



Roj: **STS 1830/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1830**

Id Cendoj: **28079130032022100095**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/05/2022**

Nº de Recurso: **7652/2019**

Nº de Resolución: **545/2022**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 2195/2019,**
AATSJ CV 105/2019,
ATS 11584/2020,
AATS 5081/2021,
STS 1830/2022,
AATS 9808/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 545/2022

Fecha de sentencia: 09/05/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7652/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 7652/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 545/2022



Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 9 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7652/2019 interpuesto por ENRIQUE ORTIZ E HIJOS, CONTRATISTA DE OBRAS, S.A., representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2019 (apelación nº 1154/2017) en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por aquella entidad contra la sentencia 334/2017, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante (recurso contencioso-administrativo 151/2016). Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE SAN VICENTE DEL RASPEIG, representado y asistido por el Abogado D. Ramón J. Cerdá Parra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig de fecha 30 de diciembre de 2015 relativo a la liquidación por resolución del Contrato Administrativo de "Construcción de Nuevo Equipamiento Municipal y Concesión de Obra Pública de Aparcamiento subterráneo de vehículos" (Expediente CO 15/05, suscrito por el citado Ayuntamiento y la entidad mercantil recurrente. El acuerdo municipal impugnado contiene los siguientes pronunciamientos:

1º Estimar parcialmente las alegaciones formuladas por la mercantil actora al Acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2015 por el que se aprobó la liquidación de la concesión de obra pública de aparcamiento subterráneo de vehículos situado bajo el nuevo equipamiento municipal, como consecuencia de la Resolución del contrato por renuncia unilateral del concesionario.

2º Fijar el valor de las obras necesarias para la explotación del aparcamiento que aún no han sido amortizadas y que deben ser abonadas al concesionario en la cantidad de 2.953.36208 euros.

3º Fijar el importe de la indemnización de daños y perjuicios que el concesionario debe abonar Ayuntamiento en la cantidad de 5.004.35919 euros.

4º Determinar que la cuantía de la liquidación de la concesión por diferencia entre las 2 cantidades anteriores, supone un saldo de 2.050.99711 euros que el concesionario deberá abonar al Ayuntamiento; cantidad de la que restando los 132.268 25 euros de la garantía incautada da lugar a la cifra final de 1.918.72886 euros.

El recurso fue desestimado por sentencia nº 334/2017, de 5 de septiembre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante (recurso contencioso-administrativo 151/2016), en la que no se hace imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra la sentencia del Juzgado interpuso la representación de Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A. recurso de apelación que fue desestimado por sentencia nº 330/2019, de fecha 17 de abril de 2019, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (apelación nº 1154/2019).

La sentencia que resuelve el recurso de apelación dedica sus fundamentos jurídicos segundo y tercero a reseñar diversos apartados del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento impugnado en el proceso y de los informes en los que dicho acuerdo se sustenta, así como varios fragmentos de la sentencia recurrida en apelación. A partir de ahí, la sentencia dedica los siguientes apartados a exponer las cuestiones suscitadas y pretensiones formuladas en el recurso de apelación (fundamento jurídico cuarto), así como las razones que conducen a su desestimación (fundamento jurídico quinto), a lo que luego volveremos a referirnos.

En definitiva, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana termina desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante, con imposición de las costas procesales a la parte apelante por un importe total de 4.500 euros.



TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia que resuelve el recurso de apelación, preparó recurso de casación la representación de Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 19 de noviembre de 2020 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Segundo. - Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las atinentes a:

1.- Si en un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal, se debe abonar la inversión realizada por el contratista con exclusión del beneficio industrial correspondiente a la ejecución de la obra o por el contrario, debe ser incluido ese beneficio industrial de la obra ejecutada que revierte al Ayuntamiento como mayor valor de la inversión no amortizada.

2.- Si resulta aplicable el principio del enriquecimiento sin causa, en los casos de resolución de un contrato mixto de ejecución de obra y explotación de un servicio municipal, cuando está prevista que, a cargo de la explotación del servicio, se retribuya además de la ejecución de la obra, la parte del precio no satisfecho por la ejecución de otras obras objeto del contrato mixto de obra y concesión (como la urbanización de la plaza que se ubican en la parte superior del aparcamiento, la ejecución de un centro de transformación y una línea subterránea de media tensión) y que pasan a ser propiedad del Ayuntamiento.

3.- Determinar cuál es alcance que ha de atribuirse a la expresión legal "daños y perjuicios", en el sentido de si, resuelto el contrato por causa imputable al concesionario, su responsabilidad se mantiene vigente por el tiempo que restare de vigencia de la concesión, si la Administración decidiera continuar con la explotación de la infraestructura; si resultan indemnizables las pérdidas meramente posibles o probables derivadas de la futura explotación de la infraestructura por la Administración, o por un tercero, distinto del contratista al que se le imputa la resolución del contrato, y si puede tener la condición legal de "daño y perjuicio" la depreciación por el uso que la Administración hace de las instalaciones y bienes que le revierten a causa de la resolución, sin infringir con ello la obligación legal de abonar al contratista el importe de esas mismas inversiones por la parte no amortizada.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación los artículos 113.4, 266.1 y 4 del TRLCAP aprobado por RDL 2/2000 de 16 de junio y 131 del RLCAP (arts. 225 y 271 TRLCSP 3/2011, de 14 de noviembre y arts. 213 y 280 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público), sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA>>.

[la cita del artículo 131 del RLCAP se hace, sin duda, por error; debiendo entenderse que el auto de admisión del recurso quiere referirse al artículo 113 del citado Reglamento]

CUARTO.- La representación del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig presentó escrito (folios 75-76 de las actuaciones) en el que solicita la subsanación de determinados errores en los que a su juicio incurre el auto de admisión del recurso de casación en los apartados 1 y 2 del punto segundo de su parte dispositiva.

La petición fue denegada por auto de la Sección Primera de esta Sala de 20 de abril de 2021 en el que se declara no haber lugar a la rectificación solicitada.

QUINTO.- La representación procesal de Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2021 en el que expone sus motivos de impugnación que, en síntesis, responden a los siguientes enunciados:

* La sentencia recurrida infringe los artículos 266.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y 131 del Reglamento General de esta Ley (RGLCAP) al no haber reconocido como mayor importe de la inversión el beneficio industrial que reclama la recurrente.

* El contrato al que se refiere la controversia es mixto de obra y concesión de obra pública (cláusula 2ª PCAP) y el objeto de la parte concesional del contrato se circunscribe a la construcción y explotación del aparcamiento subterráneo (cláusula 1.b PCAP). Pero una parte (sustancial) del coste de las restantes obras incluidas en el contrato, no en la concesión, debían financiarse a través de la explotación de la concesión. De forma que, a efectos de la liquidación de este contrato mixto, el coste las restantes obras (incluidas en el contrato, pero no en la concesión) no satisfecho por el Ayuntamiento, y que debía retribuirse mediante la explotación de la concesión, debía considerarse como un mayor importe de la inversión concesional, pues en caso contrario se produciría un evidente empobrecimiento injusto del contratista/concesionario con el correlativo enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.



