



Roj: **STSJ CV 2020/2019 - ECLI:ES:TSJCV:2019:2020**

Id Cendoj: **46250330052019100248**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **03/04/2019**

Nº de Recurso: **528/2016**

Nº de Resolución: **268/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 2020/2019,**  
**AATSJ CV 103/2019**

### **Apelación 528/2016**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA**

**COMUNITAT VALENCIANA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

En la ciudad de Valencia, a 3 de abril de de 2019.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. D. D. FERNANDO NIETO MARTÍN, presidente, D. JOSÉ BELLMONT MORA, D<sup>a</sup> ROSARIO VIDAL MÁS, D. EDILBERTO NARBON LAINEZ Y D. MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ BERMEJO, Magistrados, han pronunciado la siguiente:

### **S E N T E N C I A NÚMERO 268/2019**

En el recurso de apelación número 528/2016.

Es parte apelante Ute Cespa Gestión de Residuos S.A.U. Enrique Ortiz e Hijos Contratista de Obras S.A., representado por el Procurador D. Fernando Fernández Arroyo y asistido del letrado D. Ernesto García Trevijano Garnica.

Es parte apelada Excmo. Ayuntamiento de Granja de Rocamora, representado por el Procurador D. José Luis Córdoba Almela, defendido por el letrado D. José Antonio Córdoba-Pérez Sarmiento, Excmo Ayuntamiento de Cox, representado por la Procuradora Dña. Silvia Pastor Berenguer, asistido del letrado D. José Antonio Córdoba-Pérez Sarmiento, el Ayuntamiento de Albufera, representado por la Procuradora Dña Esperanza De Oca Ros, defendido por el letrado D. Carlos Primo Gimenez y la Excmo. Diputación Provincial de Alicante, defendida y representada por los Servicios Jurídicos de dicha Institución.

Constituye el objeto del recurso la sentencia nº 193/2016, de 24 de mayo, dictada en el Procedimiento Ordinario n.º 97/2015, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Alicante . Esta resolución judicial ha desestimado la pretensión de invalidez jurídica en materia de contratación administrativa.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ BERMEJO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- La **sentencia**, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de los de Alicante, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario con el nº 97/2015, y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

*"Se acuerda: " Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Ute Cespa Gestión de Residuos SAU Enrique Ortiz e Hijos Contratista de obras S.A. frente a la resolución referida en el encabezamiento de la presente resolución, acto administrativo que se considera ajustado a derecho, sin imposición de las costas procesales a la parte actora."*

**SEGUNDO** .- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

Se señaló para la votación y fallo del recurso el día 18 de septiembre de 2018. Sin embargo teniendo conocimiento la Sala de los recursos 154/2015 y 134/2015 ante la Sección 1ª de esta Sala que tienen por objeto la impugnación de la modificación del planeamiento urbanístico de los Ayuntamientos de Cox y Albuera se acordó la incorporación a los autos de los testimonios de las sentencias dictadas. Un vez recaídas las meritadas sentencias se dio traslado de las mismas a las partes intervinientes, conforme a lo acordado en proveído de 17-10-2018. Se presentaron los pertinentes escritos de alegaciones sobre las mismas, efectuándose nuevo señalamiento para el 2 de abril de 2019, quedando los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se apela la sentencia referenciada en el antecedente de hecho primero de la presente resolución por la que se acuerda: *" Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Ute Cespa Gestión de Residuos SAU Enrique Ortiz e Hijos Contratista de obras S.A. frente a la resolución referida en el encabezamiento de la presente resolución, acto administrativo que se considera ajustado a derecho, sin imposición de las costas procesales a la parte actora."*

En la resolución recurrida, que es el acuerdo de 21-1-2015 por el que se resuelve el contrato de concesión de la Obra Pública del Proyecto de Gestión de Residuos urbanos del a Zona XVII de la Comunidad Valenciana por incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones asumidas en el contrato, en concreto, la Administración refiere a que el contratista incurre en la causa de resolución prevista en la cláusula 17.1 e) del PCAP, consistente en la falta de cumplimiento de la obligación del concesionario de construir y explotar la obra pública con arreglo a lo dispuesto en el contrato. Dicho contrato se dividía en dos prestaciones distintas, de una parte, construir en el término municipal de Cox las instalaciones para la puesta en funcionamiento de una solución transitoria y, de otra, construir en el término de Albuera las instalaciones definitivas.

Pues bien, la sentencia centra el incumplimiento imputable al contratista, causa de la resolución del contrato, en la tardanza por parte de la recurrente en la puesta en marcha de la solución transitoria consistente en la construcción que se proyectaba llevar a cabo en el término municipal de Cox, que debería ser de seis meses a partir de la firma del contrato realizada el 10-6-2013. Ante la carencia de infraestructuras de valorización y eliminación de residuos en la Zona se imponía una solución transitoria dentro del plazo estipulado contractualmente. No se construyó en el plazo indicado. La concesionaria, consciente de las dificultades de cumplir con esos plazos, mediante escrito de fecha 29-10-2013 propuso ejecutar la solución transitoria de manera parcial, debido a la modificación del planeamiento urbanístico que imposibilitaba adquirir el terreno propuesto en su día en la solución base, ya en el año 2007. La apelada considera que la parte demandante debió presentar la propuesta que hace el 29-10-2013 tras la firma del contrato y que en la proposición que realizó el 20 de marzo de 2007, ya se proponía en su proyecto de gestión la instalación de una estación de transferencia transitoria en el término municipal de Cox. Tuvo tiempo para determinar si estaba en condiciones de ejecutar las disposiciones contenidas en los pliegos, bases y demás documentación que integraba el procedimiento administrativo que nos ocupa, incluso a partir del junio de junio pudo buscar salidas para la ejecución de la solución transitoria. Si no se pone en funcionamiento la solución transitoria tampoco se podrá implementar a definitiva, una vez ejecutadas las obras y demás actuaciones necesarias para ello.

