

LAURA CARRION RUBIO

Procuradora de los Tribunales
Móvil 626 351 146
lauracarrionrubio@gmail.com

Ldo.: RAFAELA PONS FULLANA

Su ref.: Mi ref.: 4020

Rdo.: AJUNTAMENT DE DELTEBRE

Notificado: 11/02/2021

Término: FINE RSO CASACION plazo 30 día(s)
hábiles Fine el 25/03/2021

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIÓS ADMINISTRATIVA
SECCIÓ CINQUENA**

Rotlle d'apel·lació núm. 93/2017

SENTÈNCIA Núm. 359/2021

II·lms. Srs.:

President

Sr. Francisco José Sospedra Navas

Magistrats

Sr. Pedro Luis García Muñoz

Sr. Eduard Paricio Rallo

A la ciutat de Barcelona, 29 de gener de 2021

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (secció cinquena) ha pronunciat la següent sentència en el recurs d'apel·lació núm. 93/2017, interposat per l'Ajuntament de Deltebre, representat per la procuradora Sra. Laura Carrión Rubio i dirigit per la lletrada Sra. Rafaela Pons Fullana, essent part apel·lada Trèvol Deltebre SLU, representada pel procurador Sr. José Farré Lerín i Construcciones A. Feu SL, representada pel procurador Sr. Javier Mundet Salaverria.

Ha estat ponent el magistrat II·lm. Sr. Eduard Paricio Rallo, que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- Al recurs núm. 109/2015, seguit davant el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 2 de Tarragona, es va dictar sentència en data 1 de setembre de 2016 que va estimar el recurs interposat.

SEGON.- La representació de l'Ajuntament de Deltebre va interposar recurs d'apel·lació contra l'anterior sentència. Demana en aquest recurs que es revoqui la sentència apel·lada, que es declari la inadmissibilitat parcial de les pretensions formulades per l'actora, la nul·litat de la posició processal de la codemandada, la improcedència de que aquesta acció es tramiti com un incident d'execució de

sentència, que declari ajustat a dret l'acte impugnat i es desestimïn totes les pretensions formulades per l'actora, amb imposició de les costes processals a la recurrent.

Hom fonamenta el recurs en els següents motius:

A/ La incongruència de la sentència en no resoldre sobre la posició processal de la codemandada "CONSTRUCCIONES FEU SA", essent així que defensa la posició de la recurrent; B/ Que la demandada va demanar en primer lloc que l'acció es tramités com un incident d'execució de sentència, i només subsidiàriament com un recurs ordinari, essent així que l'Ajuntament es va oposar a la primera pretensió per manca de legitimitat de la recurrent en la mida que no estava afavorida per la sentència executada i en la mida que aquesta sentència no aborda l'acord de 20 de novembre de 2007, una qüestió que no va abordar la sentència apel·lada; C/ Que la recurrent va incórrer en desviació processal atès que allò demanat en via administrativa no coincideix amb la pretensió formulada en via jurisdiccional; D/ Que, la cessió de la concessió es va acordar mitjançant contracte privat de 12 de novembre de 2007, contracte en el que l'Ajuntament no va participar, essent així que l'actora no pot discutir l'esmentat contracte en aquesta jurisdicció, ni amb motiu d'un recurs adreçat contra l'acord d'execució d'una sentència, ni pot demanar una indemnització que en tot cas requeriria la prèvia declaració de nul·litat del contracte; precisa en aquest sentit que l'acord de 30 d'octubre de 2007 no es pot considerar com a preparatori del contracte sinó com un acte d'execució de forma que, d'acord amb l'article 65 del Reial Decret legislatiu 2/00, la seva anul·lació només afecta al mateix acte i a les seves conseqüències però, en aquest cas, tant el contracte privat de 12 de novembre com el contracte municipal de 20 de novembre de 2007 són independents de l'acord de 30 d'octubre anul·lat, de forma que la única conseqüència d'aquesta anul·lació és l'anul·lació de l'aportació anual de 215.000 euros per part de l'Ajuntament, com es va acordar. En aquest sentit considera aplicable l'article 66 de la Llei 30/92 relatiu a la conservació d'actes; i E/ Finalment, la representació municipal al·lega una desviació processal en la mida que no es va sol·licitar l'obertura d'un expedient als efectes de determinar les conseqüències econòmiques de la declaració de nul·litat de l'acord. També fa esment de la desviació processal continguda a l'escrit de conclusions en el sentit de valorar les millores dutes a terme per la concessionària als efectes de la seva compensació.

