



Roj: **STS 5055/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5055**

Id Cendoj: **28079130072014100394**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **05/11/2014**

Nº de Recurso: **3733/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados antes citados, el recurso de casación número 3733/2013, interpuesto por ARQUIPUIG S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, contra la Sentencia de 18 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en el recurso contencioso-administrativo número 3933/1996).

Ha sido parte recurrida el Ilmo. AYUNTAMIENTO DE EL PUIG (Valencia), representado por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina González Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" FALLAMOS:

*Que, **CON ESTIMACIÓN PARCIAL** del presente recurso contencioso-administrativo, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** el segundo de los actos administrativos identificados en el fundamento jurídico primero de esta sentencia (resolución del Ayuntamiento de El Puig, de fecha 2.4.1997, por la que se aprueba liquidación en concepto del canon de explotación de la concesión del parking situado en la Plaza Doctor Peset de la precitada localidad correspondiente al período comprendido entre el 29.9.1995 y el 31.12.1996), **DESESTIMÁNDOLO EN TODO LO RESTANTE**. Sin efectuar expresa condena en las costas procesales".*

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación procesal de ARQUIPUIG S.L se anunció recurso de casación contra la misma, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la parte recurrente se formalizó su recurso de casación mediante un escrito en el que, tras desarrollar los motivos en que lo apoyaba, terminó así:

*" **SUPLICA A LA SALA** (...) tener por formalizado recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Tercera, de 18 de octubre de 2.013, en el extremo que le es adversa, y admitiéndolo, previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día sentencia por la que, estimando los motivos de casación formulado, case y anule la sentencia recurrida, y resuelva de conformidad a la súplica del escrito de demanda".*

CUARTO.- El AYUNTAMIENTO DE EL PUIG formalizó su oposición, solicitando a la Sala

"(...); tenga por formulada oposición al recurso de casación de referencia y en consecuencia lo desestime, declarando no haber lugar al recurso, con imposición, en cualquier caso, de la totalidad de las costas a la recurrente, pues así procede en Derecho".



QUINTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para la votación y fallo el día 22 de octubre de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son datos relevantes para decidir la actual casación los siguientes:

1.- El acuerdo de 2 de agosto de 1990 de el Ayuntamiento de El Puig (Valencia) adjudicó a la empresa V.D.C.E., S.A., el contrato para la construcción y explotación de un estacionamiento de vehículos automóviles en el subsuelo de la plaza del Doctor Peset y de un parque ajardinado sobre el mismo.

Dicho contrato fue formalizado el 17 de septiembre de 1990, y el Pliego de Condiciones Facultativas y Económico- Administrativas por el que regía establecía en el uno de los párrafos de su artículo 1 lo siguiente:

"El aparcamiento objeto de este concurso afectará exclusivamente a terrenos de dominio público municipal y a otros cedidos para la finalidad de construir en ellos un parque y un estacionamiento subterráneo de vehículos".

Ese mismo Pliego también establecía que la concesión se otorgará por el plazo máximo de cincuenta años, contados a partir del día siguiente al que expire el plazo de ejecución (artículo 4); y que el aparcamiento tendrá dos tipos de plazas: las plazas tipo A), que suponen el derecho de uso de plaza en exclusiva por período igual o inferior al de la concesión; y las plazas tipo B) de uso público indiscriminado (artículo 33).

Respecto de esas plazas tipo A) disponía, en cuanto a su adjudicación, la preferencia absoluta de los residentes (artículo 33); establecía un plazo para que los residentes interesados presentaran sus solicitudes; y regulaba unos trámites para su adjudicación, que imponían al concesionario la obligación de llevar un libro registro, previamente foliado y encuadernado y debidamente diligenciado, con el objeto de inscribir por riguroso orden de entrada las instancias que se presenten (artículo 35).

Esos trámites eran, en esencia, estos: la confección de listas provisionales, una vez transcurrido el plazo de presentación de instancias; su exposición pública para la formulación de consultas y reclamaciones; la elevación de propuesta de adjudicación definitiva al Ayuntamiento; y la aprobación por este último de dicha propuesta o, en su caso, la introducción de las modificaciones que juzgue conveniente.

Ese mismo artículo 35 establecía que el concesionario podría exigir al usuario de las plazas tipo A) una aportación económica en concepto de uso de la plaza por el tiempo de la concesión (subdivisible en una entrada inicial y en otra aplazada, distribuable ésta última, a su vez, en mensualidades durante un período no superior al de la concesión menos cinco años); como igualmente le podría exigir una cuota mensual por gastos de explotación y conservación.

Y añadía lo que continúa:

"Por dichas aportaciones el adjudicatario de la plaza no adquiere derecho alguno respecto a la propiedad de la plaza sino tan solo a su utilización en exclusiva por un período igual o inferior al de la concesión.

Todas las cantidades mencionadas deberán figurar claramente en la oferta económica que presente el concursante a la concesión, afectas por IVA o cualquier otro impuesto que pueda corresponderles".

2.- La adjudicataria inicial antes mencionada transmitió el 15 de julio de 1993 a CONSTRUCTORA ORIOLA PERIS SL los derechos y obligaciones dimanantes de la concesión; y con posterioridad, según se reconoce en un acuerdo municipal de 28 de septiembre de 1995, ARQUIPUIG S.L. adquirió la condición de concesionaria de la explotación del aparcamiento de que se viene hablando.

3.- Con anterioridad a lo que acaba de expresarse , el 28 de julio de 1989 se había efectuado al Ayuntamiento un requerimiento notarial promovido por don Victoriano y doña Luisa (representados por su hijo don Juan Pablo) y también por el representante de TOTAL ESPAÑA SA.

