alegaciones, la Dirección de Planificación propone inadmitir las alegaciones presentadas confirmando en todos sus términos la propuesta de liquidación. Asimismo, se solicita informe a la Dirección de Patrimonio y Contratación, que evacua su informe.

Las conclusiones del informe son las siguientes:

Primera: El pronunciamiento vertido, de que nos encontremos ante unas sentencias desacertadas y que muestran una posible incongruencia en el fallo, no impide que la Administración deba ejecutarlas, procurando restablecer el equilibrio económico de la concesión declarada caducada.

Segunda: Puede procederse a la recepción de los bienes de la concesión, sin que la misma se encuentre ligada a su liquidación o a la determinación de los efectos que se deben desprender de la caducidad que pueden fijarse a posteriori.

A juicio de este Letrado la recepción comprenderá la torre, la pasarela y la servidumbre de paso a través de la lonja de la casa nº 6 de la calle Esperanza de Bilbao, debiendo de considerarse la necesidad de establecer una servidumbre de paso en torno a los pilares de la pasarela que garantice el mantenimiento, conservación y reparación de los pilares y la pasarela de las instalaciones de los ascensores.

Tercera: La liquidación o la determinación de los efectos de la concesión por las razones expresadas en el fundamento jurídico quinto, no debe de contener o comprender: el valor de restitución o de amortización de los bienes, el levantamiento de las cargas o gravámenes existentes sobre los mismos, los gastos incurridos como consecuencia de procedimientos judiciales, los beneficios dejados de percibir en el periodo 2014-2042 y los costes de desmantelamiento/derribo de la construcción de los ascensores. Por el contrario, y por lo recogido en ese mismo fundamento, debe contener o comprender: los gastos en concepto de indemnización del personal como consecuencia del cese de actividad, los gastos de reparación y rehabilitación llevados a cabo por el Ayuntamiento de Bilbao y las pérdidas incurridas y beneficios no obtenidos en el periodo 2009-2013.

Cuarta: Habrá de procurarse que con las cantidades que se reconozcan, se salden o cancelen las deudas derivadas de las indemnizaciones del personal, los débitos existentes con el Ayuntamiento de Bilbao por las obras de rehabilitación y reparación y las deudas de las que resultan los gravámenes sobre la lonja y la finca.

Ello a fin de que no se suscite la responsabilidad civil subsidiaria de esta Administración por las deudas ni la imposibilidad del uso y mantenimiento de las obras por los gravámenes existentes sobre los inmuebles.

La cuestión que se nos suscita es la siguiente: Que se emita *opinión legal no preceptiva* sobre si procede la ejecución de las sentencias del TSJPV nº 279/2016, de 22 de junio, y nº 285/2016, de 28 de junio, confirmadas respectivamente por STS nº 689/2018 y nº1291/2018, en

los términos expuestos en el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación, y en concreto, el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión como indemnización de daños y perjuicios por la declaración de caducidad de la concesión a instancia del recurrente.

2.- Consideraciones.

A la vista de toda la documentación que se ha remitido, las sentencias, los diferentes informes y las alegaciones vertidas, hemos de manifestar nuestra conformidad sustancial con el informe emitido por la Dirección de Patrimonio y Contratación.

En efecto, entendemos que de la lectura de las sentencias se adecuan mejor las valoraciones que efectúa la Dirección de Patrimonio y Contratación que la propuesta que ha formulado la Dirección de Planificación de Transportes. El único extremo que entendemos no debiera contemplar el informe de contratación es la extensa argumentación dedicada a comentar las sentencias dictadas, pues nos tenemos que limitar a ejecutarlas en los términos fijados (con independencia de que discrepemos de ellas).

Dicho esto, iremos desgranando los conceptos que se asumen por la Dirección de Patrimonio y Contratación.

En primer lugar, estamos de acuerdo con la afirmación de que *"se ha de obtener o lograr el restablecimiento del desequilibrio económico de la concesión que es el centro o fundamento de lo juzgado, lo que nos lleva a disentir de la propuesta de liquidación efectuada por la Administración que no contempla el restablecimiento del equilibrio económico del negocio"*.

