



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 1**

Calle Gutierrez Solana s/n Edificio Europa
Santander
Teléfono: 942367323
Fax.: 942367325
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **000065/2014**
NIG: 3907545320140000171
Materia: Otros actos de la Admon no incluidos en los
apartados anteriores
Resolución: Sentencia 000220/2016

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	GESTIÓN DE PISCINAS SA	IGNACIO CALVO GÓMEZ	CÉSAR PELLON SIERRA
Demandado	CONSORCIO DE INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS DE CANTABRIA	TERESA MORENO RODRÍGUEZ	GEMA URIARTE MAZON
Codemandado	AYUNTAMIENTO DE TORRELAVEGA		LETRADOS SERVICIO JURÍDICO DE TORRELAVEGA LETRADOS SERVICIO JURÍDICO DE TORRELAVEGA
Codemandado	GOBIERNO DE CANTABRIA		LETRADO COMUNIDAD AUTONOMA

SENTENCIA nº 000220/2016

En Santander, a 17 de noviembre de 2016.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santander los autos del procedimiento Ordinario 65/2014 sobre contratación pública en el que intervienen como demandante, la entidad GESTIÓN DE PISCINAS SA, representada por el Procurador Sr. Calvo Gómez y defendida por la letrado Sra. Puente Sánchez y como demandado el CONSORCIO DE INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS DE CANTABRIA, representado por la Procuradora Sra. Moreno Rodríguez y defendido por el Letrado Sra. Uriarte Mazón y como codemandados el Gobierno de Cantabria representado y defendido por el Letrado de los servicios Jurídicos y el Ayuntamiento de Torrelavega, representado y defendido por el Letrado de los servicios Jurídicos, dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sr. Calvo Gómez presentó, en el nombre y representación indicados, escrito de interposición de recurso contencioso administrativo contra la Resolución del CONSORCIO DE INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS DE CANTABRIA que desestima por silencio administrativo la solicitud de resolución y liquidación del contrato administrativo de concesión de obra pública presentada en fecha 7-10-2013.

Admitido a trámite el recurso se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente.

SEGUNDO.- Evacuado este trámite y efectuados los emplazamientos exigidos en la ley, se dio traslado al actor para que formulara demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de la resolución recurrida, al resolución el contrato por incumplimiento y la condena de la administración al pago de las cantidades reclamadas por las obras ejecutadas, lucro cesante, gastos de mantenimiento y devolución de

garantías.

Tras ello, se dio traslado a los demandados personados que presentaron su contestación en tiempo y forma oponiéndose a la pretensión.

Fijada la cuantía del pleito en 6092902,5 euros y resueltas las cuestiones procesales planteadas se acordó recibir el pleito a prueba practicándose las admitidas como pertinentes y útiles, esto es, documental, testificales, periciales de parte y judiciales.

TERCERO.- Finalizado el periodo de prueba, se presentaron conclusiones por las partes tras lo cual el pleito quedó visto para sentencia. Tras ello, se dictó providencia sometiendo a las partes la posible concurrencia de causas de carencia sobrevenida de objeto y de inadmisión. Evacuado el trámite, se alzó la suspensión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante solicita la declaración de nulidad de la resolución administrativa que desestima su pretensión de resolver, por incumplimiento, el contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de instalaciones de uso deportivo en Colindres, Marina de Cudeyo, Ribamontán al Mar y Val de San Vicente formalizado el 8-10-2010, así como, de abono de las cantidades pendientes por obra ejecutada, lucro cesante y devolución de garantías, gastos e intereses.

Alega que, en cumplimiento del contrato, ha ejecutado en plazo y forma las instalaciones de Colindres, Ribamontán al Mar y Val de San Vicente, recepcionadas sin objeción. La de Marina de Cudeyo no concluyó por causas ajenas al actor.