Ciertamente, para este Contrato mixto de obra y concesión de obra pública, ni en el TRLCAP ni en el PCAP se contiene una previsión que regule qué ocurre con la parte del coste de la obra no concesional que no ha podido recuperar el contratista con la explotación del aparcamiento, al resolverse el contrato anticipadamente; de ahí que, a falta de esa previsión expresa, entendamos que, con ocasión de la liquidación de la concesión de obra pública -a través de cuya explotación debía financiarse aquella otra parte de la obra-, el coste de la obra no concesional no satisfecho debe integrarse como mayor importe de la inversión de la concesión. O, en su defecto, debe ser retribuido al contratista/concesionario por aplicación del referido principio general de interdicción del enriquecimiento injusto.

Se trata, además, de un principio básico que aplica en el ámbito de la contratación administrativa, sin que concurra ninguna justificación legal por la que deba entenderse exceptuado en la cuestión que nos ocupa; sin que quepa entender como tal excepción la Cláusula 4 del Pliego, pues ésta no prevé que el Ayuntamiento pudiera quedarse parcialmente gratis la obra que pasa a su propiedad, sino que estableció un mecanismo de financiación anticipada por el Contratista de parte de la obra, pero nada más. Esa Cláusula 4 no habilita a que el contratista/concesionario tenga que quedar definitivamente imposibilitado de recuperar el coste incurrido en dichas obras como consecuencia de la extinción anticipada del mecanismo diseñado en el contrato para su financiación; y aun cuando eventualmente quisiera considerarse que la Cláusula 4 fuera la causa que justificaba el enriquecimiento municipal, entendemos que esa justificación sólo era válida mientras la Concesión permaneció en vigor ("*conditio ob causam finitam*"), de manera que, resuelta anticipadamente la concesión, la cláusula deja de estar vigente, por lo que habría desaparecido el título jurídico que habría, en su caso, permitido al Ayuntamiento recibir en propiedad y conservar en su patrimonio una obra cuyo precio no ha pagado en su totalidad.

En consecuencia, la sentencia recurrida infringe el artículo 266.1 TRLCAP y el principio de prohibición de enriquecimiento sin causa; y no es posible una interpretación de los artículos 113 y 266.4 del TRLCAP y 113 del RGLCAP que dé cabida a la indemnización reconocida al Ayuntamiento, por lo que la sentencia ha infringido los citados artículos.

* La inclusión de la amortización de la construcción y bienes que revierten al Ayuntamiento durante el plazo que restaba a la concesión al tiempo de resolverse, infringe lo dispuesto en el artículo 113.4 y en los apartados 1 y 4 del artículo 266 del TRLCAP y en el artículo 113 RGLCAP.

Caracterizar como daño y perjuicio indemnizable la amortización de la inversión recibida vacía de contenido el artículo 266.1 TRLCAP; y el Ayuntamiento, con ese artificio, recupera a través de la responsabilidad por daños (artículo 266.4 TRLCAP) el importe del valor neto contable de la inversión que debe satisfacer al concesionario por obligación legal, como queda recogido en el propio Acuerdo Plenario impugnado en el proceso.

No tiene sentido que en el artículo 266.1 TRLCAP el legislador establezca que, sea cual fuere la causa por la que se resuelve el contrato, el concesionario tiene derecho a percibir el valor neto contable de las inversiones realizadas (es decir, su coste de adquisición menos las amortizaciones correspondientes al periodo durante el que se explotó la concesión), si al mismo tiempo se le puede imputar ese mismo importe como indemnización que ha de satisfacer a la Administración concedente. El artículo 266.1 TRLCAP establece cuál es el importe máximo de amortización a descontar del valor de la obra: la producida hasta la fecha de la resolución del contrato; no cabe, por lo tanto, descontar de ese importe la amortización restante hasta la finalización del período concesional pues ello supone vaciar de contenido el citado artículo 266.1 TRLCAP. Además, apenas unas semanas antes de la fecha de la sentencia recurrida, la misma Sala y Sección del TSJ de la Comunidad Valenciana, en su sentencia de 5 de febrero de 2019 19 (Recurso 929/2018) resolvió la misma cuestión jurídica en sentido contrario, acogiendo allí el criterio que aquí sostiene recurrente y negando que la Administración concedente (en aquel caso, un Ayuntamiento) pueda fijar como coste a cargo del concesionario, tras la renuncia por éste a una concesión de obra pública, el valor del importe al que asciende la liquidación de la obra revertida.

Por tales razones, la parte recurrente solicita que esta Sala del Tribunal Supremo establezca la siguiente doctrina:

<<Primero. Que no es posible excluir de la liquidación de la inversión a la que se refiere el art. 266.1 del TRLCAP, el 6% del beneficio industrial correspondiente a la obra ejecutada que revierta a la Administración concedente, no constituyendo un beneficio para el concesionario que explota la obra ejecutada, sino un mayor coste de la inversión financiada.

Segundo. En un supuesto de contrato mixto de obra y concesión de obra pública, en el que parte de la obra que es objeto del contrato, pero no de la concesión, ha de financiarse con la explotación de esta última, si el coste de dicha obra no puede formar parte de la liquidación del art. 266.1 TRLCAP, resulta en tal caso aplicable el



principio de prohibición de enriquecimiento sin causa, sin que ello suponga dejar vacío de contenido el citado art. 266.1 TRLCAP.

Tercero. Los riesgos derivados de la posterior explotación que lleve a cabo un tercero de la infraestructura objeto de una concesión extinguida anticipadamente, no pueden calificarse jurídicamente como daño y perjuicio indemnizable de los arts. 113.4 y 266.4 TRLCAP y 113 RGLCAP; en consecuencia, no resultan indemnizables las pérdidas futuras meramente posibles o probables derivadas de esa futura explotación.

Cuarto. En los casos de extinción anticipada de una concesión por causa imputable al concesionario, no puede hacerse responsable de cualesquiera riesgos derivados de la futura explotación que asuma un tercero cualquiera que sea el régimen de gestión, directa o indirecta, elegido para la explotación de esa infraestructura. En consecuencia, no se le puede imputar a quien ya no es contratista/concesionario ninguna indemnización por los daños y perjuicios que, en su caso, pudieran producirse con motivo de la futura explotación por un tercero.