TERCER.- El recurs va ser admès a ambdós efectes i va ser traslladat a la representació de l'actora i la codemandada, que s'hi van oposar, tot demanant que es desestimís el recurs, amb imposició de les costes processals a l'actora.

QUART.- Un cop es van elevar les actuacions a aquesta Sala, es va formar el corresponent rotlle d'apel·lació, es va designar magistrat ponent i, atès que no es va demanar la recepció a prova en aquesta alçada ni la celebració de vista, es va assenyalar data per a la votació i resolució del recurs.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Objecte d'aquest recurs.

En el recurs d'instància l'actora va impugnar l'acord adoptat en data 16 de juliol de 2014 pel ple de l'Ajuntament de Deltebre. Aquest acord es va prendre en execució de la sentència dictada per aquesta mateixa Sala del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en data 28 de març de 2014 i, en conseqüència, va anul·lar diverses actuacions municipals, entre les mateixes l'acord municipal de 30 d'octubre de 2007 de modificació del contracte de concessió de construcció i explotació de la piscina coberta, el pavelló poliesportiu i altres instal·lacions esportives municipals.

El Jutjat d'instància va estimar el recurs tot declarant la nul·litat del contracte de data 20 de novembre de 2007 i declarant l'obligació de l'Ajuntament de Deltebre d'incoar expedient administratiu als efectes de determinar les conseqüències econòmiques de la declaració de nul·litat.

La sentència entén que no hi ha desviació processal atès que l'anul·lació de l'acord de 20 de novembre de 2007 ja es va demanar amb el recurs de reposició.

Pel que fa al fons, considera que l'acord de 20 de novembre de 2007 respon a la modificació contractual aprovada per acord de 30 d'octubre anterior, de forma que l'anul·lació d'aquest per part del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya comporta així mateix l'anul·lació d'aquell doncs un és causa de l'altre. Esmenta en aquest sentit el principi establert a l'article 64 de la Llei 30/92 en el sentit que la invalidesa d'un acte implica la dels successius que no siguin independents, com succeeix.

Conclou la sentència que, no constant les dades necessàries per establir les conseqüències econòmiques precises de l'anterior anul·lació, correspon acceptar la pretensió subsidiària en el sentit que s'incoï expedient a l'efecte.

La representació municipal presenta recurs d'apel·lació contra l'anterior sentència d'acord amb els motius esmentats als antecedents.

Els fets a considerar son els següents:

En data 19 de març de 2002 l'Ajuntament de Deltebre va subscriure amb l'entitat "EUCAGEST SL" contracte relatiu a la concessió del servei d'explotació i les obres de construcció de la piscina coberta, finalització de les obres del pavelló poliesportiu municipal i explotació de diverses instal·lacions esportives municipals.

En data 21 de setembre de 2017 la concessionària va demanar autorització per cedir la concessió a la societat "CONSTRUCCIONES FEU SA".

En data 22 d'octubre de 2017 aquesta darrera societat va presentar un proposta de millora de la gestió del complex esportiu municipal que incloïa una inversió de la concessionària i alhora un pla de viabilitat que comporta l'augment de l'aportació municipal anual a 215.000 euros.

D'acord amb la sol·licitud presentada i mitjançant acord de 30 d'octubre de 2007 l'Ajuntament va autoritzar la cessió de la concessió a "CONSTRUCCIONES A. FEU, SA" i a la societat vinculada a la mateixa "TREVOL DELTEBRE SLU", que assumeix la gestió de la concessió. L'acord inclou la renúncia de la concessionària a qualsevol acció derivada de la concessió que es cedeix.

Mitjançant acord també adoptat a la sessió de 30 d'octubre de 2007, l'Ajuntament va accedir a la sol·licitud de modificació del contracte pel que fa a la substitució del contractista, incloent-hi un augment de la compensació anual al concessionari de 76.137'90 euros a 215.000 euros.

En data 12 de novembre la concessionària inicial i les societats esmentades van signar l'acord de cessió per un import d'1.800.000 euros.