El recurso interpuesto por la concesionaria de las obras se fundamenta en la siguiente motivación:

1º Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia: a) En la sentencia se admite que no era necesario disponer de los terrenos pero, por otro lado, se concluye que la UTE debía haberse asegurado si podía disponer de los terrenos antes de formalizar el contrato; a) también se acepta que el contratista podía exigir de la Administración que hiciese uso de la facultad expropiatoria. Se expone que de los razonamientos de la sentencia se desprende que la UTE debió prever que el Ayuntamiento de Cox



(miembro del Consorcio) iba a realizar una modificación del planeamiento urbanístico para impedir de forma expresa la implantación de la ejecución transitoria, sobre todo cuando en el propio PCAP se estableció como criterio de puntuación y valoración el consenso con los Ayuntamientos afectados; b) la sentencia recurrida concluye sin justificación de ningún tipo que si se pone en funcionamiento la solución transitoria no se podrá implementar la definitiva ya que se trata de obras distintas en terrenos y municipios diferentes.

2º Error en la valoración de la prueba practicada. Se señala que desde el 5-12-2012 se realizaron actuaciones con el fin de cerciorarse que se podían disponer de los terrenos apropiados que no culminaron debido a las presiones y recomendaciones del propio Ayuntamiento de Cox y oposición vecinal. Después del 10 de junio de 2013 la recurrente insta del consorcio una serie de actuaciones que afectaban a la solución transitoria, se aporta documentación para el inicio de la solución transitoria, se promueve la adopción de medidas urgentes para garantizar la puesta en marcha del proyecto que no culmina por las actuaciones del Ayuntamiento de Cox dirigidas a la modificación del planeamiento urbanístico que impidiese la implantación de cualquier actividad relacionada con la ejecución del contrato. Por eso el Ayuntamiento comunica con fecha 18-6-2013 la incompatibilidad de la actividad de la planta de transferencia con el planeamiento urbanístico. Se deja constancia de distintas actuaciones denunciando la ilegalidad de la modificación urbanística operada. Se intentó buscar una solución alternativa, y la suspensión de los plazos de ejecución de las obras. Se urgió de la Administración Autonómica la expropiación urgente de los terrenos necesarios para la construcción de las instalaciones de Cox. Se aduce que se cumplió con los plazos contemplados en la documentación contractual como ocurre con el Plan de trabajo que se presentó el 29-10-2013. Se subraya que la Presidenta del Consorcio reconoció que no hubo retraso en la implantación de la solución transitoria.

3º La sentencia recurrida infringe la regulación contenida en la legislación aplicable en relación con la ejecución del contrato. Con anterioridad a 10-6-2013 no se le podía exigir a la UTE la realización de actuación alguna encaminada a ejecutar la solución transitoria de acuerdo con lo previsto en el art. 54.4 del TRLCAP en cuanto a disponibilidad de terrenos o exigencia de instar un procedimiento expropiatorio.

4º La resolución apelada supone una vulneración frontal del art. 1.184 y concordantes del Código Civil . Se ha producido una imposibilidad sobrevenida de implementar la solución transitoria en el plazo previsto en el contrato no imputable a la actora como consecuencia de la modificación de los instrumentos de planeamiento que impedían la construcción de las instalaciones proyectadas en el contrato precisamente en los terrenos de los Ayuntamientos donde estaba prevista dicha implantación.

5º Sobre la infracción de la jurisprudencia relacionada con la incautación de la garantía. Se afirma que la contratista ha hecho todo lo posible para llevar a cabo la ejecución del contrato lo que no se ha conseguido por causas ajenas a su voluntad, lo que debe llevar inherente la devolución de la fianza depositada.

Termina suplicando la estimación del recurso declarando contrario a derecho y dejando sin efecto el acuerdo de la Junta de Gobierno del Consorcio celebrada el 21-1-2015 por el que se acuerda resolver el contrato formalizado el 10-6-2013 por causa imputable al contratista e incautar la garantía definitiva correspondiente a la fase de construcción depositada por la UTE por importe de 1.982.977,91 euros con el consiguiente mantenimiento de la vigencia del contrato. Subsidiariamente, y para el caso de que se apreciase que existe causa de resolución imputable al contratista se solicita se anule el punto segundo del acuerdo de la Junta de Gobierno del Consorcio de 21 de enero de 2015 y, en consecuencia, se deje sin efecto la incautación de la garantía definitiva de 1.982.977,91 euros.

En la impugnación del recurso de apelación presentado se alega por parte de los Ayuntamientos de Cox, Albuera y Granja de Rocamora que la sociedad apelante firmó el contrato administrativamente resuelto sabiendo que no iba a poder llevar a cabo ni la solución transitoria, ni la definitiva en cuanto a la adquisición de los terrenos necesarios ni el municipio de Cox ni en el de Albuera. Se muestran conformes con el contenido y fallo de la sentencia apelada, entendiéndolo que su motivación es del todo punto acertada, y negando que se haya incurrido en error en la valoración de la prueba practicada. Se rechaza que haya existido infracción de la legislación de Contratos del Estado, atribuyéndosele negligencia e imprudencia grave a la UTE. Finalmente, se sostiene que la incautación de la garantía prestada es correcta, y que la UTE debía conocer que tenía la disposición de los terrenos donde llevar a cabo la instalación de las plantas transitorias y definitivas de residuos en Cox y Albuera, compromiso incumplido y que la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, conociendo la situación social de los ciudadanos y la sensibilidad que se tenía frente a este tipo de instalaciones, debiendo haber valorado las posibles contingencias y problemas que se podían tener a la hora de ejecutar el contrato.