Quinto. De acuerdo con el art. 266.1 TRLCAP, el concesionario tiene derecho a percibir el valor neto contable de las inversiones que revierten a la Administración concedente, sin que ésta pueda recuperar dicho importe como una indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el art. 266.4 TRLCAP>>.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que estime el recurso de casación, con los siguientes pronunciamientos:

1/ revoque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2019 y la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante con fecha 5 de septiembre de 2017;

2/ anule el acuerdo municipal de 21 de diciembre de 2015;

3/ declare que no procede reconocer ninguna indemnización por daños y perjuicios al Ayuntamiento por los conceptos e importes indicados en dicho Acuerdo; y

4/ declare el derecho de la recurrente a percibir la liquidación de la obra por el importe que ya aprobó el Ayuntamiento (2.953.362,08 €), más el 6% de dicho importe en concepto de beneficio industrial de la obra ejecutada y recibida por el Ayuntamiento, así como el importe correspondiente a las obras incluidas en el contrato mixto pero no en la concesión, recibidas por el Ayuntamiento, en la parte que se iban a financiar con la explotación de la concesión (2.182.087,85 €); a dichas cantidades se añadirán los intereses legales devengados desde la fecha en que debió determinarse por el Ayuntamiento la liquidación definitiva del contrato de acuerdo con el citado artículo 266.1 TRLCAP, hasta la fecha de pago de la citada cantidad.

SEXTO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 12 de febrero de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso de casación y se dio traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig formalizó su oposición mediante escrito de fecha 11 de junio de 2021 en el que expone diversos antecedentes fácticos relevantes relativos a los siguientes extremos:

1. Se trata aquí de un contrato administrativo mixto de "ejecución de obras" y "concesión de obra pública".

2. Presupuesto de licitación del contrato (6.456.262,50 euros).

3. La Oferta de la actora, que recibió la adjudicación por resultar la más ventajosa, rebajó en un millón de euros el precio de ejecución de las obras e incrementó en un millón la cantidad mínima de 2.531.233,51 € que los licitadores debían imputar a la construcción de las obras por superávit de la explotación del aparcamiento (página 145 del expediente. administrativo).

4. Desistimiento voluntario de cumplir las obligaciones contractuales sin causa que lo justifique que no sea la voluntad de abandonar la concesión porque la explotación no era rentable. A los cinco años de iniciar la explotación, la recurrente formuló una declaración de voluntad, consciente y premeditada, de resolver unilateralmente el contrato. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios en favor del Ayuntamiento.

5. Las obras distintas al estacionamiento subterráneo son autónomas, no son necesarias para la explotación del aparcamiento y han sido abonadas al contratista en su totalidad.

En lo que se refiere a los antecedentes judiciales del asunto que nos ocupa, la representación del Ayuntamiento señala lo siguiente:

A/ El contrato mixto objeto de esta casación ha sido objeto de múltiples sentencias, ya firmes, que han desestimado los recursos interpuestos por el mismo contratista aquí recurrente. Así, antes de renunciar unilateralmente a la concesión, el contratista pretendió el restablecimiento del equilibrio económico del



contrato por importe de 4.425.912,95 €; pretensión que fue desestimada en sentencia firme del TSJCV n.º 328/2016 de 26/04/2016 (apelación n.º 214/2015).

B/ En cuanto al concreto asunto objeto de debate (resolución del contrato de concesión por renuncia unilateral que desemboca en el acuerdo de liquidación del contrato aquí controvertido) también se han dictado sentencias que a día de hoy son firmes. La más relevante, porque resuelve con carácter definitivo la misma cuestión (procedencia de indemnizar daños y perjuicios en lo que exceda de la garantía incautada) que ahora pivota en las tres cuestiones de interés casacional seleccionadas en el auto de admisión, es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 44/2018, de 15 de enero (apelación 687/2015), que confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado n.º 4 de Alicante (recurso 429/2014), que se menciona en la sentencia del TSJCV aquí recurrida.

En concreto, la sentencia recurrida señala:

"(...) Respecto a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al concesionario por la rescisión unilateral del contrato a la luz del art. 266.4 TRLCAP y 113 RGLCAP ... ha recaído sentencia n.º 320/2015 del JCA 4 de Alicante ... La sentencia viene a corroborar que la resolución contractual fue debida a causa imputable al concesionario, al producirse por su sola voluntad unilateral de abandonar la concesión al no resultarle rentable la explotación ... Por otro lado, los daños y perjuicios se materializan, fundamentalmente, en el valor de las actuaciones que tendrá que llevar a cabo el Ayuntamiento para mantener el funcionamiento del parking hasta el término de la concesión, que según hemos visto asciende a 5.004.358,19 euros..."

Y más adelante la sentencia aquí recurrida añade:

" La Sala confirmó esta decisión judicial en la STJCV, 5ª, 44/2018, apelación 687/2015. Esta sentencia es firme al haber sido inadmitido a trámite el recurso de casación interpuesto contra ella por Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras S.A., por providencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sec.1ª, de 20 de septiembre 2018 (recurso de casación 2485/2018)".

Fijados tales antecedentes, tanto fácticos como judiciales, la parte recurrida expone sus razones en contra de las esgrimidas por la parte recurrente y termina solicitando de esta Sala que dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación, con confirmación de la recurrida e imposición de costas a la parte recurrente.

OCTAVO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 28 de junio de 2021 se acordó no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

NOVENO.- Mediante nueva providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 14 de abril (sic. debe ser julio) de 2021 se acuerda que, de conformidad con el acuerdo de la Presidencia de la Sala de fecha 30 de junio de 2021, pasen las actuaciones a la Sección Tercera para que continúe en ésta la sustanciación del recurso de casación.

DÉCIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 7 de marzo de 2022 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 3 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación n.º 7652/2019 lo interpone la representación procesal de la entidad Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A. contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2019 (apelación n.º 1154/2017), en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por aquella entidad contra la sentencia 334/2017, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Alicante (recurso contencioso-administrativo 151/2016).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Alicante, que luego sería confirmada en apelación, vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A. contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig de 30 de diciembre de 2015 relativo a la liquidación por resolución del Contrato Administrativo de "Construcción de Nuevo Equipamiento Municipal y Concesión de Obra Pública de Aparcamiento subterráneo de vehículos" (Expediente CO 15/05), suscrito por el citado Ayuntamiento y la entidad mercantil recurrente.

En el mismo antecedente primero hemos dejado señalado que el acuerdo municipal impugnado en el proceso dispone, en síntesis, que la liquidación por resolución del contrato arroja un saldo a favor del Ayuntamiento de



San Vicente del Raspeig de 2.050.99711 euros; y que si a ese importe se descuenta la fianza depositada por el contratista (132.26825 €), el importe a pagar por el contratista al Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig asciende a 1.918.72886 euros.

Y, en fin, en el antecedente segundo hemos visto que la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso de apelación dirigido contra la sentencia del Juzgado.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, señaladas en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 19 de noviembre de 2020.