En él se hacía constar que los primeros habían vendido el 8 de julio de 1988 a la mencionada entidad un solar existente en El Puig de 100 metros cuadrados, inscrito en el Registro de la Propiedad, y con un exceso de cabida de 2.420 metros cuadrados para cuyo acceso registral se había promovido un expediente de dominio que todavía estaba en tramitación.

Se decía también que la totalidad de terreno debía ser cedido al Ayuntamiento porque en el PGOU estaba calificado como Zona Verde y destinado a Parque Público.

Y se expresaba como objeto del requerimiento la entrega de la posesión de tales terrenos al Ayuntamiento por el precio de doce millones de pesetas, a expensas del resultado del expediente de dominio que permitiera su



inscripción registral o, en otro caso, su cesión formal mediante expediente expropiatorio por un justiprecio de ese mismo importe de doce millones de pesetas.

El Pleno municipal de 2 de agosto de 1989, apoyándose en el anterior requerimiento, decidió en coherencia con el mismo: (a) tomar posesión de los terrenos por el precio de los doce millones de pesetas, quedando a expensas del resultado del Expediente de dominio; y (b) para el caso de que el expediente de dominio no llegara a su fin pretendido, aceptar de TOTAL ESPAÑA SA la cesión formal de tales terrenos en virtud de expediente de expropiación y con un justiprecio por ese importe de los doce millones de pesetas.

4.- ARQUIPUIG S.L, mediante un escrito fechado el 24 de julio de 1996 que dirigió a la Corporación Municipal firmado por su representante doña Fermina , invocó su condición de concesionaria y solicitó en su parte final lo siguiente:

"se acuerde la regularización de la situación a través de la adquisición de los terrenos sujetos a concesión o por pedido se decida el rescate de la concesión, y en cualquiera de los dos supuestos, por solicitado se decrete el pago de la indemnización , que resulte pertinente, de los daños y perjuicios causados a la mercantil, que la exponente representa. (...)".

Esa petición venía precedida de dos alegatos que pretendían explicarla.

El primer alegato invocaba el artículo 1 del Pliego; exponía que ni en el momento de la adjudicación de la concesión *"ni en la actualidad"* el Ayuntamiento ostentaba la propiedad de los terrenos; y aducía que esa circunstancia originaba dos problemas, uno de índole jurídica y otro de naturaleza económica.

(A) El problema jurídico era, en el criterio del solicitante, que la concesión debía considerarse nula de pleno derecho, al amparo de lo establecido en el artículo 62.2 y 62.1c) de la Ley 30/1992 , y esto porque, para que los terrenos sobre los que se había realizado el aparcamiento y el parque pudieran ser destinados al uso público, resultaba necesario que tales terrenos hubiesen entrado en el patrimonio municipal.

Y el económico sería que el concesionario habría realizado unas obras de gran envergadura económica para una concesión que, siendo nula de pleno derecho, podría ser revocada en cualquier momento.

(B) Se añadía que lo anterior hacía imposible la adjudicación de las plazas tipo A) en perjuicio de la sociedad concesionaria.

El segundo alegato invocaba los artículos 41 y 42 del Pliego en lo que establecen sobre el derecho del concesionario y el deber del Ayuntamiento a la protección adecuada para que la prestación sea debidamente prestada.

5.- El Decreto de la Alcaldía de 13 de noviembre de 1996 denegó la solicitud formulada, y justificó esta con unas consideraciones que, sintetizadas aquí en lo esencial de ellas, afirmaron lo siguiente.

Que el Ayuntamiento tenía título suficiente para otorgar la concesión.

Que el título posesorio del Ayuntamiento podía convertirse en cualquier momento en título de dominio o propiedad de los terrenos que ocupa el parking toda vez que era el titular dominical por el pago de los doce millones.

Que el título municipal de ostentación de los terrenos del parking, bien posesorio bien dominical, no obstaculizaba la libre disposición del parking concedido al inicial concesionario ni tampoco a quienes por título de transmisión eran adquirentes de los derechos de la concesión.

Y que el expediente de concesión que finalizó el 2 de agosto de 1990 con la adjudicación a la empresa V.D.C.E. S.A. había sido tramitado debidamente y expuesto al público sin que formulara reclamación alguna.

6.- Un posterior Decreto de 2 de abril de 1997, también de la Alcaldía, exigió a ARQUIPUIG SL el canon correspondiente al período comprendido entre el 29 de septiembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1996.

7.- Por escritura formalizada el 9 de julio de 1997 (ratificada por otra posterior del día 31 inmediato posterior) TOTAL ESPAÑA SA vendió y transmitió el pleno dominio al Ayuntamiento de El Puig de un solar de 2420 metros, sesenta y nueve decímetros cuadrados, sito en el Puig, con fachadas a la Avda. de la Paz, calle dels Furs y calle Doctor Pesset.

En dicha escritura se hace constar, en relación con dicho solar, su inscripción en el Registro de la Propiedad de Masamagrell; y como título del vendedor su adquisición por compra a los cónyuges don Victoriano y doña Luisa , mediante escritura pública de 8 de julio de 1988.



8.- El proceso de instancia lo inició ARQUIPUIG, S.L. mediante un recurso contencioso-administrativo inicialmente dirigido frente al Decreto de la Alcaldía de 13 de noviembre de 1996 y luego ampliado al otro Decreto municipal de 2 de abril de 1997.