En data 20 de novembre l'Ajuntament i "COSNTRUCCIONES A. FEU SA" van subscriure contracte de modificació de la concessió que inclou una inversió extraordinària de la nova concessionària per import de 438.000 euros i alhora una aportació municipal anual per import de 215.000 euros.

El Tribunal Superior Justícia de Catalunya va dictar en data 28 de març de 2014 sentència que va anul·lar diverses actuacions municipals, entre les quals s'inclou l'anterior acord de modificació de la concessió -apel·lació núm. 89/10-.

L'Ajuntament va acordar l'execució de l'anterior sentència tot anul·lant l'acord de 30 d'octubre de 2007, amb la subsegüent reclamació a l'actora del reintegrament de la quantitat de 961.986'39 euros en concepte de pagaments indeguts i, així mateix, la consegüent reducció dels pagaments mensuals que l'Ajuntament havia de realitzar a al concessionària.

En data 18 de setembre de 2014 l'actora va comunicar la impossibilitat de continuar l'explotació de la concessió, tot sol·licitant a l'Ajuntament la recepció de les instal·lacions.

SEGON.- Sobre les al·legacions referides a la incongruència de la sentència i a la desviació processal.

Com s'ha avançat, la representació municipal oposa diversos motius relatius a la incongruència de la sentència.

En primer lloc, planteja la recurrent que la sentència no va resoldre l'al·legació referida a la posició processal de la codemandada.

Certament, l'interès que legitima a la codemandada només pot raure en el perjudici que li pugui suposar l'estimació de les pretensions formulades per la recurrent. Així es desprèn de l'article 21.1.b/ de la Llei jurisdiccional, de forma que la seva posició processal no pot ser altra que la defensa de la resolució impugnada. Tanmateix, no és menys cert que no es pot constatar una situació d'incongruència de la sentència en la mida que ni a l'escrit de contestació a la demanda, ni tampoc al de conclusions l'actora formula alguna pretensió o al·legació en aquest sentit que hagués hagut de ser abordada per la sentència que és objecte d'apel·lació.

D'altra banda, no es constata que la posició de la codemandada hagi repercutit en la sentència apel·lada, o hagi causat indefensió a l'apel·lant.

En segon lloc, certament l'actora va sol·licitar a l'escrit de demanda que es tingués per interessat un incident d'execució de sentència o, subsidiàriament, que es tingués per formalitzada la demanda d'acord amb els pretensions substantives que relacionava.

Val a dir que aquesta configuració de l'escrit de demanda com un eventual incident d'execució era improcedent des del moment que l'escrit d'interposició es va configurar com un recurs jurisdiccional ordinari. Cal entendre doncs que l'al·lusió a un incident d'execució en aquesta fase processal respon a un error.

Sigui com sigui, la qüestió va quedar resolta mitjançant decret del lletrat de l'Administració de Justícia que va admetre dit escrit en qualitat de demanda, donant-li per tant la qualificació processal procedent sense que ningú qüestionés aquest decret.

Cal afegir que poc sentit té aquesta al·legació com a motiu d'apel·lació quan la representació municipal coincideix en al·l' improcedència d'un incident d'execució de sentència.

En definitiva, la sentència no havia d'abordar una qüestió que havia quedat depurada ja durant el procediment.

La representació municipal planteja així mateix que l'actora va incórrer en desviació processal atès que allò demanat en via administrativa no coincideix amb la pretensió formulada en via jurisdiccional.

Hem de reiterar en aquest aspecte allò argumentat a la sentència del Jutjat doncs allò que l'actora va plantejar en el recurs de reposició va ser l'anul·lació de l'acord municipal de 14 de juliol de 2014 que era objecte d'impugnació directa, i també, la retroacció de l'expedient administratiu per tal d'estudiar la repercussió legal de la nul·litat del contracte i els imports corresponents derivats de l'esmentada nul·litat contractual. Alhora, va plantejar alternativament l'obertura d'un expedient per al restabliment de l'equilibri econòmic de la concessió.

A l'escrit de demanda del recurs jurisdiccional l'actora va demanar en la declaració de nul·litat del contracte de 20 de novembre de 2007 amb l'establiment de la corresponent indemnització o, subsidiàriament la incoació d'un expedient administratiu per tal de determinar l'eventual nul·litat del contracte esmentat i determinar l'abast econòmic de dita declaració de nul·litat.