SEGUNDO.- Cuestiones que revisten interés casacional y normas relevantes para la resolución del presente recurso.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto de admisión del recurso de casación declara que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1.- Si en un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal, se debe abonar la inversión realizada por el contratista con exclusión del beneficio industrial correspondiente a la ejecución de la obra o por el contrario, debe ser incluido ese beneficio industrial de la obra ejecutada que revierte al Ayuntamiento como mayor valor de la inversión no amortizada.

2.- Si resulta aplicable el principio del enriquecimiento sin causa, en los casos de resolución de un contrato mixto de ejecución de obra y explotación de un servicio municipal, cuando está prevista que, a cargo de la explotación del servicio, se retribuya además de la ejecución de la obra, la parte del precio no satisfecho por la ejecución de otras obras objeto del contrato mixto de obra y concesión (como la urbanización de la plaza que se ubican en la parte superior del aparcamiento, la ejecución de un centro de transformación y una línea subterránea de media tensión) y que pasan a ser propiedad del Ayuntamiento.

3.- Determinar cuál es alcance que ha de atribuirse a la expresión legal "daños y perjuicios", en el sentido de si, resuelto el contrato por causa imputable al concesionario, su responsabilidad se mantiene vigente por el tiempo que restare de vigencia de la concesión, si la Administración decidiera continuar con la explotación de la infraestructura; si resultan indemnizables las pérdidas meramente posibles o probables derivadas de la futura explotación de la infraestructura por la Administración, o por un tercero, distinto del contratista al que se le imputa la resolución del contrato, y si puede tener la condición legal de "daño y perjuicio" la depreciación por el uso que la Administración hace de las instalaciones y bienes que le revierten a causa de la resolución, sin infringir con ello la obligación legal de abonar al contratista el importe de esas mismas inversiones por la parte no amortizada.

Por lo demás, el auto de admisión identifica las normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación: artículos 113.4, 266.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto-legislativo 2/2000 de 16 de junio (TRLCAP) y artículo 113 del Reglamento de dicha Ley aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP) [preceptos que luego serían los artículos 225 y 271 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y artículos 213 y 280 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)]. Ello sin perjuicio -señala el propio auto de admisión del recurso- de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, según lo dispuesto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Vemos lo que establecen los preceptos señalados.

A/ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto-legislativo 2/2000 de 16 de junio (TRLCAP)

<<Artículo 113. Efectos de la resolución.

[...]

4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida>>.

<< Artículo 266. Efectos de la resolución [redacción dada por Ley 13/2003, de 23 de mayo , reguladora del contrato de concesión de obras públicas.



1. En los supuestos de resolución, el órgano de contratación abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos.

[...]

4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

[...]>>

B/ Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP).

<< *Artículo 113. Determinación de daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista.*

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración>>.

TERCERO.- Sobre la cuestión de si en un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal se debe abonar la inversión realizada por el contratista con exclusión del beneficio industrial correspondiente a la ejecución de la obra o, por el contrario, debe ser incluido ese beneficio industrial de la obra ejecutada que revierte al Ayuntamiento como mayor valor de la inversión no amortizada.

La fundamentación de la sentencia que resolvió el recurso de apelación, ahora recurrida en casación, presenta una estructura alambicada y de no fácil lectura. Aun así, de lo expuesto en dicha sentencia, en concordancia con los datos que aparecen recogidos en el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de junio de 2015 y en la sentencia del Juzgado nº 3 de Alicante de 5 de septiembre de 2017, que resolvió el proceso de instancia, y con lo manifestado por las partes en este recurso de casación, obtenemos algunos datos que merecen ser destacados:

* La controversia se refiere a la liquidación de un contrato administrativo mixto de ejecución de obras (construcción de nuevo equipamiento municipal) y concesión de obra pública (aparcamiento subterráneo). La parte concesional del contrato comprende la construcción y explotación del aparcamiento subterráneo. Las restantes obras incluidas en el contrato -pero no en la concesión- venía referidas a determinadas dependencias municipales y locales comerciales así como a un centro de distribución de electricidad de 400 KW y una línea subterránea de media tensión; y todas ellas debían financiarse a través de la explotación de la concesión.

* La resolución del contrato -que determinó la liquidación controvertida en el proceso- se produjo por renuncia unilateral del concesionario, Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A.

* Ha quedado establecido por sentencia firme -y así lo señala la sentencia ahora recurrida en casación- que la resolución del contrato fue debida a causa imputable al concesionario, al producirse por su sola voluntad unilateral de abandonar la concesión al no resultarle rentable la explotación [sentencia nº 320/2015 del Juzgado nº 4 de Alicante (recurso 429/2014), confirmada en apelación por sentencia nº 44/2018, de 15 de enero, de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (apelación 687/2015), habiéndose preparado contra esta última recurso de casación que fue inadmitido por providencia de la Sección 1ª de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de septiembre 2018 (recurso de casación 2485/2018)].

Partiendo de tales datos, es oportuno recordar lo declarado por la Sección 4ª de esta Sala en sentencia nº 809/2021, de 8 de junio (casación 5603/2019, F.J. 4º), en un caso en el que, como sucede aquí, la misma empresa era a la vez constructora de la obra y concesionaria; aunque, como elemento diferenciador, en aquel caso la resolución del contrato de concesión de obra pública se había producido por la declaración de concurso de acreedores de la concesionaria, que fue calificado como fortuito, por lo que no resultaba imputable a ninguna de las dos partes contratantes.

En lo que ahora interesa, la citada sentencia de 8 de junio de 2021 señala en su F.J. 4º:



<< (...) Recordemos que artículo 111 del citado TRLCAP al relacionar, con carácter general, las causas de resolución del contrato, establece, en el apartado b), la declaración de quiebra, la de suspensión de pagos, el concurso de acreedores o insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera. Y específicamente, el artículo 264 del mismo texto legal, al referirse a las causas de resolución del contrato de concesión de obra pública, incluye también en el apartado b), la declaración de concurso de acreedores. Teniendo en cuenta, en fin, que, según establece el artículo 112.2 de la misma Ley, la declaración de concurso de acreedores, como es el caso, en cualquier procedimiento, originará siempre la resolución del contrato.

Por su parte, el artículo 266 del TRLCAP, al regular, en lo que ahora importa, los efectos de la resolución, prevista en el apartado 1, dispone que en los supuestos de resolución el órgano de contratación abonará al concesionario el importe de las *inversiones realizadas* por razón de la expropiación de terrenos (i), *ejecución de obras de construcción* (ii) y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión (iii).

De modo que nos corresponde determinar si la devolución por las "inversiones realizadas" relativas a la "ejecución de obras de construcción" se identifica, o no, con el coste total de la obra en la medida que debe incluir, o no, el beneficio industrial de la constructora, por ser un gasto adicional para la empresa concesionaria.