La demanda luego formalizada interesó en el suplico final que se declararan nulos y sin valor los dos Decretos municipales impugnados, así como lo siguiente:

"declare la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y la condene a indemnizar a la actora en la cantidad que resulte de actualizar en la fecha en que recaiga el fallo el valor de la concesión por aplicación de los índices oficiales de depreciación del valor adquisitivo de la moneda nacional, más los daños y perjuicios, a determinar todo ello en ejecución de sentencia, y al pago de los intereses legalmente establecidos, desde la fecha en que proceda efectuar el pago hasta el día de su efectivo abono, con expresa condena en costas a la Administración demandada, si se opusiera, al amparo del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional".

Ese suplico venía precedido de un apartado de "HECHOS" referidos a lo siguiente.

Los hechos primero, segundo y tercero aludían a la adjudicación inicial el 2 de agosto de 1990 a V.D.C.E. S.A.; a la primera transmisión de los derechos de la concesión a CONSTRUCTORA ORIOLA PERIS SL; y la actual titularidad de la concesión de ARQUIPUIG.

El hecho cuarto invocaba lo que establecía el Pliego en el artículo 1 sobre los terrenos a que afectaba el aparcamiento objeto de concurso; en el artículo 32 sobre los tipos de plazas A) y B); y en los artículos 37 y 39 sobre el canon anual y su revisión.

El hecho quinto aducía que la ausencia de titularidad registral de los terrenos sobre los que se asentaba el aparcamiento y la zona ajardinada construida a favor de la Corporación local había hecho desde el principio imposible la contratación de plazas tipo a), *"al no poder inscribir sus titulares las mismas en el Registro de la Propiedad, sin que la Corporación solventara este problema adquiriendo aquellos terrenos necesarios para regularizar esta anómala situación"* (sic).

Los hechos sexto y séptimo mencionaban la solicitud dirigida al Ayuntamiento el 24 de julio de 1996 y el Decreto denegatorio de la misma de 13 de noviembre de 1996.

Y el hecho octavo se refería al Decreto municipal de 2 de abril de 1997 que liquidaba a ARQUIPUIG SL el canon del período comprendido entre 29-9-1995 y 31-12-1996.

La demanda incluía también, a continuación del anterior, un apartado de "FUNDAMENTOS DE DERECHO", que argumentaban lo que continúa.

El primero justificaba la viabilidad procesal del recurso jurisdiccional interpuesto.

El segundo afirmaba la obligación de la administración demandada de no vulnerar el ordenamiento jurídico y cumplir los según lo expresamente en ellos (con la cita de los artículos 111 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) y 1258 del Código Civil).

El tercero sostenía, en primer lugar, que en el expediente administrativo de la concesión no constaban las certificaciones reguladas en los artículos 81 y 84.b) del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre [RGCE de 1975], relativos a la plena posesión y disposición real de los terrenos necesarios para la ejecución del contrato y a la viabilidad del proyecto, como tampoco el acta del replanteo de la obra; y derivaba de lo anterior una invalidez del contrato.

El cuarto invocaba los artículos 41 y 46 del Pliego en lo que establecían sobre la obligación del Ayuntamiento de otorgar al concesionario la protección adecuada para prestar el servicio adecuadamente.

El quinto defendía la nulidad de la resolución recurrida por haberse dictado sin el previo informe de la Secretaría e Intervención, con cita de lo establecido en los artículos 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC] 114 del antes mencionado TRRL.

El sexto argumentaba que siendo nulas las actuaciones e inviable la regularización y el rescate, procedía que a la Administración demandada se le impusiera lo siguiente: (i) la devolución a la recurrente del valor objeto de restitución (calculado en función de la fianza exigida de 4.641.953 pesetas, equivalente al tres por cien del valor de la concesión); (ii) la actualización de ese valor mediante la aplicación de los índices oficiales de depreciación del valor adquisitivo de la moneda nacional; (iii) la adición a lo anterior del pago de los intereses legalmente establecidos desde la fecha en que proceda el pago hasta el día de su efectivo abono; y (iv) *"más los restantes daños y perjuicios sufridos por el recurrente"*.



Y el séptimo combatió la liquidación de canon exigida por considerar que era extemporánea la aplicación del índice IPC que para su cálculo había sido aplicada.

9.- El Ayuntamiento, en su contestación, se opuso a las pretensiones deducidas en su contra con un alegato fáctico único en el que realizó estas principales afirmaciones.

La circunstancia de que, una vez realizada la adjudicación en 1990 y terminada la obra en 1992, no existieran reclamaciones mientras ostentaron los derechos de la concesión V.D.C.E SA y CONSTRUCTORA ORIOLA PERIS SL; y que sólo se plantearan las reclamaciones y negativas al canon cuando tales derechos fueron cedidos a ARQUIPUIG SL.

El hecho real de que tanto la concesionaria inicial como sus sucesores han podido disponer del bien objeto de la concesión a su entera libertad.

Y que, no obstante lo anterior, *"para nada se concretan y especifican por la recurrente los perjuicios que se dicen se le ha irrogado"*.

Tras las afirmaciones anteriores, el Ayuntamiento insiste que ha detentado siempre el dominio y posesión de los terrenos en cuestión, y para justificar este aserto alude al acuerdo del Pleno Municipal de 2 de agosto de 1989 y a las escritura de venta que antes se mencionaron.

Luego aduce que una prueba evidente de esa titularidad efectiva es que desde 1990 no ha habido ninguna reclamación respecto de la titularidad de los terrenos.