⊗ D'aquests antecedents es desprèn que, en primer lloc, la identitat en la pretensió formulada en via administrativa i en via jurisdiccional, i en segon lloc, que l'actora no va qüestionar en cap moment la nul·litat del contracte privat subscrit amb l'anterior concessionària, sinó el mateix contracte de concessió, mes precisament la modificació del mateix subscrit en data 20 de novembre de 2007 entre l'Ajuntament, "CONSTRUCCIONES FEU SA" y l'actora.

⊗ Tampoc la sentència incideix en el contracte privat subscrit per l'antiga i les noves concessionàries. Aquesta és una qüestió que només planteja l'Ajuntament confonent un acció que des d'un bon inici va ser adreçada contra dos actes municipals:

directament contra l'acord de 14 de juliol de 2014 i, indirectament, contra el contracte subscrit per l'Ajuntament el 20 de novembre de 2007.

També cal desestimar la imputació de desviació processal de la recurrent que planteja la representació municipal al final del seu escrit d'apel·lació.

En efecte, hom manifesta que l'actora no va sol·licitar l'obertura d'un expedient als efectes de determinar les conseqüències econòmiques de la declaració de nul·litat de l'acord. Tanmateix, com s'ha dit, en via administrativa la recurrent va demanar la retroacció de l'expedient administratiu per tal d'estudiar els imports corresponents derivats de la nul·litat contractual que plantejava. En via jurisdiccional, va demanar en el mateix sentit l'establiment de la corresponent indemnització o, subsidiàriament, la incoació d'un expedient administratiu per tal de determinar l'eventual nul·litat del contracte esmentat i determinar l'abast econòmic. Unes pretensions que estan en línia amb allò que va resoldre la sentència.

Finalment, l'apel·lant imputa a l'escrit de conclusions de l'actora una novetat no plantejada anteriorment com ara la necessitat de valorar les millores dutes a terme per la concessionària als efectes de la seva compensació. Un plantejament que cal entendre inclòs en la pretensió general d'establiment de la compensació econòmica derivada de la nul·litat del contracte que invoca.

En definitiva, cal desestimar les anteriors alegacions referides be a la incongruència de la sentència, be a la desviació processal en les pretensions formulades per la recurrent.

TERCER.- Sobre el fons

Pel que fa al fons la representació municipal planteja en aquesta apel·lació que la cessió de la concessió es va acordar mitjançant contracte privat de 12 de novembre de 2007, contracte en el que l'Ajuntament no va participar. Precisa en aquest sentit que l'actora no pot discutir l'esmentat contracte en aquesta jurisdicció, ni tampoc ho podria fer en el marc d'un recurs adreçat contra l'acord d'execució d'una sentència; ni pot demanar una indemnització que en tot cas requeriria la prèvia declaració de nul·litat del contracte.

Precisa en aquest sentit que l'acord de 30 d'octubre de 2007 anul·lat pel Tribunal Superior de Justícia no es pot considerar com a preparatori del contracte sinó com un acte d'execució del mateix de forma que, d'acord amb allò que disposa l'article 65 del Reial Decret legislatiu 2/00, la seva anul·lació només afecta al mateix acte i a les seves conseqüències però, en aquest cas, tant el contracte privat de 12 de novembre com el contracte municipal de 20 de novembre de 2007 son independents de l'acord de 30 d'octubre anul·lat, de forma que la única conseqüència d'aquesta anul·lació és l'anul·lació de l'aportació anual de 215.000 euros per part de l'Ajuntament, com es va acordar. En aquest sentit considera aplicable l'article 66 de la Llei 30/92 relatiu a la conservació d'actes.

Doncs be, cal remarcar que la sentència dictada en el seu moment per aquesta mateixa Sala i secció va anul·lar els acords impugnats en considerar que la

modificació contractual no era admissible atesa al seva envergadura, a banda que el projecte d'obra modificat no es va tramitar correctament. Pel que fa a l'acord de 30 d'octubre de 2007, la sentència va considerar que part de les modificacions havien d'anar a càrrec del concessionari, encara que part de les mateixes sí que tenien la condició de millores. En conseqüència, l'Ajuntament no havia d'assumir la contrapartida de totes les modificacions.

Ahora la sentència admet que, no obstant la nul·litat de l'acord de modificació contractual, l'Ajuntament havia d'assumir els abonaments corresponents als efectes d'evitar una situació d'enriquiment injust.