El fundamento de la resolución es el incumplimiento de la obligación de pago del precio y la imposibilidad de ejecutar el contrato en sus términos debido a que el Consorcio no obtuvo la financiación prevista del Gobierno de Cantabria comprometida en Convenio de Colaboración de 23-4-2008 que fue resuelto por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25-10-2012, firme y consentido.

En el suplico, en consecuencia, se pide la resolución el contrato de 8-10-2010 y que se condene al demandado a pagar diversas cantidades: 5708652,17 euros por obra ejecutada y certificada; 170691,65 euros de lucro cesante por la no ejecución de la piscina de Marina de Cudeyo y su no explotación; 78581,05 euros calculados en base al 3% de la prestación dejada de ejecutar en Marina de Cudeyo; 103343,63 euros de gastos de mantenimiento de las instalaciones; 31634 euros de lucro cesante; devolución de fianzas e intereses, autorizándose la cancelación del aval de 663455,51 euros con reintegro de cuotas desde la fecha de solicitud de la resolución en vía administrativa.

Frente a dicha pretensión se alza la demandada pero no solicita en el suplico de la contestación la desestimación íntegra ni manifiesta un allanamiento parcial, sino que solicita que, estimando sus argumentos, se acuerde el cálculo de las cantidades que admite reconocer a la concesionaria por causa de resolución, que acepta. Ello se debe a que la oposición a la pretensión no es total, por cuanto se admite la resolución

pero no por incumplimiento sino por imposibilidad de concluir la obra en los términos pactados. De ahí que admita que deba liquidarse la relación, que debe resolverse, admitiendo solo alguna de las partidas propuestas pero no otras, a la vista de la causa de resolución que debe concurrir.

En cuanto a los codemandados personados, fundamentalmente el Gobierno aduce su falta de interés en tanto que el ayuntamiento de Torrelavega dirige sus alegaciones sobre todo, contra esta codemandada, sosteniendo, en cuanto a la liquidación, básicamente, la posición del Consorcio. No obstante, el Gobierno pone de manifiesto que el Convenio para la financiación del consorcio ha sido, definitivamente revocado en resolución de 17-12-2015 y que se ha otorgado una subvención nominativa.

De conformidad con los arts. 41 y 42 LJ, la cuantía se fija en 6092902,5 euros importe líquido reclamado.

No obstante, antes de analizar el fondo de las pretensiones, desde la perspectiva procesal, queda por resolver la admisión de documentos presentados en fase de conclusiones conforme al art. 271 LEC.

Los documentos referidos a los pagos posteriores así como la sentencia del Juzgado 2, deben ser admitidos al darse los presupuestos legales para ello. Debe inadmitirse el doc. 1 del escrito de conclusiones del demandado, nueva acta de presencia de 19-2-2016 pues debió presentarse antes de la vista y del mismo trámite de conclusiones, para su valoración en esta fase procesal. Lo mismo sucede con el documento 2, irrelevante, por otro lado, al no afectar al objeto del pleito, la resolución y liquidación de la obra, sin perjuicio de las actuaciones que procedan en el periodo de garantía.

SEGUNDO.- El actor dirige su demanda y pretensión frente a la otra parte en el contrato administrativo, el Consorcio, sin que haya pretensión alguna frente a otros interesados, lo que impide cualquier pronunciamiento al respecto. Y, menos aún sobre actos diferentes en virtud de relaciones interadministrativas distintas a la que es objeto de este pleito, un contrato entre la actora y el Consorcio. El objeto del proceso se determina por la causa petendi y el petitum. Éste, se circunscribe a una pretensión de resolución de un contrato celebrado solo entre estas dos partes y el abono de cantidades, solo, por el Consorcio, con fundamento (causa petendi) en el incumplimiento contractual. Y para resolver esta cuestión, son ociosas diversas consideraciones sobre si el convenio de financiación con el Gobierno forma parte o no del pliego, por cuanto lo que se pretende es resolver el contrato y liquidar la obra realmente ejecutada. Tampoco cabe pronunciamiento alguno, en virtud el principio de congruencia, respecto a responsabilidades solidarias o subsidiarias ni pronunciamientos de condena respecto de sujetos frente a los que nos e dirige tal pretensión. Esta delimitación lleva a analizar si es o no posible entrar en el fondo del asunto, cuestión suscitada de oficio por este Tribunal una vez declaro el pleito visto para sentencia, a consecuencia de la existencia de un acto expreso posterior que declaraba la resolución del contrato, sin invocar causa ni resolver sobre la liquidación y que fue objeto de otro proceso ante el Juzgado nº 2 que es objeto de recurso de apelación. Se pone de manifiesto por las partes, especialmente en conclusiones finales, que el Consorcio ha dictado Resolución de 11-3-2015, en la que, entre otras cosas, da por resuelto el contrato de concesión de obra pública para la