Como complemento de todo ello señala que don Juan Pablo era el titular originario de los terrenos y sabía y conocía, tanto la posterior titularidad de TOTAL ESPAÑA SA (por habérselos vendido) como que el Ayuntamiento pasó a ser el siguiente titular de dichos terrenos; y destaca que dicha persona es el padre de don Mario (representante de CONSTRUCTORA ORIOLA PERIS SL) y doña Fermina (representante de ARQUIPUIG SL).

10.- En ese proceso de instancia se dictó una primera sentencia el 4 de mayo de 2001 que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo de ARQUIPUIG SL, pues en su fallo confirmó la resolución de 13 de noviembre de 1996 y anuló la liquidación de 2 de abril de 1997.

Los razonamientos desarrollados para justificar su pronunciamiento confirmatorio del Decreto municipal de 13 de noviembre de 1996 fueron incluidos en los fundamentos de derecho (FFJJ) cuarto y quinto, y se sustentaron en las siguientes ideas (también aquí expuestas resumidamente en lo que resulta trascendente para la actual casación).

(I) Se afirma inicialmente que el demandante ha desviado el objeto del proceso respecto de lo que fue suscitado en el expediente del proceso, y esto hace inviable lo pedido en el suplico de la demanda.

Se invoca a este respecto que en la solicitud planteada en la vía administrativa (la de 24 de julio de 1996) se solicitó la adquisición de los terrenos litigiosos o el rescate de la concesión, en ambos casos con la indemnización de daños y perjuicios; como también la adquisición de los terrenos por el Ayuntamiento mediante las escrituras de 9 y 31 de julio de 1997.

Y con esos presupuestos se argumenta lo que sigue:

(a) que con la lógica del expediente administrativo, y tomando en consideración esa adquisición de los terrenos, en el momento de la demanda (21.9.99) la parte actora debió desistir de la regularización y limitar su pretensión a la indemnización de daños y perjuicios; o incluso habría sido admisible que hubiera solicitado la resolución del contrato o el rescate, en ambos casos con daños y perjuicios, si se acreditaba que el transcurso del tiempo hacía inviable la concesión; y

(b) que la demandante no opta por esas vías, pues pide la nulidad de las resoluciones administrativas y como indemnización el rescate, pero olvida que, al no pedirse en el suplico de la demanda la nulidad de la concesión, de estimarse dicha demanda y anularse la resolución recurrida la concesión seguiría vigente.

(II) Se hace referencia después al régimen aplicable al contrato litigioso, señalando que la normativa vigente en el momento de su celebración [el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril; y el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre [RGCE de 1975] no contemplaba el contrato de concesión de obra pública que luego regularon los artículos 130 y siguientes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; y apunta que eso hacía que el contrato se rigiera por la normativa del contrato de obras en cuanto a la obra y por la del contrato de gestión de servicios públicas en cuanto a la explotación concedida.



Desde ese presupuesto se razona que los vicios en cuanto a la obra solo darán a la resolución del contrato de servicios en cuanto tenga una conexión directa que haga inviable total o parcialmente el contrato de servicios.

(III) Luego se rechaza la nulidad del contrato pedida por la falta de replanteo al considerarse que, siendo una revisión de los propios actos de la sociedad demandante, tendría su límite en lo que establece el artículo 105 de la Ley 30/1992; y se dice, en esta línea, que tal solicitud de nulidad sería contraria a la equidad y la buena fe porque se pidió, después de transcurridos seis años desde la adjudicación, por quien se subrogó en la situación del adjudicatario inicial; y se reitera que cuestión diferente sería la incidencia en la gestión del servicio por la imposibilidad total o parcial de la prestación del mismo.

(IV) Se analiza a continuación, dándole una respuesta negativa, que se haya producido esa imposibilidad de prestación del servicio.

La sentencia de la Sala de Valencia que se viene hablando se expresa a sí:

"El art. 127.D) del Reglamento de Contratos del Estado de 1975 establecía que el acta de replanteo debía acreditar "...la posesión y disponibilidad real de los terrenos..."

en términos similares se pronuncia el art. 127.2 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que habla de "...disponibilidad de los terrenos precisos..."

no se trata en este momento de establecer si se hizo el acta de replanteo o se omitieron elementos formales, esta perspectiva debió analizarla el contratista en su momento con la anulación de las consecuencias del art. 127 del propio Reglamento sino la propia disponibilidad de los terrenos por la posible incidencia en el desenvolvimiento de la concesión;

desde esta perspectiva nos centramos en el examen del documento nº uno que acompaña el escrito de demanda donde consta un requerimiento notarial al Ayuntamiento de El Puig de 28.7.1989 donde D. Juan Pablo, titular originario de los terrenos, padre del legal representante del anterior concesionario "Constructora Oriola Peris S.L. y de la representante de la Sociedad demandante "Arquepuig S.L." y Total España S.A. como titular de los terrenos, requieren al Ayuntamiento para que "...tome posesión de los terrenos que ofrecen por el presente requerimiento ..para la construcción de un Parque público sobre los mismos quedando a expensas del resultado del expediente de dominio para formalizar ante el Ayuntamiento el correspondiente título de dominio inscribible en el Registro de la Propiedad, o en su caso la cesión formal que se materializaría en expediente expropiatorio donde fijaban el precio...", como respuesta a este requerimiento el Ayuntamiento convoca Pleno y acuerda, tomar posesión de los terrenos y, en mayor o menor medida, se aceptan las condiciones del requerimiento.

La Sala no va a entrar en implicaciones civiles o registrales que esta decisión pudo tener en su momento, pero entiende acreditado que cuando se inicia la obra el Ayuntamiento de El Puig tenía la "disponibilidad de los terrenos" y, además, que el concesionario no ha acreditado en ningún momento a lo largo de los años que haya sido perturbado o inquietado en su posesión por el titular registral o de alguna forma le haya impedido o limitado el desenvolvimiento de la actividad concesional, desde este prisma, la Sala no observa motivos de nulidad absoluta o anulabilidad que den lugar a la nulidad de la concesión".