Pues bien, la inversión sobre la ejecución de las obras a que se refiere el artículo 266.1 del TRLCAP, no comporta, en un caso como el ahora examinado, el abono del 6% del beneficio industrial, pues la primera cuestión de interés casacional que se suscita aparece aquí enturbiada por las circunstancias de este caso, en concreto por la confusión entre las figuras de la concesionaria y la constructora, que impiden que consideremos a la constructora como un tercero ajeno a la relación contractual entre la concesionaria y la Administración contratante, lo que no nos permite encarar, en términos generales, la cuestión sobre la inclusión o no de ese beneficio industrial de un tercero, la constructora.

[...]

La identificación material entre la concesionaria y la constructora supone que se desdibuje, a tenor del contrato privado que servirá de base para la cuantificación que demanda el artículo 266.1 del TRLCAP, el margen de beneficio propio de la constructora en la ejecución de las obras, que pudiera ser inferior o superior al beneficio industrial del 6%, y que no se recoge en dicho contrato.

Por tanto, al tiempo de la resolución del contrato, y al amparo del artículo 266.1 del TRLCAP, no puede sostenerse con éxito que la cantidad económica que deba abonar la Administración a la concesionaria por la ejecución de las obras deba ser incrementada por el beneficio industrial, atendidas las peculiaridades del caso. Así es, el abono del 6% por el beneficio industrial no puede considerarse una de las "inversiones realizadas" que pueda ser incluida en el expresado artículo 266 del TRLCAP, pues si la adjudicataria constructora constituye después una sociedad para hacerse cargo de la concesión, que a su vez encarga a la UTE constructora, formada por las mismas sociedades, lo que se produce es un incremento artificial de costes para la Administración, mediante esa invocación genérica del beneficio industrial. Teniendo en cuenta, insistimos, que la resolución del contrato de concesión de obra pública se produce por la declaración de concurso de acreedores de la concesionaria, que fue calificado como fortuito, por lo que no resulta imputable a ninguna de las dos partes contratantes.

En definitiva, esa coincidencia entre la empresa concesionaria y la constructora impide la aplicación del artículo 266.1 del TRLCAP en los términos que postulan las recurrentes, por lo que, en este contexto, procede confirmar la exclusión que señala la sentencia recurrida cuando pone en relación los supuestos que prevén los apartados 1 y 3 del artículo 266 del TRLCAP, referenciando el beneficio industrial con el lucro cesante, que no evidencia, como ya adelantamos, la confusión que se denuncia en esta casación.

Además, el TRLCAP cuando ha querido referirse al beneficio industrial lo ha mencionado expresamente, es el caso de los artículos 151 y 193 de dicho texto legal, respecto de las causas de resolución imputables a la Administración. Por lo que no es de extrañar que, en nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2011 (recurso de casación nº 5846/2010), esta Sala haya vinculado como ahora hace la sentencia impugnada, el beneficio industrial a la resolución contractual imputable a la Administración>>.

Pues bien, estas razones expuestas en la sentencia nº 809/2021, de 8 de junio, de la Sección 4ª de esta Sala (casación 5603/2019) son enteramente trasladables al caso que nos ocupa; más aun teniendo en cuenta que allí se trataba de un caso de resolución del contrato por causa no imputable a ninguna de las partes contratantes mientras que en el caso que ahora examinamos quedó establecido por sentencia firme, como antes hemos señalado, que la resolución del contrato fue debida a causa imputable al concesionario.

Por tanto, en la partida de la liquidación del contrato relativa a la cantidad que el Ayuntamiento debe abonar al contratista por el valor de las obras realizadas que aún no han sido amortizadas no procede incluir el incremento del 6% en concepto de beneficio industrial que pretende la parte recurrente.



CUARTO.- Sobre la cuestión de si resulta aplicable el principio del enriquecimiento sin causa en la resolución del contrato mixto que aquí se examina cuando está previsto que, a cargo de la explotación del servicio se retribuya, además de la ejecución de la obra, la parte del precio no satisfecho por la ejecución de otras obras objeto del contrato (urbanización de la plaza situada en la parte superior del aparcamiento, ejecución de un centro de transformación y una línea subterránea de media tensión) y que pasan a ser propiedad del Ayuntamiento.

Ante todo, vistos los términos en los que la cuestión aparece formulada, procede que hagamos una precisión. Así, al plantear el auto de admisión del recurso de casación si en el caso que examinamos resulta aplicable el principio del enriquecimiento sin causa podría entenderse que se da por cierta la existencia de tal enriquecimiento sin causa y lo que se pregunta es en qué forma debe ser corregido. Pero no son esos los términos del debate. Veamos.

Como hemos dejado señalado en el antecedente quinto, en este punto de la controversia la parte recurrente aduce, en síntesis: que nos encontramos ante un contrato mixto de obra y concesión de obra pública; que el objeto de la parte concesional del contrato se circunscribe a la construcción y explotación del aparcamiento subterráneo; que una parte (sustancial) del coste de las restantes obras incluidas en el contrato, pero no en la concesión, debían financiarse a través de la explotación de la concesión, de forma que, a efectos de la liquidación de este contrato mixto, el coste de esas otras obras (incluidas en el contrato, pero no en la concesión) no satisfecho por el Ayuntamiento, y que debía retribuirse mediante la explotación de la concesión, debía considerarse como un mayor importe de la inversión concesional, pues en caso contrario se produciría un evidente enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.

Con ese planteamiento de partida, la recurrente admite que para este contrato mixto de obra y concesión de obra pública ni en el TRLCAP ni en el Pliego de Cláusulas del contrato se contiene una previsión que regule qué ocurre con la parte del coste de la obra no concesional que no ha podido recuperar el contratista con la explotación del aparcamiento, al resolverse el contrato anticipadamente. Y ante esa falta de previsión expresa, la recurrente entiende que, con ocasión de la liquidación de la concesión de obra pública -a través de cuya explotación debía financiarse aquella otra parte de la obra-, el coste de la obra no concesional no satisfecho debe integrarse como mayor importe de la inversión de la concesión. O, en su defecto, debe ser retribuido al contratista/concesionario por aplicación del referido principio general de interdicción del enriquecimiento injusto.

Dicho de otro modo, la recurrente pretende un resarcimiento o compensación por el concepto al que nos venimos refiriendo, sea mediante la inclusión de la correspondiente partida en la liquidación que debe practicarse al amparo del artículo 266.1 TRLCAP, tras la resolución anticipada del contrato, o mediante el reconocimiento de que ha existido un enriquecimiento sin causa que debe ser corregido. Pero, sea por una u otra vía, el planteamiento de la recurrente parte siempre de la misma premisa: que una parte significativa del coste de aquellas obras que estaban incluidas en el contrato pero no en la concesión no fueron abonadas al contratista una vez ejecutadas sino debían financiarse a través de la explotación de la concesión, lo que no fue posible al resolverse el contrato de forma anticipada.