Por su parte la Excm. Diputación Provincial de Alicante en su oposición al recurso aduce que hubo incumplimiento culpable por parte del contratista que justifica la resolución del contrato firmado por no realizarse las obras previstas en el emplazamiento territorial del municipio de Cox. Si no se aportan los



terrenos de la solución definitiva por la que se obtuvieron 5 puntos, ni procede puntuarles con 20 puntos por la solución transitoria, su solución base no hubiera sido la más puntuada, incluso ninguna de sus tres opciones porque en todas ellas se hizo la misma oferta respecto a los cánones de la solución transitoria. Entiende que ya no le interesa mantener este contrato con pérdidas y pese a ello no ha querido instar su resolución. Se incumplieron los plazos pactados. Invoca el principio de riesgo y ventura que preside la ejecución del contrato firmado. Se afirma que el contratista según la oferta presentada y respecto del Ayuntamiento de Cox se comprometía a obtener mediante arrendamiento la disponibilidad de unos terrenos situados en el polígono de virgen del Carmen con un coste de 92.682,24 euros, disponiendo de 6 meses desde la formalización del contrato para que la solución transitoria se ponga en funcionamiento. Además se obligó a obtener las licencias urbanísticas precisas para realizar las obras necesarias en dichos términos municipales. En cuanto al ejercicio de la potestad expropiatoria se sostiene que la adquisición de tales terrenos mediante el ejercicio de dicha potestad produce un efecto equivalente a cambiar el baremo después de elegido el ganador del concurso y una vez que el contrato está ya en fase de cumplimiento. También se subraya que la disponibilidad de terrenos por parte del contratista constituye el presupuesto imprescindible para que le afecte el expediente de modificación del Plan General en trámite. Se considera que se crea una fase provisional con el fin de eludir el cumplimiento de la llamada solución transitoria. Se afirma que si el litigio es la trasposición al campo procesal de la dialéctica para analizar y resolver un problema debe entenderse que la conducta de la UTE en poco o en nada resulta compatible con la actitud razonable y cooperativa que debiera ser la regla para el buen fin del debate. Finalmente entiende que sí procede la incautación de la fianza depositada, refiriéndose también a las opciones de compra en Albufera y arrendamientos en Cox de acuerdo con los informes de los peritos Sres. Ismael y Joaquín .

**SEGUNDO :** Con el fin de centrar nuestra atención sobre la cuestión que se debe resolver en el presente recurso de apelación debemos destacar que el contrato de concesión de obra pública adjudicado a la parte apelante comprendía dos prestaciones: se bifurcaba en dos obligaciones distintas e independientes, de una parte, levantar en el término municipal de Cox las instalaciones para la puesta en funcionamiento de una solución transitoria y, de otra, construir en el término de Albufera las instalaciones definitivas. Pues bien, de las dos tan solo se analiza en la apelada una de ellas, que es la primera, para concluir en que la declaración y decisión de resolver el contrato en su conjunto se debe al incumplimiento de la obligación del concesionario de construir en el término municipal de Cox las instalaciones para la puesta en funcionamiento de una solución transitoria de la obra consistente en el Proyecto de Gestión de Residuos urbanos de la Zona XVII de la Comunidad Valenciana.

El incumplimiento que se le atribuye consiste precisamente en la tardanza en la puesta en marcha de dicha solución transitoria consistente en la construcción que se debería llevar a cabo en el término municipal de Cox, que debería ser de seis meses a partir de la firma del contrato realizada el 10-6-2013. Ante la carencia de infraestructuras de valorización y eliminación de residuos en la Zona se imponía una solución transitoria dentro del plazo estipulado contractualmente. No se construyó en el plazo indicado. Se subraya en la sentencia apelada que la concesionaria, consciente de las dificultades de cumplir con esos plazos, mediante escrito de fecha 29-10-2013 propuso ejecutar la solución transitoria de manera parcial, debido, en concreto, a la modificación del planeamiento urbanístico del municipio de Cox, que imposibilitaba adquirir el terreno propuesto en su día en la solución base en el año 2007. Según la sentencia apelada la parte demandante debió presentar la propuesta que hace el 29-10-2013 tras la firma del contrato y que en la proposición que hizo el 20 de marzo de 2007 ya se ofrecía en su proyecto de gestión la instalación de una estación de transferencia transitoria en el término municipal de Cox. Ya sea desde el mes de diciembre de 2012 cuando la concesionaria presentó declaración de voluntad favorable al Consorcio para la ejecución de las previsiones del Plan Zonal para recibir la ejecución del contrato que nos ocupa en la solución base de su proposición ya mencionada de 20-3-2007, o incluso desde la firma del contrato el 10-6-2013, tuvo tiempo para determinar si estaba en condiciones de ejecutar las disposiciones contenidas en los pliegos, bases y demás documentación que integraba el procedimiento administrativo que nos ocupa, en cuanto a la disponibilidad de los terrenos que le permitiesen ejecutar la solución transitoria. Y se concluye el razonamiento de la apelada afirmando que si no se pone en funcionamiento la solución transitoria tampoco se podrá implementar a definitiva, una vez ejecutadas las obras y demás actuaciones necesarias para ello.

Antes que nada conviene aclarar que tratándose de prestaciones diferentes del contrato el incumplimiento de la obligación de construir las instalaciones transitorias o provisionales de Cox nada tiene que ver con la solución definitiva o instalaciones en Albufera. No existe razonamiento lógico en la sentencia apelada la conexión que existía entre una y otra clase de instalaciones. Sin esa explicación la conclusión carece de racionalidad y apoyo lógico. En principio, no se ha tenido en cuenta en la apelada que se trata de instalaciones y soluciones diferentes en terrenos y municipios distintos. Cada prestación estaba sujeta a condiciones y plazos de realización distintos con dificultades diferenciadas de ejecución. En la apelada solo se analiza como causa de resolución del contrato el incumplimiento del plazo de seis meses para llevar a cabo las instalaciones



transitorias en el municipio de Cox pero el argumento de que la no realización de las instalaciones provisionales en Cox comportaba que no se pudiera cumplir con las obligaciones respecto de las instalaciones definitivas Albatera están carente y huérfano del menor discurso explicativo que nos permita comprender porqué se llega a esa conclusión cuando hemos visto que se trata de instalaciones que obedecen y cumplen finalidades distintas en ubicaciones y lugares muy diversos. Tal y como se indica en el informe del Sr. Luis la solución transitoria de Cox constituye una prestación autónoma respecto de la obligación principal de construir en Albatera. Esa posibilidad de combinar en un mismo contrato distintas prestaciones ya estaba concebida en el art. 6 del TRLCAP 2/2000 y en el art. 2 el R..D. 1098/2001, de 12 de octubre . En el meritado se indica que la solución transitoria de Cox suponía una disponibilidad de infraestructuras y compromiso de puesta en marcha de puntos de transferencia dentro de un plazo máximo que no existían en la segunda y definitiva fase del contrato. Prueba de esa autonomía es que la solución transitoria tiene su propio calendario ya que según las bases técnicas de 24-11-2006 finaliza en la fecha de la puesta en marcha de las instalaciones de valorización de residuos que constituye una de las obligaciones principales de la UTE. El calendario de puesta en marcha de la solución transitoria no es rigor un plazo parcial de la obligación principal. Al ser una prestación contractual autónoma estamos ante el incumplimiento del plazo definitivo de una obligación esencial.