(V) Lo alegado en la demanda sobre las plazas tipo A) se responde así:

"Cuestión conexas con la anterior son los posibles perjuicios respecto a las PLAZAS A, al no poder inscribir sus titulares las mismas en el Registro de la Propiedad, sin que la Corporación solventara este problema adquiriendo aquellos terrenos necesarios para regularizar esta anómala situación; ciertamente puede llegar a ser un problema, pero como el actor afirma en sus diferentes escritos, se trata de un pueblo pequeño donde todo el mundo sabe que el Ayuntamiento no es titular y que adquirir plazas A) puede ser problemático, por la misma razón, la legal representación de la Sociedad demandante cuando se subroga en la concesión, tanto por el origen de los terrenos como por tratarse de una población pequeña donde la actora realiza su actividad, debía conocer esta situación que desde luego intenta poner remedio con la solicitud en 1996 y el Ayuntamiento aunque formalmente le desestima la petición en 1997 adquiere por escritura pública los terrenos.

De todas formas, el pliego de condiciones nos dirá que el actor debe llevar un libro registro de las plazas tipo A) y la publicidad del sistema de adquisición de las mismas, pero a la Sala no se le ha mostrado dicho libro o testimonio del mismo que acredite la falta de interés de la población por las Plazas Tipo A) ni que hayan existido solicitantes que ante la situación Registral hayan desestimado la compra ni la evolución desde 1997 hasta la fecha del período probatorio que se abre en Febrero de 2000, donde la población tras conocer la falta de problemas registrales de los aparcamientos haya adquirido los mismos, lo que de alguna forma acreditaría que la falta de venta anterior se debía a ese motivo".

(VI) A lo anterior sigue esta conclusión:



"Con lo cual la Sala concluye, no sólo que el Ayuntamiento tenía la disponibilidad de los terrenos sino que no existe la más mínima prueba de que la falta de titularidad registral hasta 1997 por parte del Ayuntamiento haya incidido en la concesión, con lo cual, tampoco se puede dar lugar a los daños y perjuicios que solicita al ser la primera premisa de los mismo la acreditación de la existencia del daño o perjuicio".

(VII) La impugnación referida a la falta de informe del Secretario reprochada a la resolución recurrida se desestima con ese principal razonamiento:

"la petición inicial del recurrente no implicaba ni la interpretación del contrato, ni la modificación ni la resolución, lo que se discutió en vía administrativa era la petición de inscripción registral de los terrenos sobre los que se había construido el aparcamiento, es decir, una cuestión tangencial que podía estar afectando a la concesión administrativa pero que no entra de lleno en el art. 114.3 del T.R. de la Ley de Bases de Régimen Local, máxime cuando respecto de la inscripción de los terrenos el demandante tuvo satisfacción extraprocésal en 1997 y la posible nulidad por esta causa volvería el expediente a 1996 sin ningún objetivo al haber inscrito los terrenos el Ayuntamiento, en consecuencia, se desestima el motivo".

11.- Frente a la anterior sentencia ARQUIPUIG SL planteó el Recurso de Casación núm. 4681/2001, resuelto por esta Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de abril de 2012.

Esta sentencia de 19 de abril de 2012 declaró haber lugar a la casación y dejó sin efecto la sentencia recurrida (de 4 de mayo de 2001) en el particular relativo a la desestimación del recurso contencioso-administrativo; y ordenó la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la providencia que acordó el señalamiento para votación y fallo, para que la Sala de instancia continuara con la substanciación de la prueba omitida y continuara la tramitación del proceso hasta dictar la sentencia que pusiera fin al proceso.

Ese fallo fue consecuencia de la acogida del primer motivo de casación y por haber apreciado las infracciones determinantes de indefensión denunciadas en dicho motivo, que esta Sala consideró causadas porque, tras acordarse el recibimiento a prueba y admitirse las que la parte demandante había considerado relevantes para su defensa, no se proveyó para que tuviera lugar la incorporación a los autos de determinada documentación que había sido interesada en la proposición de prueba de la parte actora y para que, así mismo, se diese traslado a esta última de dicha prueba.

12.- Como consecuencia de la retroacción así ordenada, la Sala de Valencia resolvió oficiar al Ayuntamiento demandado con el objeto de que tuviera lugar la práctica de la prueba documental que había sido interesada en los apartados III y V del escrito de proposición de prueba de la parte actora ARQUIPUIG, S.L.

Remitida a la Sala dicha documentación, emplazó a dicha parte actora para que presentara sus conclusiones escritas, como así hizo en un escrito presentado el 15 de febrero de 2013.

Este escrito de conclusiones señaló, en la segunda y tercera de ellas de ellas, lo siguiente:

"SEGUNDA.- La prueba practicada acredita lo siguiente:

1.-. Según informe del delineante municipal, tal como aprecia la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2.012, la superficie de la parcela que contiene el aparcamiento tenía 2.995 m2, lo que evidenciaba "que mediante la compra: formalizada en 9 de julio de 1.997 a la que se refiere el documento nº 1 unido a la contestación a la demanda, al concernir sólo a una parcela de extensión de 2.420 m2, no se produjo la satisfacción extraprocésal apreciada por la sentencia objeto de recurso".

2.- El informe del arquitecto municipal, emitido en 27 de febrero de 2.012, demuestra:

A.- Que el destino del suelo afecto al aparcamiento, según el planeamiento vigente en 1.990, era privado, residencial en la fecha del otorgamiento de la concesión.