construcción, conservación y explotación de instalaciones de uso deportivo en Colindres, Marina de Cudeyo, Ribamontán al Mar y Val de San Vicente formalizado el 8-10-2010 a la vista de la solicitud del actor en la demanda ante el Juzgado nº 1 (éste y en este pleito) y las actas de comprobación de 23, 25 y 27 de febrero de 2015 en las que ambas partes manifiestan que la entidad actora no explotará las piscinas.

Es decir, existe un acto expreso posterior que decide la cuestión primera de este pleito, la resolución el contrato de la que depende, la segunda, la liquidación procedente. Ante la tesitura de que la administración pueda dictar nuevos actos administrativos, una vez planteado el pleito, los arts. 34 y 36 LJ, permiten al actor solicitar la ampliación del recurso a ese nuevo acto, especialmente, cuando es el acto expreso extemporáneo que la administración tiene el deber de dictar conforme a los arts. 42 y 43.4 LRJAP. Sin embargo, en este caso, no ha sido así, pues no se ha pedido esa ampliación. Al contrario, se ha formulado recurso ante otro juzgado, el nº 2 que, además, ya ha terminado por sentencia de fecha 14-6-2016 que confirma el acto y que ha sido apelada.

No obstante, en ese otro pleito se ha discutido si el acto expreso posterior es o no el acto extemporáneo del mismo procedimiento, quedando, por ello, pendiente de resolución ante la Sala, esa cuestión, lo que determinará que se declare o no caducado.

Ni la parte actora ni la demandada entienden que haya litispendencia, ni exactamente satisfacción extraprocesal respecto de la pretensión de resolver (a pesar de estar todas conformes) ya que en el acto expreso posterior se estaría resolviendo algo no discutido, la resolución dejando al margen la causa y el importe de la liquidación, que queda sin resolver a la espera del pleito. Es el ayuntamiento de Torrelavega quien sostiene la causa de inadmisibilidad por litispendencia, al entender que ambos pleitos versan sobre lo mismo, la resolución, de domo que existe triple identidad determinante de litispendencia.

Sin perjuicio de las dudas que suscita la forma de proceder del Consorcio y del demandante este juzgador entrará en el fondo del asunto, al no acreditarse debidamente la excepción. Y ello, porque de la lectura del acto expreso presentado y las alegaciones de las partes, parece más bien una resolución sobre una postura procesal (satisfacción parcial) que sobre el expediente. Es decir, claramente la administración demandada no decide lo pedido por el actor, que se resuelva el contrato y se liquide sino que parece querer dar satisfacción a la parte actora en cuanto a la resolución contractual como fundamento de algo distinto, la toma de posesión del bien y el levantamiento de las actas. Y ello porque, expresamente deja pendiente de lo que se resuelva en el pleito, precisamente lo que era objeto del expediente administrativo, la causa y la liquidación. Es por ello que no se acredita la identidad total de objeto, sin perjuicio de que sí se valorará la manifestación en el acto expreso y en este pleito sobre la resolución y su causa.