Conviene recordar que una planta de transferencia como la de Cox es una instalación donde se hace un acopio temporal muy limitado de los residuos provenientes de los municipios para organizar el transporte en camiones de mayor volumen con destino a las plantas de eliminación y tratamiento de los residuos. No disponer de planta de transferencia no afecta a la gestión de los residuos ni a su tratamiento que se hace en el mismo sitio: instalaciones existentes externas y ajenas al Plan Zonal. En otros términos y buscando un símil, se podría decir que carecer de planta de transferencia solo afecta al modo de organizar el transporte: se realizaría la carga en camiones o medios de transporte de mayor volumen.

En definitiva, y a la vista de los anteriores razonamientos solo debemos contemplar y constreñir el debate suscitado en esta apelación desde la perspectiva de la resolución del contrato concertado por incumplimiento de los plazos señalados para las instalaciones transitorias en el Municipio de Cox y por las causas que en la apelada se expresan, no pudiendo aceptar la discusión centrada en los posibles incumplimientos relativos a las instalaciones definitivas en el municipio de Albatera sobre los que no pivota el acto administrativo de la resolución del contrato adjudicado y acerca de los que la apelada no contiene razonamiento explícito ni examina pruebas, no proporcionando tampoco fundamentos para realizar ese tipo de pronunciamiento.

De acuerdo con estos postulados la Sala no puede entrar a valorar todos los argumentos expuestos y pruebas traídas a colación por las partes apeladas sobre la imposibilidad de cumplimiento del contrato a cargo de la concesionaria por imposibilidad de obtener la disponibilidad de los terrenos con relación a la planta de Albatera- solución definitiva- en cuanto que la resolución del contrato no se produce por ese supuesto incumplimiento sino con relación a las instalaciones transitorias o provisionales de Cox.

**TERCERO:** No aceptamos la censura vertida en la apelación de que la sentencia no esté suficientemente motivada porque sí explica con razonamientos entendibles el hilo argumentativo y la dialéctica empleada con alusión a pruebas y antecedentes necesarios del caso que le llevan a decisión que se adopta. Sin embargo, la Sala aprecia que no se ha valorado con el suficiente detalle y rigor toda la prueba practicada, omitiendo en su examen alguna de ella, lo que le ha impedido, en nuestra opinión, llegar a conclusiones más acertadas y ceñidas a la realidad de los hechos debatidos, apreciando también la Sala contradicciones en sus juicios y exposición, que nos deben llevar a rebatirlos con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva pretendida y buscar una solución al caso lo más ajustada posible a la razón y al derecho.

Resulta curioso que en la sentencia se razone que ninguno de los documentos técnicos de la licitación exigía al concesionario como requisito necesario para la admisión de su oferta disponer de los terrenos en los que tenía que aplicar la solución transitoria, añadiendo que todos los litigantes coinciden en que el pliego no imponía disponer de los terrenos sino que la disponibilidad de los terrenos constituía un criterio. De hecho la oferta presentada por la recurrente obtuvo 5 puntos por tener la disponibilidad de los terrenos. Y en consonancia con esa afirmación se confirma que "...no podemos perder de vista la disponibilidad de los terrenos no era un requisito esencial o elemento sin el cual no se podía obtener la adjudicación de la licitación. Simplemente era uno de los elementos a valorar por la Administración actuante. Así las cosas, el contrato pudo ser adjudicado a una entidad que no hubiese acreditado tener la disponibilidad de los terrenos." A lo anterior conviene aclarar que el mencionado criterio de puntuación solo jugó respecto de los terrenos necesarios para las instalaciones definitivas en Albatera pero no para las transitorias de Cox. Así se reconoce en la cláusula 13 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. Pero a pesar de la lógica de esos razonamientos lo que parece de todo punto contradictorio con dicho raciocinio es que a continuación la propia apelada apremie a la concesionaria a que ya antes de la firma del contrato y a partir de junio de 2012 comprobase si estaba en condiciones de asegurar el cumplimiento del negocio en cuanto a la disponibilidad del suelo necesario donde



implantar las obras o soluciones transitorias de la planta de residuos. A juicio de la Sala, resulta difícil de entender que si para la adjudicación de la concesión, y ni tan siquiera como criterio de valoración o puntuación, era demandable y requerible la disponibilidad de suelo o terreno a través de fórmulas de arrendamiento a las que se refiere la oferta de la UTE, después se le compela al cumplimiento de esa obligación de la que en ningún momento dependió la adjudicación del contrato. Pero es que, además, y como se tratará de demostrar a continuación la UTE concesionaria sí llevo a cabo las actuaciones necesarias para poder disponer de los terrenos donde implementar la solución transitoria que finalmente se frustró por circunstancias imponderables y ajenas a su voluntad.