El cas és que allò que va anul·lar el Tribunal Superior de Justícia és l'acord que va aprovar la modificació del contracte de concessió. Una modificació que respon a la proposta de millora presentada per la codemandada i que incloïa una inversió de la concessionària i alhora un pla de viabilitat que comportava l'augment de l'aportació municipal anual a 215.000 euros.

És en base a aquest acord de 30 d'octubre de 2007 que l'Ajuntament va signar el següent 20 de novembre el contracte de modificació de la concessió. Un contracte que òbviament no és sinó execució de l'acord de 30 d'octubre anul·lat.

Per tant, es miri com es miri, l'anul·lació de l'acord plenari que autoritza la modificació del contracte afecta la plasmació material d'aquesta decisió. Així es desprèn de l'article 64 de la Llei 30/92 i també de l'article 65 del Reial Decret legislatiu 2/00, situació que suposa la liquidació del contracte en d'acord amb allò que disposa aquest darrer precepte.

Cal afegir que la modificació de la concessió anul·lada pel TSJC incloïa un nou equilibri contractual, que l'Ajuntament va acceptar a proposta de la nova concessionària abans que no es consumés el traspàs de la concessió. De forma que aquest traspàs es va efectuar sobre aquesta base econòmica, essent així que la improcedència jurídica de la mateixa no és imputable a la nova concessionària, que va actuar en una situació de confiança legítima.

La representació municipal basa la seva oposició en la autonomia del contracte subscrit entre el concessionari inicial i el nou concessionari, en el sentit que es tracta d'un contracte privat en el que l'Ajuntament no hi va prendre part. Entén que mentre que la pretensió de l'actora suposava en tot cas la declaració de nul·litat d'aquest contracte, declaració que correspondria a la jurisdicció comuna.

Tanmateix, allò que l'actora va impugnar és un acord municipal sotmès a aquesta jurisdicció, en el que s'ha de determinar l'abast de l'execució de la sentència del TSJC. No hi ha obstacle per que els afectats plantegin en aquest punt al responsabilitat municipal pel que fa a la repercussió que en el seu moment va tenir la modificació de la concessió, i les conseqüències que té l'anul·lació de dita modificació pel que fa a la responsabilitat municipal en els danys ocasionats, en aquest cas a la nova concessionària. En aquest context, el contracte privat no és causa sinó conseqüència de l'acord municipal anul·lat.

En definitiva els termes dels articles 65 i 66 de la Llei 30/92, el contracte de 20 de novembre de 2007 és conseqüència directa de la modificació en la concessió disposada per acord de 30 d'octubre anterior, de forma que sense aquest és difícil admetre que s'hagués dut a terme la subrogació contractual ni menys encara que la nova concessionària s'hagués obligat a efectuar inversions significatives per tal de garantir la viabilitat dels serveis.

Correspon en conseqüència desestimar el present recurs d'apel·lació.

QUART.- L'article 139.2 de la Llei jurisdiccional disposa la imposició de les costes al recurrent en segona instància quan es desestimi totalment el recurs. Ateses les circumstàncies del cas i considerant la complexitat processal i substantiva el mateix, escau limitar les costes a un màxim total de 2.000 euros.

ATESOS els fonaments esmentats,

HEM RESOLT

Primer.- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació de l'Ajuntament de Deltebre.

Segon.- Imposar els costes processals a l'Ajuntament de Deltebre, costes que no superaran la quantitat de 2.000 euros.

Notifiqueu aquesta sentència amb indicació de que no és ferma i que contra la mateixa es pot deduir, si s'escau, recurs de cassació davant d'aquesta Sala de conformitat amb allò que es disposa a la secció 3^a, capítol III, títol IV de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció contenciós administrativa (LJCA). El recurs s'haurà de preparar en el termini previst a l'article 89.1 LJCA.

Alhora, s'adverteix que al BOE núm. 162, de 16 de juliol de 2016, apareix publicat l'acord adoptat en data 20 d'abril de 2016 per la Sala de govern del Tribunal Suprem sobre l'extensió màxima i altres condicions extrínseques dels escrits processals referits al recursos de cassació.

Porteu-ne testimoniatge a les actuacions principals.

Així, per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- El dia d'avui i en audiència pública, l'Ilm. Sr. Magistrat Ponent ha llegit i publicat la sentència anterior. En dono fe.