TERCERO.- Desde la perspectiva jurídica, en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato suscrito, estaríamos ante un contrato administrativo de concesión de obra pública cuyo régimen jurídico aplicable sería el previsto en la Ley 30/2007 CSP por ser de fecha posterior al 30-4-2008 (DF 12ª y DT 1ª la LCSP 30/2007 y RDLeg 3/2011 que lo deroga, DT 1ª), en su redacción vigente a la fecha de la adjudicación del contrato, 2-6-

2010, en los arts. 5, 7, 18, 19, 25, 74 y ss, 192 a 201, 204 a 208 y 223 a 250. Estas disposiciones se completan, en cuanto sea de aplicación, por el RD 1098/2001 de 12 de octubre arts. 109 y ss. Igualmente, debe acudir a los propios pliegos de condiciones del contrato en atención a las estipulaciones pactadas.

Ninguna de las partes ha puesto en duda la condición de este contrato como administrativa en los términos del art. 19 RDLegis 3/2011, lo cual, se indica, no tanto por la tipología del contrato, de concesión de obra pública, como por la naturaleza del ente contratante, un consorcio constituido por Ayuntamientos sujeto a la legislación local, esto es, un ente del art. 3.1.e) RDLegis 3/2011. Esto se señala por cuanto, y según el art. 19, solo son administrativos los contratos celebrados por las "administraciones públicas" concepto que define el art. 3.2 y que no incluye a todos los poderes adjudicadores del sector público (condición que sin duda tiene el consorcio) y no todas las materias sobre contratos privados se atribuyen a la jurisdicción contenciosa (art. 21, norma que, por ser procesal y no sustantiva, rige en el momento de su aplicación), sentado que este pleito no versa sobre preparación y adjudicación sino sobre cumplimiento y extinción. Pero como se dice, todas las partes parecen estar conformes en esa condición del consorcio como administración pública del art. 3.2, en su letra e), pues las otras posibilidades no son aplicables.

La primera pretensión deducida es la resolución del contrato, la cual no es discutida. Es más, respecto de este punto ya hay un acto expreso de la entidad demandada que reconoce esa resolución, sin entrar en la causa, admitiendo ese efecto conforme, precisamente a la demanda deducida en este pleito. Es decir, hay un reconocimiento de tal situación por la demandada que también resulta de su contestación.

Ciertamente, existe una discusión, si bien poco clara, en relación a la causa. Y ello, por cuanto el actor no deja claro en sus alegaciones qué supuesto normativo concreto pretende amparar su pretensión, sin perjuicio de alegar que es causa imputable a la administración. Desde luego, rechaza toda causa de mutuo acuerdo y en ninguna forma se sostiene por la administración una causa de resolución por incumplimiento del contratista, no acreditada.

Efectivamente, el actor, tanto en la demanda como en vía administrativa cita o transcribe varios preceptos, pero sí pretende la indemnización del 3% ligada a una causa muy concreta. Y alude incluso al impago del precio. Sin embargo, respecto de esta causa, ni cita ni desarrolla el por qué de la demora, no constando retraso determinante de resolución en el pago de las anualidades pactadas, sin perjuicio, de la cantidad aquí debatida consecuencia de la resolución.

Lo que consta es que el contrato ya no va a ejecutarse, algo que nadie duda, por cuanto no va a desarrollarse la piscina prevista en Marina de Cudeyo y no existe financiación para la explotación de las piscinas existentes. El actor alude a al art. 245 f), 206 y efectos del art. 208.5, que se refiere expresamente a la letra g) del art. 206 LCSP. El Consorcio entiende que concurre la causa de la letra i) art. 269 TRLCSP, inaplicable *ratione temporis*.

El art. 206 g) regula como causa de resolución general el "g) *La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la*

prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I."

Y la letra h) se remite a las pactadas en contrato.

Como causas específicas el art. 245 i) establece "*i) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*"

En este caso, se une por un lado la pasividad del ayuntamiento de Marina de Cudeyo en la adopción de acuerdos para la construcción y la definitiva decisión de no ejecutarla, junto a la carencia de financiación para la explotación posterior. Es decir, el contrato no va a poder ejecutarse y ello no es un retraso o demora en cumplimiento de plazos, sino una imposibilidad definitiva de ahí que concurre la causa del art. 206 g) y 245 i) LCSP.