En el propio dictamen del Sr. Luis se viene a reconocer, página 12, párrafo segundo, que "Ahora bien, en la estricta literalidad del pliego, el adjudicatario de la concesión de la obra pública no está por ello obligado a tener la efectiva disponibilidad de los terrenos cuando después se inicie el cumplimiento del contrato. En consecuencia, de ser aceptable esta argumentación teórica, no cabría incumplimiento contractual achacable a la UTE." Destaquemos que en el caso de la solución transitoria ni tan siquiera se otorgó puntuación alguna por la disponibilidad de los terrenos, lo cual abunda en la conclusión que para la adjudicación del contrato esa disponibilidad resultaba intrascendente. Insistimos en que la valoración o puntuación sí se consideró y tuvo en cuenta para la solución definitiva de Albaterra, la cual no es tomada en cuenta en la apelada para la decisión aprobada de resolución del contrato, referida a las instalaciones transitorias de Cox. Ahora bien, debemos reconocer que después de afirmarse lo anterior en el dictamen tan comentado en su página 24, párrafo segundo se sostiene lo contrario cuando se afirma: "Del pliego de cláusulas administrativas particulares y de las bases técnicas se infiere con razonable claridad que una de las obligaciones básicas de la UTE adjudicataria del contrato es aportar la disponibilidad de esos terrenos sobre los que se asentarán las obras". Ni el propio informe se aclara sobre la obligación que pesaba sobre el concesionario en cuanto a la disponibilidad de los terrenos sobre los que descansaba la obligación de cumplir y ejecutar las obras en los plazos convenidos cuya quiebra determina la resolución y pérdida de la concesión. Tampoco se comprende bien que a pesar de la importancia que para el cumplimiento de las obligaciones del contrato, según la tesis defendida en la apelada, tenía la plena disponibilidad de los terrenos en el caso de la solución transitoria de Cox, que se debía llevar a cabo en un plazo tan perentorio de seis meses, que no se hubiera previsto ni en la oferta ni en los pliegos, o cláusulas del contrato un periodo de duración determinado para la obtención del suelo, con el fin de que el contratista consiguiese la disponibilidad de los terrenos a través de los contratos de arrendamiento prometidos de la manera más inmediata posible, al resultar evidente que esta pronta posesión, sin duda, hubiese facilitado enormemente la ejecución de la obra a tiempo y de manera diligente. Esa falta de previsión abunda, a nuestro juicio, en que el cumplimiento del contrato no podía depender de la disponibilidad de los terrenos.

**CUARTO:** Tampoco es cierto que la adjudicataria de la obra se desentendiera de conseguir la disponibilidad de los terrenos necesarios para poder llevar a cabo las obras de Cox dentro del tiempo estipulado. En la sentencia apelada no se valora la prueba practicada y ofrecida por la actora que acredita tal predisposición. Como documento siete de la demanda se aportaron borradores de contratos de arrendamiento del mes de mayo de 2013 y comunicaciones con propietarios de terrenos y sus abogados y representantes tendentes a demostrar que existía esa disponibilidad de suelo. El testimonio de Dña. Julieta y de D. Plácido también lo atestiguan.

De igual modo existen actuaciones posteriores a la firma del contrato de la propia UTE que aun cuando no obtuvieran éxito nos cercioran de sus esfuerzos en orden a cumplir con las obligaciones del contrato en lo que se refiere a la planta de Cox, que borran la impresión reflejada en los fundamentos de la apelada de un retraso culpable del contratista atribuible a su falta de previsión, abandono, desidia o negligencia. Está el documento nº 9 del escrito de demanda de fecha 1-7-2013 por el que se insta del Consorcio una serie de actuaciones que se refieren a dicha solución transitoria. Existe otro escrito de 9-7-2013- folios 33 y siguientes del complemento del expediente-, dentro del plazo concedido para la presentar la documentación requerida a fin de iniciar la tan repetida solución transitoria, que se refiere al proyecto constructivo y de actividad de la estación, poniendo en conocimiento del Consorcio circunstancia insalvables como la modificación del planeamiento urbanístico de Cox que impedían la obtención de suelo para la planta. También se presentaron alegaciones a la modificación del planeamiento llevado a cabo- folios 5479 y siguientes del expediente administrativo-. Está también el plan de trabajo presentado el 29-10-2013- folios 5543 y siguientes del expediente administrativo- en el que ante la imposibilidad de adquirir los terrenos por causas imputables al Ayuntamiento de Cox se ofrecía una solución transitoria parcial dentro de plazo y de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.1 de la base técnica de la licitación- folio 71 del expediente administrativo- y se instaba la expropiación de los terrenos. Encontramos también el dictamen de la Comisión Técnica del Plan Zonal de Residuos Zona 11 A6, de 16 de diciembre de 2013, donde se propone aprobar el plan de trabajo presentado por la UTE. De igual modo con fecha 28-11-2013 se conmina a la Dirección General de Obras Públicas de la Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana la expropiación urgente de los terrenos suficientes de las instalaciones



de Cox- folios 3 a 22 del complemento de expediente-. En el mismo sentido se solicitó del Consorcio con fecha 2-12-2013 la suspensión de los plazos para la instalación de la planta de transferencias de Cox -folios 5592 y siguientes del expediente administrativo-.

Confirma lo anterior que la propia Presidencia del Consorcio en el Decreto de 10-12-2013 si bien no accede a señalar el inicio de la solución transitoria el 10-12-2012 reconoce lo siguiente: " Y si bien el retraso de la puesta en marcha de la estación de transferencia de Cox no es imputable al contratista, por lo que no procede la imposición de penalidades, ello no excusa del cumplimiento de los trámites necesarios, no siendo tampoco imputable al Consorcio, por cuanto, como es sabido, este no ostenta potestad expropiatoria ni es la Administración que ha modificado el planeamiento en dicho municipio."

**QUINTO:** En último término, y aun cuando se exigiese a la concesionaria la disponibilidad del suelo donde se iba a asentar la planta para el tratamiento transitorio de residuos concurre una causa exorbitante e irremediable que libera de responsabilidad al contratista en el cumplimiento del contrato, haciéndola recaer en los causantes de esa situación imposibilitante. A este respecto la Sala se puede preguntar con cierta lógica: ¿Cuál sería la alternativa que le cabría a la concesionaria y contratista de la obra para construir la solución transitoria si sabe de antemano que no se le va a conceder la licencia o autorización para la instalación por parte del Ayuntamiento como consecuencia de la modificación del su planeamiento urbanístico que impide su implantación en la zona donde se pensaba? Parece de todo punto evidente que aunque reaccionase por vía de recursos o solicitando la expropiación del suelo estos posibles remedios, tal y como se ha visto, no evitarían que se sobrepasase el plazo de seis meses para llevar a cabo la obra.