Frente a ello, bien distinto es el planteamiento del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig, que por lo demás, ha contado con el respaldo de la sentencia del Juzgado nº 3 de Alicante, confirmada luego en apelación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida en casación.

Así, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de junio de 2015 afirma que las obras distintas al aparcamiento subterráneo fueron abonadas en su día y no tienen cabida en la liquidación que ha de realizarse al amparo de artículo 266.1 TRLCAP. Lo expresa el acuerdo municipal del modo que sigue:

<< (...) El contrato en cuestión tiene un carácter mixto, e incluye junto a la concesión del aparcamiento la ejecución de las otras obras citadas, siendo el régimen jurídico de esa parte del contrato el del contrato administrativo de obras, y por lo tanto la contraprestación por su ejecución ha consistido en el abono del precio resultante de la licitación al contratista. Todo ello se deduce de forma clara de la cláusula 5 PCJÁ:

"Dada la naturaleza mixta del contrato y como se ha indicado, la retribución del adjudicatario se compondrá de:

Respecto a la construcción de las obras citadas, mediante el abono del precio de contratación resultante, en la forma establecida para el contrato de obras.

En cuanto al estacionamiento subterráneo, la retribución consistirá en el derecho a explotar el aparcamiento mediante el cobro de las correspondientes tarifas de los usuarios, por el plazo de la concesión que se establezca, sufragando el concesionario las obras y el mantenimiento y explotación de las instalaciones hasta la reversión de las mismas".



Así, dichas obras han sido abonadas por el Ayuntamiento de forma directa, percibiendo el contratista el correspondiente precio, que ascendió tras diversos modificados a 7.561.708,09 euros, más la correspondiente liquidación y revisión de precios. No se trata por tanto de obras pendientes de amortizar, sino que ya "han sido recepcionadas (acta de recepción de 4/12/2009, frente al acta de ocupación del aparcamiento y cesión al concesionario de 01/12/2008) y pagadas por el Ayuntamiento. Y ello con independencia de que se aplicara como condición contractual parte del superávit de la explotación a la financiación de dichas obras, ya que esa cuestión podría contemplarse respecto del contrato de concesión en sí y un hipotético desequilibrio por esa u otras causas (cuestión planteada por el concesionario y desestimada en vía administrativa, así como en sede contencioso-administrativa mediante sentencia nº 13/2015, de 15 de enero, del Juzgado cío lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Alicante), pero en ningún caso cuando de lo que se trata es de abonar el importe de las obras necesarias para la explotación de la concesión, esto es, la obra del aparcamiento subterráneo.

El artículo 266.1 TRLCAP exige que se abone las obras que sean necesarias para la explotación de la concesión, y no cualesquiera otras que formen parte del contrato, siendo condición necesaria lógicamente que estén adscritas a la explotación, condición que no se cumple ni con el centro de transformación, la línea subterránea de media tensión, ni por supuesto con el nuevo Ayuntamiento y la plaza adyacente.

La complejidad de un contrato mixto de obras y de concesión de obra pública, y sus Condiciones contractuales, no puede servir de pretexto para que el contratista reclame el pago de una cantidad que ha sido aplicada a unas obras que, debe remarcar, ya han sido recibidas y pagadas por la Administración. Por lo tanto, la alegación debe ser desestimada>>.

El planteamiento del Ayuntamiento encontró pleno respaldo en la sentencia del Juzgado nº 3 de Alicante de 5 de septiembre de 2017, cuyo fundamento jurídico séptimo.3ª alude a estas obras a las que nos venimos refiriendo, incluidas en el contrato pero no en la concesión, señalando lo siguiente:

<< (...) Las obras fueron abonadas por el Ayuntamiento de forma directa, percibiendo contratista el correspondiente precio, que ascendió (tras diversas modificaciones) a un total de 7.561.70809 euros más la correspondiente liquidación revisión de precios; siendo el importe final la suma de 8.507.47823 euros tal y como se acredita con el Informe de la Intervención municipal aportado por el Ayuntamiento con su contestación a la demanda (Documento nº 6 de la misma). El art. 266.1 TRLCSP exige que se abonen las obras que sean necesarias para la explotación de la concesión, y no cualesquiera obras que formen parte del contrato, siendo condición necesaria y lógica que las obras estén adscritas a la explotación, condición que se cumple con el aparcamiento subterráneo, pero que no se cumple con el centro de transformación, la línea subterránea de media tensión, y con él la edificación del nuevo Ayuntamiento y la plaza adyacente. (Documento nº 7 de la contestación a la demanda, en el que obra el Informe de la Arquitecta Municipal de San Vicente del Raspeig (...)>>.

Las apreciaciones del Juzgado quedan luego confirmadas en la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (fundamento jurídico quinto, apartado 3). Y debe notarse que ni en la sentencia del Juzgado ni en la que resolvió el recurso de apelación se admite el alegato de la recurrente de que una parte sustancial del coste de aquellas obras incluidas en el contrato, pero no en la concesión, no había sido abonado directamente por el Ayuntamiento sino que debía financiarse a través de la explotación de la concesión. Más bien al contrario, hemos visto que lo que se afirma en el acuerdo municipal -y así lo corrobora, valorando la prueba documental aportada al proceso, la sentencia del Juzgado que luego sería confirmada en apelación- es que las citadas obras fueron recepcionadas y pagadas por el Ayuntamiento.

Por todo ello, nuestra respuesta a la cuestión formulada en el auto de admisión del recurso de casación es, sencillamente, que en el caso presente no se aprecia la existencia del enriquecimiento sin causa que alega la recurrente; y, por tanto, no es necesario dilucidar la forma en que ese supuesto enriquecimiento injusto habría de ser compensado o corregido.

QUINTO.- Sobre el alcance que ha de atribuirse a la expresión legal "daños y perjuicios" (artículo 113 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto-legislativo 2/2000, de 16 de junio) en el caso de resolución del contrato por causa imputable al concesionario.

El auto de admisión del recurso de casación delimita el alcance de este apartado de la controversia casacional señalando que se trata de determinar cuál es alcance que ha de atribuirse a la expresión legal "daños y perjuicios", en el sentido de si, resuelto el contrato por causa imputable al concesionario, su responsabilidad se mantiene vigente por el tiempo que restare de vigencia de la concesión si la Administración decidiera continuar con la explotación de la infraestructura; si resultan indemnizables las pérdidas meramente posibles o probables derivadas de la futura explotación de la infraestructura por la Administración, o por un tercero, distinto del contratista al que se le imputa la resolución del contrato; y, en fin, si puede tener la consideración legal de "daño y perjuicio" la depreciación por el uso que la Administración hace de las instalaciones y bienes



que le revierten a causa de la resolución, sin infringir con ello la obligación legal de abonar al contratista el importe de esas mismas inversiones por la parte no amortizada.