CUARTO.- En cuanto a los efectos, de esa resolución que debe declararse el art. 247 dispone que "*1. En los supuestos de resolución, la Administración 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 obra objeto 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.*

2. En el supuesto del párrafo f) del art. 245, el concesionario podrá optar por la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el apartado siguiente, o por exigir el abono del interés legal de las cantidades debidas o los valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación o entrega de los bienes pactados.

3. En los supuestos de los párrafos g), h), e i) del art. 245, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. 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, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.

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

5. El órgano de contratación podrá acordar también la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias. El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de

contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

6. Cuando el contrato se resuelva por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas."

El art. 208 señala que "2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. 5. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del art. 206, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista."

En este caso, como centro de todo el debate, se solicitan una serie de partidas de las cuales, algunas son discutidas y otras aceptadas. Además, deberán computarse los pagos tardíos efectuados durante este pleito y alegados en conclusiones. Estos pagos no afectan a la litispendencia ni a la parte declarativa del fallo, referida al importe a liquidar pero sí producirían extinción parcial de esa deuda que se declare.

El actor, en su suplico solicita que se condene al demandado a pagar diversas cantidades: 5708652,17 euros por obra ejecutada y certificada; 170691,65 euros de lucro cesante por la no ejecución de la piscina de Marina de Cudeyo y su no explotación; 78581,05 euros calculados en base al 3% de la prestación dejada de ejecutar en Marina de Cudeyo; 103343,63 euros de gastos de mantenimiento de las instalaciones; 31634 euros de lucro cesante; devolución de fianzas e intereses, autorizándose la cancelación del aval de 663455,51 euros con reintegro de cuotas desde la fecha de solicitud de la resolución en vía administrativa.

El Consorcio, en su contestación comienza diciendo que a la deuda que, al menos en parte reconoce, debe imputarse el pago de 802113 euros efectuado el 14-9-2012. Si bien estos gastos, de forma individualizada pueden servir para justificar gastos de explotación, sin embargo forman parte de la inversión total incluida en la oferta inicial. Una cosa es la justificación que el Consorcio diera de cara a la subvención y otra la regulación del contrato donde la cláusula V claramente establece que la retribución al concesionario por la explotación del servicio solo proceden iniciada esa explotación, lo que aquí no aconteció, de modo que deben imputarse a las inversiones. A continuación establece un cuadro de imputación proporcional.

Sentado esto y, respecto de la primera partida, por obra certificada y ejecutada, en la contestación señala que, de ese importe, a la vista del Estudio de viabilidad deben excluirse el importe de las licencias según la cláusula 2ª y al resultado, se incrementa la parte proporcional en relación al pago de los 802113 euros y después minorar la cuantía que figura en el Estudio de Viabilidad como gastos intercalarios y comisiones, si bien habrá que recalcularlos. Es por ello que reconoce 5202750 euros que deberá incrementarse en el IVA y recálculo de esos gastos. Posteriormente, y a la vista de las actas Notariales de comprobación y recepción aportadas y ausencia de equipos de inversión, lo cuantifica en 5018605,82 euros, que reconoce.

Respecto de la segunda partida de 170691,65 euros, de los cuales 141445,9 euros son por tasas y licencias por la instalación de Marina de Cudeyo y 29245,75 de gastos de implantación de obra y mantenimiento. El

demandado se opone alegando que el importe por tasas y licencia ya fue satisfecho en los 802113 euros y el resto carece de justificación, sin perjuicio de no proceder conforme al art. 223 g) TRLCSP pues el derecho de indemnización es al 3% conforme al art. 225.5. El actor reconoce la improcedencia del importe por licencia pero mantiene los 29245,75 euros.

El tercer concepto, 78581,05 euros calculados en base al 3% de la prestación dejada de ejecutar en Marina de Cudeyo se aceptan.