No cabe duda de que el Ayuntamiento de Cox posteriormente a la adjudicación del contrato y previamente a su firma, que tuvo lugar el 10-6-2013, inició los trámites para la aprobación de la modificación puntual nº 1/2013 de su planeamiento urbanístico con la clara intención de prohibir en todo el municipio la implantación de cualquier actividad relacionada con la gestión de los residuos urbanos. Así en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de 11-6-2013 aparece recogido el trámite de información pública de la aprobación de la modificación puntual nº 1/2013 del plan general de ordenación urbana para la prohibición de actividades destinadas a la manipulación, gestión, eliminación y tratamiento de residuos sólidos urbanos ( planta de tratamiento y/o transferencia de basuras) así como de todo tipo de residuos peligrosos así como la suspensión del otorgamiento de licencias de actividad y edificación. En dicha publicación se deja constancia del acuerdo del Pleno municipal de 28-5-2013 donde se acuerda aprobar inicialmente y someter a información pública por el lazo de un mes, la modificación puntual 1/2013, que tiene por objeto implementar las medidas necesarias que impidan la implantación en todo el término municipal de Cox, cualquiera que sea la clasificación urbanística del suelo, de cualquier actividad destinada a la manipulación, gestión, eliminación y tratamiento de residuos sólidos urbanos ( planta de tratamiento y/o transferencia de basuras) así como de todo tipo de residuos peligrosos publicados en la Orden MAN/304/2002, de 8 de febrero, en relación con la Directiva 91/689/CEE, sobre residuos peligrosos a cuyas disposiciones están sujetos a menos que se aplique el apartado 5 del artículo 1 de esa Directiva. Amparándose en dicha modificación el Ayuntamiento comunicó a la UTE con fecha 18-6-2013, tras la formalización del contrato la incompatibilidad de la planta de transferencia con el planeamiento urbanístico- documento nº 6 acompañado al escrito de demanda-.

El propio informe del Coordinador Técnico del Consorcio de fecha 16-7-2013- folios 29 a 31 de la ampliación del expediente administrativo- pone de manifiesto que existe un compromiso voluntario y expreso entre los propietarios de terrenos situados en el polígono industrial Virgen del Carmen de Cox (ubicación prevista en la propuesta inicial incluida en la oferta de la UTE CESPORA-ORTIZ de 20-3-2007) de no venderlos ni alquilarlos a empresa alguna que pretenda montar en dicho polígono cualquier tipo de planta de transferencia, aspecto que los propietarios han manifestado al Ayuntamiento, conforme a lo recogido en el escrito del mismo de fecha 17-6-2013 de Registro General de Salida. De igual modo se añade en el mencionado informe que " Por otra parte, y tal y como señala la propia UTE en el apartado 4 de su escrito, no se cuenta con la compatibilidad urbanística de la actividad, conforme al comunicado que el Ayuntamiento de Cox remitió a la UTE con fecha 18-6-2013 en el que se determina que la actividad proyectada no es compatible con la normativa y planeamiento urbanístico por estar prohibida la actividad solicitada en la modificación puntual nº 1/2013 del Plan General de Ordenación Urbana del municipio, en trámite, mediante la que se prohíben las actividades destinadas a la manipulación, gestión, eliminación, y tratamiento de residuos sólidos urbanos ( planta de tratamiento y/o transferencia de basuras), así como de todo tipo de residuos peligrosos)".

Existe, pues, una causa obstativa al cumplimiento del contrato enervante de la responsabilidad del contratista al amparo de lo previsto en los arts. 1184 y 1272 del C. Civil A dicha causa también se refiere, aunque no sea retroactivamente aplicable, el art. 223 g) del TRLCSP 3/2011. Esta causa también está contemplada por la jurisprudencia tanto civil como contencioso administrativa. Baste hacer mención, en cuanto a este último orden jurisdiccional, a la sentencia T.S. de 30-10-2002, recurso 10.602/1998, RJ 2002/9657, que razona lo



siguiente: "La Sala de instancia estimó el recurso contencioso administrativo y anuló el acto impugnado. Lo hizo por una razón urbanística, a saber, que el Plan General de Ordenación Urbana de Valladolid (posterior a la concesión) prohibía la construcción de aparcamientos subterráneos en los sitios en que el propio Plan no lo preveyera, como no lo preveía en la Plaza de España; y, dice literalmente la Sala de instancia, ni el Ayuntamiento de Valladolid ni la entidad codemandada "han logrado encontrar ninguna norma que imponga o autorice la no aplicación del Plan al supuesto de una concesión otorgada con anterioridad, limitándose la codemandada a decir que, en otro caso, habría de estimarse extinguida la concesión, consideración que no es de este lugar (al no ser tema del debate los acuerdos anteriores al impugnado que estimaron su vigencia) ni puede prevalecer sobre la normativa urbanística".

Que el Plan puede válidamente afectar a derechos consolidados es algo indiscutido, y aun puede decirse que eso es lo que constituye su misma esencia. El Plan afecta, por su misma vocación de configuración nueva del suelo y de la ciudad, al derecho de propiedad, al derecho de servidumbre, al derecho de arrendamiento, etc. Con mucha más razón, puede afectar a los nuevos proyectos (como el aparcamiento subterráneo a que se refiere este proceso). No hay en esto, en contra de lo que los recurrentes alegan, infracción alguna del principio de irretroactividad de las normas ( artículo 2.3 del Código Civil ) ni del principio de seguridad jurídica ( artículo 9.3 de la Constitución Española ), ni del respecto debido a los actos declarativos de derechos ( artículo 110 de la L.P.A. de 17 de Julio de 1958), ya que el Plan nace para ordenar la ciudad modificando la situación existente es decir, alterando, modificando o suprimiendo derechos consolidados, intereses actuales y facultades vigentes. Una cosa es que los Planes de Urbanismo sólo surtan efectos a partir de su publicación ( artículos 56 y 57 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de Abril de 1976 ), es decir, efectos para el futuro, y otra cosa muy distinta querer deducir de ello que esos efectos no puedan alterar la situación previamente existente. (Una cosa es cuándo se producen los efectos del Plan y otra muy distinta el alcance de esos efectos).

De la misma manera, ninguna disposición de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas impide o limita la efectividad de los Planes Urbanísticos. Los preceptos de esa legislación que se dicen infringidos no establecen en absoluto una inmunidad de las concesiones de obras y de servicios públicos frente a los Planes de urbanismo. Es cierto que los artículos 52 y 75 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de Abril de 1965 no establecen como forma de extinción del contrato de obras y del contrato de servicios públicos la previsión en contra de un Plan posterior, pero ello no significa en absoluto que esa causa no encuentre apoyo en el ordenamiento jurídico: basta considerar cómo los artículos 57 y 58 del T.R.L.S. de 9 de Abril de 1976 imponen la obligatoriedad de los Planes, para concluir que su efectividad no puede quedar condicionada por previsiones del pasado".