En el escrito de interposición del recurso la recurrente aduce, en síntesis, que en los casos de extinción anticipada de una concesión por causa imputable al concesionario no puede hacerse a este responsable de cualesquiera riesgos derivados de la futura explotación que asuma un tercero cualquiera que sea el régimen de gestión -directa o indirecta- elegido para la explotación de esa infraestructura. Y que, en consecuencia, no se le puede imputar a quien ya no es contratista/concesionario ninguna indemnización por los daños y perjuicios que, en su caso, pudieran producirse con motivo de la futura explotación por un tercero.

El planteamiento de la recurrente no puede ser asumido y, por el contrario, consideramos acertadas las consideraciones que se exponen en el acuerdo del Ayuntamiento, confirmadas luego en las sentencias de instancia y de apelación.

Así, en lo que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios que estamos examinando el acuerdo del Ayuntamiento expone, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Evidentemente, no se trata de dejar de aplicar el artículo 266.1 TRLCAP en cuanto al abono al concesionario de las obras pendientes de amortizar, pues la Directiva 23/2014 no puede dar lugar a una interpretación *contra legem* que desplace la normativa aplicable. Pero sí debe articularse con lo dispuesto en su apartado 4 para los supuestos de resolución por causa imputable al concesionario, de manera que la indemnización de daños y perjuicios que deba afrontar el concesionario sea efectiva y ajustada a las características de los contratos de concesión de obra pública.

Lo dispuesto en el apartado 3 del tan citado artículo 266 TRLCAP permite igualmente reafirmar esta tesis. En él se regulan los efectos de la resolución para los casos en que es imputable a la Administración, esto es, en caso de rescate de la concesión, de supresión de la explotación por razones de interés público y de imposibilidad de explotación como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración. Pues bien, en esos casos, a Administración indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Y para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 266.1.

¿Acaso no estamos en un supuesto simétrico, esto es, en el mismo caso?. Si la Administración debe indemnizar al concesionario los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir cuando la concesión se resuelve por una declaración unilateral del órgano contratante por la que da por terminada la concesión, que es como se define legalmente el rescate en el artículo 264.g), ¿qué debe ocurrir en el caso de que la resolución se produzca ya no por decisión unilateral de la Administración sino por renuncia unilateral del concesionario? Lógicamente de modo paralelo y análogo, deberá indemnizar el concesionario que renuncia las pérdidas o mayores gastos (y aquí encaja lo dispuesto en el artículo 113 RGLCAP con toda coherencia) para la Administración durante el período previsto de la concesión, en que se incurra como consecuencia de esa resolución.

Siendo que el Ayuntamiento debe mantener abierto y en condiciones de uso el aparcamiento, al tratarse de una infraestructura de uso público que funcionalmente aparece adscrita al edificio del Ayuntamiento, dando por tanto servicio a los usuarios de toda índole de las dependencias municipales y público en general, tal y como acordó el Pleno de 25 de junio de 2014, al determinar la gestión directa del aparcamiento por el propio Ayuntamiento.

Desde estas premisas, se ha procedido a recopilar los datos resultantes de la explotación existente desde que se recepciona el aparcamiento, entendiéndose que cumplen con el requisito de estar "suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales", puesto que se trata de datos reales de la explotación del aparcamiento asumida por el Ayuntamiento. No son por tanto meras hipótesis ni datos infundados.

Por lo tanto, respecto de los mayores gastos en que incurre la Administración por razón de la explotación de la que se hace cargo, puede afirmarse que son perjuicios que se producen al Ayuntamiento por efecto de la resolución y, por tanto, reclamables al concesionario. Y si al Ayuntamiento no los exigiera, no se cumpliría con la finalidad resarcitoria de los daños al interés público que prevé la ley para los supuestos de resolución imputable al concesionario.

En definitiva, debe tenerse en cuenta que la finalidad pretendida por el artículo 266.1 TRLCAP no es más que evitar el enriquecimiento injusto de la Administración si como consecuencia de la resolución anticipada recibe un activo pendiente de amortizar. Ahora bien, si junto al activo se recibe un pasivo, pues la explotación del aparcamiento no es susceptible de generar ingresos para su amortización, y no solo, puesto que tampoco permite cubrir los gastos de explotación y hace incurrir en pérdidas o mayores gastos al Ayuntamiento, carece



de sentido, conforme a la interpretación tanto de la normativa nacional como de la comunitaria en la que se inspira, abonar al concesionario una cantidad que le garantice la compensación de su inversión sin reclamarle los perjuicios ocasionados [...]»>>.

Por su parte, la sentencia del Juzgado nº 3 de Alicante de 5 de septiembre de 2017 abunda en consideraciones sobre la procedencia de la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y valora los elementos de prueba disponibles para su cuantificación. Así, el F.J 9º de la sentencia del Juzgado expone lo siguiente:

<< (...) NOVENO.- Procede ahora entrar a valorar la existencia de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y la conformidad o no a Derecho de los criterios utilizados por el Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig para la cuantificación de los mismos.

La parte actora sigue una línea argumental en la que niega pura y simplemente la existencia de daños al Ayuntamiento. Sin embargo, tales daños existen, y han sido ocasionados por la renuncia unilateral del recurrente a continuar la explotación del aparcamiento porque el negocio no le era rentable.

No existe en el Derecho positivo español un precepto que defina el concepto de "daño". No obstante, contamos con la regulación específica de las partidas que integran el contenido resarcitorio del daño, a cuyo fin responde el artículo 1.106 del Código Civil estatal de 1889 (Real Decreto de 24 de julio de 1889) cuando señala que: "la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor". En consecuencia, el daño comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, distinguiéndose estos 2 conceptos en que el daño emergente es consecuencia directa y actual (valor de la pérdida) del acontecimiento que produce la lesión patrimonial, en tanto que el lucro cesante se genera con posterioridad a daño emergente, siendo consecuencial y futuro (la ganancia que haya dejado de obtener).

Ambos aspectos fueron valorados por el Ayuntamiento en los Informes económicos y jurídicos que sirven de motivación al acto administrativo impugnado, teniendo en cuenta que la renuncia unilateral del contratista obligó al Ayuntamiento a tener que asumir los riesgos de explotación que por contrato correspondían al concesionario renunciante; y que igualmente el Ayuntamiento vio frustrada su expectativa, también pactada en el contrato, de encontrarse al término de la concesión con un aparcamiento operativo por cuya construcción no tendría que pagar nada, ya que el pago se compensaba con la presión del derecho explotar la obra durante un número considerable de años. Sin embargo, el Ayuntamiento tuvo que pagar la obra no amortizada y asumir los riesgos de explotación. Los informes municipales acreditan tanto la realidad como la efectividad del daño causado por la extinción anticipada de la concesión, así como la existencia de una relación de causa- efecto entre la conducta seguida por el concesionario y los casos en los que tuvo que incurrir el Ayuntamiento al asumir la explotación del aparcamiento subterráneo. Y en lo que es más importante, los Informes municipales acreditan también la cuantificación económica de conformidad con los parámetros del daño emergente y el lucro cesante.