La cuarta, 103343,63 euros de gastos de mantenimiento de las instalaciones se rechazan por falta de prueba.

La quinta, 31634 euros de lucro cesante, se aceptan.

Y, finalmente, devolución de fianzas e intereses, autorizándose la cancelación del aval de 663455,51 euros con reintegro de cuotas desde la fecha de solicitud de la resolución en vía administrativa, se rechazan por no ser conformes con las cláusulas 31 y 32 del Pliego.

Esto significa que nos e discuten los 78581,05 euros calculados en base al 3%, los 31634 euros de lucro cesante y nos e reclaman los 141445,9 euros son por tasas y licencias por la instalación de Marina de Cudeyo.

QUINTO.- Dicho esto, la primera partida es la referida a la obra realmente ejecutada pendiente de abonar. Como se ha dicho, no se discute la realidad de esa obra ni la procedencia de una deuda. Además, ya han sido levantadas las actas de comprobación y recepción.

Estas actas han sido valoradas por el perito en su informe, así como los certificados de fin de obra. El perito (arquitecto) concluye que las obras están terminadas de conformidad proyecto, manifestando en el juicio que no existen obstáculos a la recepción ni incumplimientos graves que impidan la recepción y funcionamiento de las instalaciones, sin perjuicios de algunos problemas puntuales como una pequeña gotera. Y da por buenas las certificaciones emitidas y los importes facturados. Esta pericial técnica no está desvirtuada por otra en contrario ni caben opiniones subjetivas, no acompañadas de acreditación, sobre un estado distinto. El problema se suscita con la imputación que se pretende, a tal importe, de los 802113 euros efectuado el 14-9-2012.

Esta cuestión, de la naturaleza del pago e importes pendientes por la obra ejecutada, es objeto de otra pericial, contable, que también ha valorado la nueva documentación aportada. Se trata del problema de la imputación de ese importe y el perito ya adelanta que ello comporta un problema de interpretación jurídica y no contable. Lo que hace es un cálculo, con las dos alternativas contables propuestas, según se repercutan o no.

Para el cálculo de los importes, en cualquier caso, se parte de la cifra de obra por contrata del Estudio de Viabilidad que coincide con la certificación final de obra de 10135764,01 euros al que, también, en todo caso, se descuentan las cantidades ya pagadas por las anualidades, de 4427111,84 euros, cantidad que coincide con al del actor. No obstante, de la cifra de partida inicial, el consorcio descuenta la dotación no entregada respecto de la prevista en el Plan de Viabilidad a la vista de las actas de comprobación. Tras su análisis y dejando pendiente la decisión, no contable sobre la deducción, considera, aún así, que el cálculo del Consorcio es erróneo, por incurrir en error de concepto y otro material, de modo que, aún aplicando ese importe, la deuda pendiente es de 5699207,04 euros.

Pus bien, el argumento del Consorcio consiste en que si bien la factura se abonó por gastos de gestión, contractualmente, eran gastos de inversión.

Es más, los gastos de gestión aún no podían abonarse. Sin embargo, lo que realmente se pretende es desimputar un pago ya efectuado, en acto administrativo previo, para realizar, ahora, a la vista de una reclamación, una nueva imputación. Y esto, no es posible, sin perjuicio de que se entienda que proceden devoluciones por pagos indebidos. La cantidad, sin género de dudas, se abonó en su momento como gasto de explotación, por unos conceptos que no son los reclamados ahora en la factura por gastos de ejecución. Es por ello que debe estimarse la cantidad del actor que, según el perito, es correcta de 5708652,17 euros. Ello por cuanto además, la cifra de partida es la facturada, por el concepto de obra realmente ejecutada y entregada.