En los mismos términos también la sentencia del T.S. de 30-4-2002, Sala de lo civil, recurso 3431/1996 , sobre la misma temática llega a la siguiente conclusión: "Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: 1.- La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, SS. 21 febrero 1991 , 29 octubre 1996 , 23 junio 1997 ) recoge una manifestación del principio "ad impossibilia nemo tenetur" ( Sentencias 21 enero 1958 y 3 octubre 1959 ), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles ("impossibilium nulla obligatio est": D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor ( Sentencias 15 febrero y 21 marzo 1994 , entre otras); 2.- La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística -atendiendo a los "casos y circunstancias"- ( Sentencias 10 marzo 1949 , 5 mayo 1986 y 13 marzo 1987 ), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica, ( Sentencias, entre otras, 15 diciembre 1987 , 21 noviembre 1958 , 3 octubre 1959 , 29 octubre 1970 , 4 marzo , 11 mayo 1991 y 26 julio 2000 ); 3.- A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 octubre 1994 ), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad ( Sentencias, entre otras, 8 junio 1906 , 10 marzo 1949 , 6 abril 1979 , 5 mayo 1986 , 11 noviembre 1987 , 12 mayo 1992 , 12 marzo 1994 y 20 mayo 1997 ), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia 6 octubre 1994 ), de ahí que se siga un criterio objetivo ( Sentencias, entre otras, de 15 y 23 febrero , 12 marzo y 6 octubre 1994 ); 4.- La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 marzo 1987), - que solo tiene efectos suspensivos (S. 13 junio 1944)-, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 junio 1906); 5.- No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida ( SS. 22 febrero 1979 y 11 noviembre 1987 ); 6.- Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible ( Sentencia 20 marzo 1997 ). La jurisprudencia la excluye





cuando resulta provocada por él ( Sentencias 2 enero 1976 y 15 diciembre 1987 ), o le es imputable ( Sentencias 7 abril 1965 , 7 octubre 1978 , 17 enero y 5 mayo 1986 , 15 febrero 1994 , 20 mayo 1997 ), y existe culpa cuando se conoce la causa ( Sentencias 15 febrero y 23 marzo 1994 , 17 marzo 1997 , y 14 diciembre 1998 ), o se podía conocer ( S. 15 febrero 1994 ), o era previsible ( SS. 7 octubre 1978 , 15 febrero 1994 , 4 noviembre 1999 ), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya ( S. 23 febrero 1994 ). La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanística de la finca; 7.- No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor ( Sentencias 8 junio 1906 , 7 abril 1965 , 6 abril 1979 , 12 marzo 1994 , 20 mayo 1997 , entre otras ). La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento; y, 8.- Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad ( art. 1182; y S. 23 febrero 1994 )".

Resulta manifiesto que no nos corresponde determinar en el presente litigio a quien corresponde la responsabilidad por el incumplimiento del contrato. Lo único que cabe dilucidar de acuerdo con los términos en los que se ha suscitado el debate es pronunciarnos sobre la que corresponde a la UTE que recurre el acuerdo que resuelve el negocio concertado con apoyo en un incumplimiento que atribuye a su contratante. Pues bien, para la Sala no existe ese incumplimiento. Su conducta conducente a hacer eficaz el contrato con todos los medios a su alcance no provoca la resolución ni debería haber determinado a la Corporación demandada a dictar el acto recurrido que por su falta de fundamento legal debe ser anulado.

**SEXTO:** Tanto por parte de la Corporación demandada como por la sentencia apelada se trata de cargar la responsabilidad del contratista, aferrándose a la doctrina del riesgo y ventura propio del contrato suscrito que comporta que deba arrostrar con todas las consecuencias de un incumplimiento contractual como el ocurrido, no habiéndose valorado correctamente por la UTE el denominado riesgo NiMBY ( not in my backyard ) o la fórmula SPAN, en español, "sí, pero aquí no) para designar la oposición ciudadana o repulsa a este tipo de proyectos..

Trataremos de explicar a continuación por qué no se puede hacer uso de tal doctrina para endosar las consecuencias del incumplimiento y su causa a la mercantil actora.

Resulta que tal y como se pone de manifiesto en el dictamen del Sr. Luis los Ayuntamientos de Cox y de Albufera ( este último también procedió en la misma forma ) aceptaron el contenido de los instrumentos de planeamiento sectorial en materia de residuos, pues en su momento no impugnaron los planes que identificaron alguna porción de sus respectivos términos como emplazamientos idóneos para la implantación de alguna de las infraestructuras precisas para el cumplimiento de la Ley autonómica 10/2000, de 12 de diciembre. Con posterioridad tampoco han impugnado el Plan Integral de Residuos de la Comunidad Valenciana, ni tampoco el Decreto 81/2013, de 21 de junio. Tanto el Plan Integral como el Zonal son normas de obligado cumplimiento para esos Ayuntamientos según lo previsto en el art. 40 de la Ley 10/2000, de la Comunidad Valenciana . Es un comportamiento ilegal por ser contrario a la normativa mencionada que se modifique el planeamiento urbanístico contradiciendo unos planes de superior rango y jerarquía normativa, que son vinculantes para las Corporaciones que han llevado a cabo tales modificaciones. Esto ha provocado que tanto por parte de la Generalitat Valenciana, como de la propia UTE se hayan recurrido esos cambios introducidos en el planeamiento ( recursos 154/2015 y 134/2015, que penden ante la Sección primera de esta Sala y Tribunal ). No se puede pasar por alto y desconocer que los Ayuntamientos que modificaron su planeamiento son Administraciones Públicas que están sometidas a la ley y al derecho ( art. 103 de la Constitución Española ) y no pueden desconocer y desentenderse de unos mandatos legales que les vinculan. Estas obligaciones de manera más específica están recogidas en el art. 15.1 i) de la Ley 10/2000, de 12 de diciembre ; art. 6 del Plan General de Residuos de la Comunidad Valenciana; y con carácter general de acuerdo con los arts. 3 y 4 de la Ley 30/92 y los arts. 10.1 , 55 , y 57 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/85, de 2 de abril . Tampoco se puede olvidar que los Ayuntamientos citados de Albufera y Cox se incorporaron y forman parte del Consorcio que firmó el contrato con la UTE que les obligaba a cumplirlo y no a entorpecerlo. Como miembros integrantes del Consorcio estaban forzados a cumplir lo pactado ( art. 1258 del C. civil ).