B.- Que la superficie que alberga el aparcamiento es de 2.943 m2.

3.- El informe de Intervención, emitido en 17 de septiembre de 2.012, pone de manifiesto, que:

a) El importe de ejecución material de la obra fue de 593.798,29 €, de los cuales, correspondían a instalaciones 59.049,91 €.

b) El valor de la edificación a efectos del cálculo de la amortización era de 534.748,38 €.

c) Las instalaciones están ya amortizadas y el importe de la edificación que queda hoy por amortizar es de 331.543,99 €.

TERCERA.- Por ello queda acreditado que la Corporación vulneró la normativa anteriormente citada y que con su conducta infringió lo establecido en el pliego de condiciones, colocando al concesionario en una situación irregular que condicionó la imposibilidad de la venta de las plazas de aparcamiento al no ser posible su



inscripción en el Registro de la Propiedad. En consecuencia entendemos procede, "que declare nulos sin valor ni efecto alguno los Decretos de la Alcaldía de 13 de noviembre de 1.996 y el de 2 de abril de 1.997, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y la condene a indemnizar a la actora en la cantidad que resulte de actualizar en la fecha en que recaiga el fallo el valor de la concesión por aplicación de los índices oficiales de depreciación del valor adquisitivo de la moneda nacional, más los daños y perjuicios, a determinar todo ello en ejecución de sentencia y al pago de los intereses legalmente establecidos desde la fecha en que proceda efectuar el pago hasta el día de su efectivo abono".

13.- Tras lo anterior la Sala de Valencia dictó el 18 de octubre de 2013 una nueva sentencia, que es la que se recurre en la actual casación 3733/2013.

Esta segunda sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo de ARQUIPUIG S.L. en los términos que se han expuesto en los antecedentes de la presente sentencia; esto es, anuló la resolución del Ayuntamiento de EL PUIG de 2 de abril de 1997 que había aprobado la liquidación en concepto de canon de explotación de la concesión del parking y lo desestimó en todo lo demás (las pretensiones ejercitadas en relación al Decreto de la Alcaldía de 13 de noviembre de 1996).

Los razonamientos con los que esta sentencia justificó ese fallo parcialmente estimatorio, contenidos en sus fundamentos de derecho segundo a cuarto, fueron éstos:

" (...)- Como acabamos de ver en relación con este primer acto recurrido, y a salvo de lo atinente a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios (que será tratada en el siguiente fundamento jurídico), la pretensión deducida en el suplico de la demanda relativa a la anulación del Decreto de la Alcaldía de 13.11.1996 aparece fundamentada en la invalidez del contrato de concesión; es decir, se postula la anulación de tal Decreto con causa en la nulidad del contrato de concesión.

Sin embargo, la pretensión deducida en vía administrativa nada tiene que ver con la articulada en esta sede jurisdiccional, dado que lo solicitado en aquella fue la regularización de la concesión mediante la adquisición de los terrenos objeto de la misma o el rescate de la concesión; esto es, en ningún momento se instaba la nulidad del contrato de concesión, sino -se reitera- la regularización de la misma a través de la adquisición de los terrenos o el rescate de la concesión.

Queda, pues, claro que nos encontramos ante un supuesto de desviación procesal, al ser distintas las pretensiones articuladas en la vía administrativa y en la judicial, lo que determina, por esta sola razón, la desestimación del recurso en este extremo (anulación del Decreto de 13.11.1996 con causa en la nulidad del contrato de concesión).

(...)- Y, en lo que hace a la petición de indemnización de daños y perjuicios, debemos señalar que presupuesto necesario de tal pretensión es la acreditación de la real existencia de daños o perjuicios; siendo que, como es consabido y así resulta de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 217 LEC -de supletoria aplicación en esta jurisdicción-, es precisamente a quién deduce tal solicitud (en nuestro caso, la actora) a quién incumbe la carga de probar los daños y perjuicios que reclama.

Sin embargo, no existe en las actuaciones ningún elemento probatorio de suficiente consistencia que permita acreditar que la falta de la titularidad registral de los terrenos por parte del Ayuntamiento haya incidido en el desarrollo de la concesión.

Con esto, se desestima también la solicitud de daños y perjuicios postulada por la actora.

(...)- El segundo de los actos administrativos impugnados es la resolución del Ayuntamiento de El Puig, de fecha 2.4.2007, por la que se aprueba liquidación en concepto del canon de explotación de dicha concesión correspondiente al período comprendido entre el 29.9.1995 y el 31.12.1996 (importe de 233.919 pesetas).

El recurso sí debe ser acogido en relación con esta resolución municipal, ello en atención al motivo impugnatorio al respecto articulado en la demanda (extemporaneidad de la aplicación del índice de precios al consumo practicada en la liquidación girada).

Y es que dicha extemporaneidad resulta de la puesta en relación de la fecha de práctica de la liquidación con lo establecido en el artículo 39 del Pliego de condiciones de la concesión, circunstancia ésta que -de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada en la demanda- determina la anulación de la liquidación, ello amén de que este motivo de impugnación ni siquiera ha sido rebatido en el escrito de contestación a la demanda".

SEGUNDO.- El recurso de casación de invoca en su apoyo los cinco motivos siguientes.

I.- Hay dos motivos, el primero y el segundo, que son amparados en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional (LJCA).