Creemos que a la vista de las consideraciones de la sentencia de 22 de junio de 2016, en su fundamento noveno, esta conclusión es correcta. Ahora bien, a renglón seguido y como muy bien matiza el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación: *"Ahora bien, aun producido el desequilibrio económico reconocido por la sentencia, debe tenerse en cuenta que en la concesión no ha de regir el principio de la compensación integral de pérdidas, pues no debe excluirse el aleas normal del contrato, es decir la pérdida que hubiera de producirse normalmente"*, por lo que lo *"fundamental será determinar en la liquidación cómo se habrá de restablecer el desequilibrio económico apreciado por la Justicia"*

Asimismo, estamos de acuerdo con lo afirmado por el informe cuando indica que la liquidación demandada por la concesionaria *"no sólo persigue la compensación integral del restablecimiento económico de la concesión, no contemplando el reparto del riesgo, sino que persigue un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos, incluidas ganancias de años venideros"*.

Y en cuanto a los diferentes epígrafes que se exponen en el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación hemos de indicar lo siguiente:

- a.- Valoración de los bienes a reintegrar y deducción de las cargas o gravámenes existentes sobre los mismos

En este apartado se entiende que no se trataría de reflejar en la liquidación el valor de los bienes a restituir, sino de procurar, en su caso, el valor de lo que de los mismos quede por amortizar (extremo que es el recogido en el artículo 22 de la ley 4/1964, de 29 de abril, de concesión de teleféricos).

En cuanto a las cargas y gravámenes que pesan sobre los inmuebles se estima que habrá de ser la concesionaria la que salde las deudas gravadas con dichas anotaciones, cancelando las cargas correspondientes con las cantidades que puedan dimanar de la liquidación, si bien se habrá de tratar de garantizar que el destino de las cantidades que deriven de la liquidación y que se abonen a la concesionaria para obviar responsabilidades civiles subsidiarias posteriores se destinen a la cancelación de dichas deudas.

- b.- Gastos incurridos como consecuencia de procedimientos judiciales

En este apartado recoge el concesionario los costes causados por los distintos procedimientos administrativos y procesos judiciales, en los que se ha visto inmerso en defensa de sus derechos, y los viene a relacionar directamente con la responsabilidad imputable al Gobierno Vasco.

Concretamente se tratan de los procedimientos relacionados con la reclamación de las tarifas, así como los procedimientos jurisdiccionales de caducidad y extinción de la concesión. Como bien se indica tanto en el Informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación como en el informe de la Dirección de Planificación del Transporte, esta pretensión choca abiertamente con lo resuelto en dichos pronunciamientos judiciales, en donde en todos ellos existe un pronunciamiento expreso respecto de las costas judiciales, de forma que en dos de ellos se obliga a que cada parte se haga cargo de la suyas, en otros dos los relativos a la caducidad y la extinción se condena a la Administración y en donde en otros dos -los que conciernen a las tarifas- se condena a ASCENSORES A BEGOÑA S.A.

Como es reiterada doctrina jurisprudencial existe una específica vía para su reparación y esta es la institución de las costas procesales. Es decir que, por así haberlo dispuesto la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en aquellos procesos en los que la Administración resultó condenada al pago de las costas (únicamente los relativos a la caducidad y la extinción de la concesión) lo que ha tenido la concesionaria es un crédito e frente a la Administración y lo habría tenido que ejercer mediante el proceso de tasación de costas.

Es por ello, por lo que se entiende e informa que no es recibo que se le abone cantidad alguna derivada de este concepto u apartado.

- c.- Gastos en concepto de indemnización del personal como consecuencia del cese de actividad.

También mostramos nuestra conformidad con el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación en cuanto al hecho de que resultan indemnizables las cantidades pagadas por ASCENSORES A BEGOÑA S.A. como indemnización a sus trabajadores por la extinción de sus contratos de trabajo, las cantidades debidas a FOGASA así como el resto de las debidas a los trabajadores por dicho concepto, por ser una consecuencia obligada de la caducidad de la concesión.

Si bien, tal como se precisa en el informe, habrá de ser por las cifras que resulten del examen que se haga de la documentación que tenga que aportar la concesionaria, por no poder descansar su consideración en el examen que ha hecho la pericia de parte PKF ATTEST,

teniendo en cuenta que habrá de tratarse de trabajadores de la concesionaria con centro de trabajo en los dos ascensores eléctricos a Begoña.

d.- Perdidas incurridas y beneficios no obtenidos en el periodo 1995-2014

No resulta de recibo atender en la cantidad demandada a las perdidas incurridas y beneficios no obtenidos en el periodo 1995-2014, aunque se conceptúe como daño emergente.