La ausencia de razón de la modificación operada en el planeamiento por parte de los Ayuntamientos de Cox y Albufera queda de manifiesto con las sentencias dictadas por la Sección 1ª de esta Sala nº 813/2018, de 20 de diciembre y 67/2019, de 4 de febrero , por las que se anulan, en ambos casos, a instancia de la Concesionaria y de la Consellería de Presidencia de la Generalitat la modificación puntual 1/2013 del Plan General de Cox al no haberse sometido el proceso de revisión a un procedimiento de evaluación ambiental estratégica según lo previsto en el art. 3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril. La Sala era consciente de la trascendencia del acto de la modificación del Plan General de Cox en orden a la instalación del proyecto de tratamiento de residuos en cuanto que tal variación lo impedía. Por esta razón hemos esperado a que se dictasen esas sentencias



con el resultado al que hemos aludido. Es evidente que una vez anulada esa modificación las demandadas no pueden oponer ese cambio de planeamiento como obstáculo insalvable para la instalación de la planta de residuos ya que ha sido declarado contrario a derecho.

Aun cuando pudiera existir cierto recelo y oposición vecinal a la implementación de las plantas para el tratamiento de residuos urbanos, en nuestro asunto no cabe duda, como lo demuestran las negociaciones de la UTE con propietarios de suelo donde se iba a llevar la ubicación de la planta, de que resultó decisivo para que tales tratos y conversaciones se truncasen y no culminasen o fructificasen, frustrándose de este modo el proyecto en curso, las actuaciones urbanísticas emprendidas por tales Corporaciones municipales dirigidas a través de la modificación de su planteamiento a evitar esa instalación. Ese proceder administrativo además de no ser conforme a derecho, es desleal, falta de colaboración y arbitrario, y, sobre todo contrario al principio de la buena fe y al compromiso de cumplir con la palabra dada.

Nada podría dar a entender que los Ayuntamientos de Cox y Albaterra se podrían oponer e impedir las plantas de tratamientos de residuos proyectadas cuando como miembros integrantes del Consorcio firmaron el contrato que les vinculaba y se aquietaron a los planes integrales, zonales o sectoriales que contemplaban esa instalación. Se habría podido prever la oposición vecinal a tales proyectos pero lo que no cabía esperar es que componentes de la propia Administración Pública que había promovido esa instalación al final la frenasen con su postura obstruccionista. La vulneración de la ley y del principio de la buena fe incurriéndose en un abuso de derecho al promoverse una actuación ilegal como era el cambio del planeamiento urbanístico tendente a frustrar el cumplimiento de un contrato sin tacha de ilicitud ni motivo justificado para su rescisión o resolución, no puede ser premiado en este caso haciendo recaer la responsabilidad sobre el contratista, sino que debe ser sancionado desde los postulados permitidos por el art. 7.2 del C. Civil, dejándolo indemne y librándolo de los efectos nocivos derivados del obstruccionismo municipal cometido sin ningún tipo de cobertura legal o convencional que lo amparase en perjuicio del concesionario.

La ilegalidad en el cambio del planeamiento operado ha quedado evidenciada con las dos sentencias 813/2018 y 67/2019, dictadas por la Sección 1ª de la Sala. Esta ilegalidad cometida impide que el concesionario deba asumir las consecuencias del principio de riesgo y ventura que preside la ejecución del contrato. Esta máxima no puede dar cobertura ni amparar las consecuencias de una actuación ilegal, que en todo caso deberá ser soportada por quienes se aprovecharon de ella.

Se podría prever la oposición vecinal, o comunitaria al proyecto pero se quiebra la confianza legítima, y parece de todo punto inesperado y sorprendente que quien estaba sometido a cumplir con obligaciones legales y convencionales se revuelva contra ellas para hacerlas inviables. Esta imprevisibilidad del repentino comportamiento municipal contrario a las obras en proceso de instalación, así como el tamaño y gravedad de las infracciones cometidas, según las sentencias traídas e incorporadas a la causa, que provocaron esa frustración determinan, según nuestro criterio, que no se pueda aplicar el principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato, que pesa sobre el concesionario, para que se le obligue a pechar con las consecuencias de su supuesto incumplimiento, que la Sala no aprecia.

Por último, y de conformidad con lo previsto en el art. 266.4 del TRLCAP no procede la incautación de la garantía depositada, acto que se debe dejar sin efecto, al no apreciarse incumplimiento o responsabilidad por parte del concesionario.

El recurso debe ser estimado.

**SEPTIMO** : De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 Ley Jurisdiccional, al estimarse el recurso no se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en esta alzada, sin embargo y en cuanto a las de la primera instancia se le imponen a la parte demandada Excm. Diputación Provincial de Alicante en la cuantía de 3.500 euros, y a los restantes Ayuntamientos demandados en la cuantía de 3.500 euros, a cada uno de ellos, por los honorarios de letrado y procurador, teniendo en cuenta la complejidad del asunto.

## FALLAMOS

**1.-Estimar** el recurso de apelación interpuesto.

**2.-Revocar la sentencia apelada.**

**3.- Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acto administrativo recurrido.**

**4.- Declarar** contrario a derecho y dejar sin efecto el acuerdo de la Junta de Gobierno del Consorcio celebrada el 21-1-2015 por el que se acuerda resolver el contrato formalizado el 10-6-2013 por causa imputable al



contratista e incautar la garantía definitiva correspondiente a la fase de construcción depositada por la UTE por importe de 1.982.977,91 euros, con el consiguiente mantenimiento de la vigencia del contrato firmado.

**5.-** No hacer pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en esta alzada, imponiendo las de la primera instancia a las partes demandadas apeladas en la cuantía y términos señalados en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el magistrado de esta Sala Sr. D. MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ BERMEJO, que ha sido ponente, en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. Letrada de la Administración de Justicia, rubricado.