El primero denuncia la infracción de los artículos 24.1 y 120 de la Constitución (CE), 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) , 33 y 67 de la LJCA y 218, 1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

El presupuesto de que se arranca en este primer motivo es lo que la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2012, dictada en la casación 4681/2001 , razonó en sus fundamentos de derecho (FJJ) octavo y décimo, en particular sobre la no valoración en la primera sentencia de la Sala de Valencia de los informes del Arquitecto y el Delineante Municipal remitidos a las actuaciones de instancia que, sobre la superficie de parcela en la que se construyó el aparcamiento, pusieron de manifiesto, respectivamente, que era de 2785 m2 y de 2995 m2.

Con ese punto de partida, lo que principalmente se imputa a la segunda sentencia de 18 de octubre de 2013 de la Sala de Valencia, directamente combatida en la actual casación núm. 3733/1913 , es que no haya valorado dicha prueba documental y haya incurrido por ello en el deber de motivación que impone el artículo 120 CE .

Y el desarrollo argumental del motivo termina censurando que, sin efectuar esa valoración probatoria, la referida segunda sentencia de Valencia enjuicie de nuevo la impugnación planteada contra la resolución de la Alcaldía de 2 de abril de 1997, cuando la mencionada sentencia de 19 de abril de 2012 de este Tribunal Supremo había dejado sin efecto el pronunciamiento desestimatorio contenido en el fallo de la primera sentencia de Valencia.

El segundo motivo denuncia de nuevo la infracción de los artículos 24.1 y 120 CE y 33 y 67 de la LJCA .

El argumento esgrimido para sustentar el reproche invocado en este motivo es que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, y lo ha hecho por no haber enjuiciado la corrección jurídica del Decreto de la Alcaldía de 13 de noviembre de 1996 en función de las siguientes alegaciones y motivos de impugnación que ARQUIPUIG SL había realizado:

(a) La nulidad de las actuaciones administrativas controvertidas que, sobre la base de no ser la Corporación local propietaria del terreno que albergaba el aparcamiento, había sido alegada en la solicitud que fue denegada por el tantas veces mencionado Decreto Municipal de 13 de noviembre de 1996; y

(b) La invalidez de esa misma actuación administrativa que fue denunciada en la demanda invocando lo establecido en los artículos 81 y 84.b) del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975 [RGCE de 1975], y la ausencia del informe regulado en el artículo 114.3 del TRRL.

Se añade que la resolución denegatoria de esas postulaciones de nulidad era la pretensión de la demanda, y se aduce también que con todo lo anterior había quedado perfectamente delimitada la pretensión deducida y así mismo delimitados los motivos alegados para justificarla.

II.- Los restantes motivos de casación, tercero, cuarto y quinto, se formalizan por el cauce de la letra d) del antes citado artículo 88.1 LJCA .

· El tercero señala la infracción de los artículos 24 y 120 CE y 56.1 LJCA ., que habrían sido cometidos por la sentencia "a quo" por la desviación procesal que aprecia para justificar su pronunciamiento desestimatorio de la pretensión que iba dirigida a obtener la nulidad del contrato de concesión.

Se argumenta al respecto que no hubo diferencias entre la solicitud deducida en la vía administrativa y la pretensión ejercitada en la demanda, y se invoca la distinción que la jurisprudencia ha establecido entre hechos fundamentadores de la pretensión y argumentos jurídicos de la misma.

· El cuarto aduce la infracción de los artículos 24 CE y 114 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (pero este segundo precepto hay que entenderlo referido al TRRL, pues así se desprende del desarrollo argumental del motivo), en relación con el artículo 62, apartados 1.e) y 2, de la Ley 30/1992 [LRJ/PAC].

Lo esgrimido para apoyar este motivo es que del FJ quinto de la primera sentencia de la Sala de Valencia resulta que el Decreto de la Alcaldía se adoptó sin el informe previo del Secretario e Interventor del Ayuntamiento, y tal omisión es determinante de una infracción del antes mencionado artículo 114 y de la nulidad prevista en esos apartados citados del artículo 62 de la Ley 30/1992 .

· El quinto motivo de casación pretende sostener la infracción de los artículos 24 CE , 75 y 79 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 81 y 84.b) del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre; en relación con el artículo 62 [apartados 1.e) y 2] de la Ley 30 1992 [LRJ/PAC].

Se invoca inicialmente para intentar justificar estas infracciones el informe del Arquitecto municipal a que antes se hizo referencia y que del mismo resultaría que el Ayuntamiento no tenía la disposición real de los terrenos.



De esta circunstancia se pretende derivar la existencia de la infracción de los artículos 81 y 84.b) del RGCE de 1975 y la procedencia de que el Ayuntamiento hubiese adoptado las medidas prevenidas en los artículos 75 y 79 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

TERCERO.- El debido estudio de todos esos motivos de casación impone realizar las puntualizaciones o aclaraciones previas que continúan.

La primera es que la sentencia de 19 de abril de 2002, dictada por esta Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación 4681/2001, se limitó a apreciar un vicio "*in procedendo*" en el proceso de instancia y ordenó su subsanación mediante la retroacción de actuaciones en los términos que antes se expresaron, con el fin de que la Sala de Valencia, tras la subsanación de tal vicio procesal, dictara una nueva sentencia enjuiciando y decidiendo la controversia suscitada en la instancia.

Lo cual significa que, tras la nulidad de la primera sentencia dictada por la Sala de Valencia, el fondo de esa controversia quedó imprejuizado y, consiguientemente, este Tribunal Supremo no anuló y tampoco confirmó, ni en todo ni en parte, los razonamientos que sobre dicho fondo realizó esa primera sentencia.