La demanda niega pura y simplemente la efectividad de ambos conceptos, pero no ofrece ningún tipo de prueba pericial que permita avalar que ha habido una equivocación en los parámetros utilizados en el acto administrativo impugnado para obtener el valor de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento.

Por todo ello, resulta procedente la compensación realizada de daños y perjuicios, tal y como se hace en el acto administrativo impugnado. La actuación seguida por el Ayuntamiento, al contrario de lo que pretende la demanda, no aplica compensación por deudas tributarias, ni tampoco la compensación prevista en el Código Civil. Estamos ante un Acuerdo del Pleno municipal, en el que pura y simplemente se aplica el contenido previsto en el tantas veces mencionado artículo 266.4 TRLCAP.

La prueba practicada en este procedimiento pone en evidencia que la parte actora no llega a probar ni uno sólo de los hechos alegados en su demanda, ni tampoco desvirtúa los realizados por el Ayuntamiento. Tanto es así que (en) la práctica el escrito de conclusiones de la parte actora se convierte en una suerte de nueva demanda, en la que introduce hechos y fundamentos no alegados previamente»>>.

La sentencia que resuelve el recurso de apelación -ahora recurrida en casación- confirma la apreciación del Juzgado sobre la existencia de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento, en los siguientes términos:

<< (...) Es seguro (para este Tribunal) que asumir la explotación de un aparcamiento durante el tiempo al que se alargaba la concesión:

- está directamente relacionado con la finalización del contrato, por abandono unilateral del concesionario;
- las consecuencias económicas que la extinción del vínculo tiene para el Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig tienen, entonces, su contrapunto en el abandono de la concesión;



- hemos visto ya que ese abandono es imputable a Enrique Ortiz e Hijos S.A. Contratista de Obras S.A., a quien no le resultaba rentable (sino sumamente gravoso) iniciar la explotación del aparcamiento;

- la realidad de la existencia de unos perjuicios económicos pasa por la simple constancia de un dato que ofrece el Juzgado de instancia: el concesionario del aparcamiento municipal y constructor de otras instalaciones a favor del dueño de la obra pidió, vigente el pacto, el reequilibrio económico- financiero por 4.425.912,25 €;

[...]

Es certera la existencia de esos daños desde un punto de vista económico. Como detalla el informe de la Intervención Municipal de 5 junio 2015, folios 136 a 139 del expediente administrativo:

"... Es el cálculo que debería realizar cualquier nuevo posible concesionario/gestor del servicio para conocer la rentabilidad de su inversión en la explotación de dicho negocio y la vía de su recuperación a través de precios y/o subvenciones en su caso".

"Dado que se trata de un servicio público/negocio que con los datos actuales no es rentable (...) la única posibilidad de que una empresa "de mercado" pueda arriesgarse a gestionarlo es alcanzando una rentabilidad estimada razonable y si a través únicamente de precios no es posible la misma, se precisaría de una aportación presupuestaria por parte de la Administración que gestiona el servicio de forma indirecta por la cuantía estimada para alcanzar dicha rentabilidad".

[...]

Es claro que sí existe un enunciado legal que otorga, al Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig, el derecho a verse resarcido de los daños y perjuicios que le produzca la resolución del vínculo pactado con Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras S.A., a consecuencia de un comportamiento imputable a éste:

"4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan el importe de la garantía incautada" [...].

Y frente al alegato de la apelante de que el Juzgado no había analizado correctamente los medios de prueba disponibles, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana responde:

<< (...) Sin embargo, los datos fácticos que ofrece esa controversia muestran la falta de congruencia de esta afirmación, del apelante, con: - los medios de prueba existentes; - el análisis judicial de los mismos.

La decisión de 21 diciembre 2015, del Pleno del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig, que liquidó el vínculo pactado con Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras S.A., se asienta en dos informes económicos.

Estos informes tuvieron como objetivo, entre otras cosas, cifrar el perjuicio ocasionado por el abandono de la explotación del parking.

Sus cálculos económicos y justificación de cuantías aparecen, en ellos, suficientemente explicitados.

Frente a esos informes no se acompañó y/o solicitó, por la parte solicitante de la tutela judicial, los medios de prueba que permitan, a la jurisdicción contencioso-administrativo, anular el punto 3º de su parte dispositiva ante la incorrección del cálculo económico de los daños.

Esa incorrección pivota, en el escrito de apelación, sobre cuestiones que:

- o bien carecen de referencia económica, habiendo sido ya contestadas por la Sala en otros puntos expositivos de la sentencia;

- carecen de sustento en pruebas emitidas por un perito en la materia (economía).

- Se adecua también aquí la sentencia 334/2017 a los parámetros objetivos que muestra el conflicto:

"... Los informes municipales acreditan tanto la realidad como la efectividad del daño causado (...) La demanda (...) no ofrece ningún tipo de prueba pericial que permita avalar que ha habido una equivocación en los parámetros utilizados" (fundamento de derecho noveno)>>.

En fin, a modo de recapitulación y para no incurrir en reiteraciones innecesarias, la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento parte de la premisa de que nos encontramos en un caso de resolución del contrato por causa imputable al concesionario; encontrando tal indemnización respaldo normativo directo en el artículo 266.4 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto- legislativo 2/2000 de 16 de junio [(...) "4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan el importe de la



garantía incautada"]. Y en cuanto a las concretas partidas indemnizables y su cuantificación, debe estarse a los datos y pruebas que ya fueron tomados en consideración por el Ayuntamiento, cuya valoración por el Juzgado, ratificada luego en la sentencia que resolvió el recurso de apelación, no puede ser revisada ahora en casación.

SEXTO.-Resolución del recurso y costas procesales.

Las razones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación.

Ahora bien, esas mismas consideraciones llevan a entender que no procede en este caso la formulación de doctrina jurisprudencial pues las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación están tan apegadas a las concretas circunstancias del caso que las respuestas de esta Sala no resultan reconducibles a formulaciones de alcance general.

En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes; debiendo estarse a lo resuelto en las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante y de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2019 en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia y del recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

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

1.- No ha lugar al recurso de casación nº 7652/2019 interpuesto en representación de ENRIQUE ORTIZ E HIJOS, CONTRATISTA DE OBRAS, S.A., contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2019 (apelación nº 1154/2017) en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por aquella entidad contra la sentencia 334/2017, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante (recurso contencioso-administrativo 151/2016).

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose los pronunciamientos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Alicante y de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2019 en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia y del

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.