Respecto a los 29245,75 el perito concluye que carecen de soporte justificativo, al basarse en un documento unilateral. Este documento ha sido impugnado en cuanto a sus efectos probatorios, al no aceptarse esa justificación por los demandados. Sin perjuicio de que el concepto pudiera proceder, su importe no se prueba documentalmente. La pericial judicial es una prueba que tiene por objeto aportar conocimientos técnicos, no jurídicos, de los que carece el Juez pero no es una vía para aportar documentos no obrantes, cuyo cauce, como medio de prueba distinto, es el procesalmente previsto, arts. 265 y ss LEC. A estos efectos, un Libro contable solo hace prueba de un apunte, de una cuenta, pero no de la realidad del concepto contabilizado, que es a lo que se refiere el perito con documentos de gasto, como facturas, certificaciones, documentos de pago, etc.

Y respecto del gasto por mantenimiento de las instalaciones sucede lo mismo. La carga de la prueba de ese concepto corresponde al actor que además, tiene a su disposición los documentos que objetivamente acreditan tales conceptos. La principal objeción del perito no es tanto su realidad como que no se incluyen en otros conceptos ya reclamados, sin perjuicio de que la realidad de su importe no se deduce de apuntes contables que se puedan efectuar. Sencillamente, las facturas de gas o consumos evitarían la controversia. La falta de prueba debe soportarla la parte que tiene la carga conforme al art. 217 LEC.

Finalmente, se discute sobre intereses y devolución de aval. Respecto de los intereses ni se concreta su naturaleza ni su sentido, siendo carga de la parte el solicitar al tribunal lo que estime oportuno y justificarlo. No se sabe qué interés se pide, ni desde cuando ni hasta cuándo ni de qué cantidades ni con qué fundamento. Respecto del aval, su cancelación no es posible hasta que no se supere el plazo de garantía conforme a las cláusulas 31 y 32 del pliego. La pericial judicial sí pone de relieve algún desperfecto, como goteras, que deberían atenderse en el periodo de garantía y no se hace argumento alguno desde la perspectiva jurídica que justifique esa devolución a la vista de las cláusulas del contrato invocadas.

En definitiva, la cantidad que procede reconocer asciende a 5818867,22 euros. No obstante, se ha producido un pago posterior acreditado documentalmente. Facturas 1 y 3/2016. Ahora bien, del importe aprobado, no todo se ha destinado a satisfacer esta deuda con el actor, pues si bien es cierto que al parecer tales cifras proceden de una nueva subvención para pagar la deuda, el Consorcio opta por no destinar íntegramente su importe a ese abono, usando parte para pagar los gastos procesales (que no costas) de sus abogados y procuradores. Esta parte, no entregada al

actor, claramente no extingue la deuda con él. La reducción por tanto asciende a 35211817,1 euros.

Es por ello que la cantidad pendiente asciende a 2297050,12 euros.

SEXTO.- De conformidad con el art. 139 LJ, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda presentada por el Procurador Sr. Calvo Gómez, en nombre y representación de la entidad GESTIÓN DE PISCINAS SA contra la Resolución del CONSORCIO DE INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS DE CANTABRIA que desestima por silencio administrativo la solicitud de resolución y liquidación del contrato administrativo de concesión de obra pública presentada en fecha 7-10-2013y, en consecuencia, **SE ANULA** la misma; **SE DECLARA** la resolución del contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de instalaciones de uso deportivo en Colindres, Marina de Cudeyo, Ribamontán al Mar y Val de San Vicente formalizado el 8-10-2010; **SE DECLARA** el derecho del actor a ser indemnizado en la cantidad de 5818867,22 euros, de lo cuales 5708652,17 euros lo son en concepto de obra ejecutada y certificada, 78581,05 euros, por el 3% de prestación dejada de percibir, y 31634 de lucro cesante, deuda que se ha extinguido en el importe de 2297050,12 euros; y **SE CONDENAN** al CONSORCIO DE INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS DE CANTABRIA a pagar al actor la cantidad de 2297050,12 euros .

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución al interesado, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, mediante escrito razonado que deberá contener las razones en que se fundamente, y que deberá presentarse ante este Juzgado, en el plazo de quince días, a contar desde el siguiente a su notificación. Para la interposición de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.