La segunda consiste en recordar que, en lo que hace a la contratación pública, deben diferenciarse, por encarnar figuras muy distintas y diferenciadas, estas tres cuestiones: (i) la nulidad del contrato; (ii) su incumplimiento; y (iii) el rescate.

La nulidad, expuesta aquí en lo esencial, es la invalidez que afecta al contrato bien porque lo sean sus actos de preparación y adjudicación, o bien porque cualquiera de sus elementos estructurales incurra en infracciones normativas que lleven aparejada como consecuencia la falta de validez jurídica del vínculo contractual. Mientras que el incumplimiento y el rescate no solo no comportan la invalidez del vínculo contractual sino que presuponen su eficacia y exigibilidad jurídica, y lo que encarnan son hechos sobrevenidos a lo largo de la dinámica del contrato que permiten instar la ruptura del vínculo o unas consecuencias sobreañadidas a sus naturales efectos o ambas cosas; así, el incumplimiento es la negativa o resistencia de uno de los contratantes a llevar a cabo las prestaciones que le corresponden, y el rescate es, en el contrato de gestión de servicios públicos, la decisión unitateral y discrecional de la Administración, por razones de interés público, de poner fin a la concesión antes de que llegue el plazo de su vencimiento para asumir ella la gestión directa del servicio.

CUARTO.- Esas puntualizaciones que acaban de hacerse son determinantes de que haya de ser compartida la desviación procesal que ha sido apreciada por la sentencia aquí recurrida (la dictada por la Sala de Valencia el 18 de octubre de 2012) para rechazar la nulidad del Decreto de la Alcaldía de 13 de noviembre de 1996 que fue pedida con fundamento en la nulidad del contrato de concesión.

Así ha de ser porque la lectura del escrito de 24 de julio de 1996 que ARQUIPUIG presentó ante el Ayuntamiento pone de manifiesto que lo solicitado por ella fue la "*regularización*" del contrato o el "*rescate*" de la concesión, y una y otra cosa equivalen a admitir y mantener la validez del contrato para cualquiera de estas dos finalidades: (1) para que la Administración realice como "*regularización*" unas actividades o prestaciones (de adquisición de terrenos) que la recurrente consideraba debidas en razón del vínculo contractual; o (2) para que decida unilateralmente la ruptura de un vínculo contractual preexistente y válido mediante el rescate de la concesión que constituye su objeto, y para que, de esta manera, asuma la gestión directa del servicio que fue concedida en virtud del contrato.

Dicho de otro modo, ese escrito de 24 de julio de 1996 no solo no incluyó la nulidad del contrato en las peticiones alternativas formuladas en la "*suplica*" de su parte final, sino que cualquiera de esas peticiones alternativas equivalía a aceptar la validez del vínculo contractual y era contradictoria con la petición de su nulidad.

Por tanto, es acertado el principal argumento que la sentencia aquí recurrida invoca para justificar esa desviación procesal que declara para la nulidad contractual preconizada en la demanda del proceso de instancia: que se trata de una pretensión distinta de las que fueron articuladas en la vía administrativa.

Siendo, pues, de confirmar esa desviación procesal, así como el efecto desestimatorio que de ella deriva la sentencia recurrida para la pretensión de nulidad del Decreto Municipal de 13 de noviembre de 1996 que fue ejercitada sobre la base de la nulidad del contrato de concesión, todos los motivos de casación deben de fracasar por lo que se explica seguidamente.

El primer motivo porque la desviación procesal de que adolecía la pretensión de nulidad contractual hacía ya innecesaria la valoración de aquellas pruebas que estaban dirigidas a acreditar los extremos fácticos que habían sido aducidos para intentar fundamentar dicha nulidad contractual; y porque, como ya se ha dicho, la sentencia de 19 de abril de 2012, dictada por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 4681/2001, no realizó ninguna operación de valoración probatoria, al limitarse a apreciar



una omisión procesal causante de indefensión por estar referida a pruebas que la accionante en la instancia consideró muy relevantes para la defensa de su posición procesal.

Y los restantes motivos por razones muy similares a las que determinan la desestimación del primer motivo: que siendo correcta la desviación procesal de la pretensión de nulidad contractual, no cabe imputar incongruencia omisiva en la falta de respuesta a cada una de las alegaciones y motivos de impugnación esgrimidos con la finalidad de obtener la declaración de esa nulidad contractual.

QUINTO.- Aunque lo anterior es suficiente para desestimar el recurso de casación, son convenientes estas otras consideraciones.

Que debe insistirse en la diferencias existentes entre nulidad del contrato e incumplimiento contractual, pues éste último puede generar la ruptura del contrato a través de su resolución pero no significa la nulidad del vínculo existente.

Que no se han aducido hechos que sean determinantes de un incumplimiento contractual por parte del Ayuntamiento, pues no consta que ninguna parte de los terrenos efectivamente adscritos al aparcamiento hayan sido objeto de reclamación por terceros y, por esta circunstancia, no hayan podido ser ejercitados los derechos del concesionario ni la utilización de sus plazas por los usuarios de las misma.

Y que tampoco se han alegado hechos singulares que sean expresivos de concretos daños y perjuicios sufridos por la entidad recurrente.

SEXTO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación; y, al ser desestimatorio el recurso, todas las costas deberá abonarlas la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general de la imposición del artículo 139.2 de la LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas, por la totalidad de los conceptos comprendidos en ellas, la de seis mil (6.000) euros; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y la dedicación requerida para la formulación de la oposición.

FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por ARQUIPUIG S.L., contra la Sentencia de 18 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en el recurso contencioso-administrativo número 3933/1996).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas de esta casación con el alcance y límite establecido en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a Celsa Pico Lorenzo D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-