En efecto, tal como se precisa en dicho informe, la compensación debida al concesionario debía de ir dirigida al mantenimiento de la concesión mediante una distribución proporcional y razonable de las perdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación la hubiese hecho eficaz para impedir la caducidad.

Así no se entiende cómo la indemnización perseguida por la concesionaria pretenda abarcar nada menos que un periodo casi cercano a los veinte años, con una cantidad que se cifra en 1.401.386 euros, sobre la base de un informe pericial de parte y si se tiene en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de que la que trae causa su pretensión.

En efecto, la sentencia 279/2016 (recurso 465/2014) hace referencia a las pérdidas que arrastra la concesionaria desde 2009, periodo que se vuelve a mencionar en el fundamento de derecho octavo.

Por consiguiente, se entiende e informa que no se pueden atender a las perdidas y beneficios del periodo 1995-2014, por no contemplarlo la sentencia del TSJPV en su relato, que sólo refiere el periodo 2009-2014.

f.- Beneficios dejados de percibir en el periodo 2014-2042.

En este extremo mostramos una vez más nuestra conformidad con el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación, así como con el informe de la Dirección de Planificación del Transporte.

En efecto, es reiterada doctrina jurisprudencial, solo cabe indemnizar el lucro cesante siempre que sea cierto y real, excluyéndose las meras expectativas o ganancias dudosas, que a la vista de las circunstancias concurrentes se tratan de una auténtica quimera como pone de manifiesto la Dirección de Patrimonio y Contratación.

g.- Gastos de reparación y rehabilitación llevados a cabo por el Ayuntamiento de Bilbao

También se entiende que resultan atendibles los gastos de reparación y rehabilitación llevados a cabo por el Ayuntamiento Bilbao o la sociedad municipal SURBISA por razones de emergencia en la torre y la pasarela de los 2 ascensores a Begoña, por cuanto el no atenderlos se debería o resultaría del incumplimiento apreciado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro de la concesión y ser cantidades que tienen como destino la obra objeto de la concesión.

En consecuencia, se informa que podrá atenderse por esta Administración estos gastos derivados de la reparaciones y rehabilitaciones efectuadas, mediante su pago al Ayuntamiento de Bilbao o la sociedad municipal Surbisa para figurar posteriormente en la liquidación que se lleve a efecto.

h.- Sobre la propuesta de Orden de liquidación y reversión de los 2 ascensores eléctricos a Begoña.

En este extremo, los inmuebles, aunque de titularidad privada durante la vida de la concesión se hallan afectos a un servicio público y su destino final ha de ser el de seguir afectos a dicho servicio al término de la concesión (como se indica en el Dictamen de la COJUA 181/2014, párrafo 39).

En este sentido, ha de estarse a lo establecido en el artículo 55 de la Ley General de Obras Públicas de 1877, de aplicación a la concesión, según dispone la cláusula 14 del pliego, precepto que dispone que: "*Transcurrido el plazo de la concesión, la obra pasará a ser propiedad del Estado, de la provincia o del municipio de cuyo cargo fuera*".

En cuanto a los términos de la reversión habrían de incluirse, en primer lugar, la torre, la pasarela y la maquinaria de los ascensores (la obra civil específica).

En segundo lugar, el local de paso de la planta baja del nº 6 de la C/ Esperanza y local de la primera planta (suelo más construcciones, porque están directamente vinculadas a la prestación del servicio público). Es muy ilustrativo, en este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de mayo de 2015 (recurso 121/2014) con motivo de la extinción del servicio del funicular al Monte Igueldo.

La única duda respecto del alcance de la reversión lo es la relativa a la finca en la que se asientan los pilares que sustentan la pasarela de las obras, optando el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación por la constitución de una servidumbre de paso, extremo que consideramos se ajusta a la legalidad, pues la citada finca, caracterizada como huerta (finca registral 20579), no se relaciona en la aprobación de las obras en el acta de 29 de julio de 1947, por lo que es dudoso que fuera procedente su reversión.

Este es el informe que emito y que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho, en Vitoria-Gasteiz, a doce de abril de dos mil veintiuno.