



Roj: **STS 3566/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3566**

Id Cendoj: **28079130032023100136**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/07/2023**

Nº de Recurso: **1394/2021**

Nº de Resolución: **1014/2023**

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

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11225/2020,**  
**ATS 15950/2021,**  
**STS 3566/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.014/2023**

Fecha de sentencia: 17/07/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1394/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/06/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: 1394/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1014/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas



D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 17 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1394/2021, interpuesto por el Ayuntamiento de Cabrils, representada por el procurador D. Ángel Quemada Cuatrecasas y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Marta Tarrida Torrents, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 24 de noviembre de 2020 que estima parcialmente el recurso de apelación número 82/2019, interpuesto por dicho Ayuntamiento contra la sentencia de 2 de octubre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Barcelona en el P.O. 344/2016, que se revoca únicamente en el sentido del importe de la partida de aportación a la inversión.

Es parte recurrida Areva Trading S.L.U, representada por el procurador D. Felipe Bermejo Valiente y bajo la dirección letrada de D. Antonio Jiménez Gómez.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el expediente tramitado bajo el nº 1966/2015, sobre << liquidación económica del contrato con la empresa Areva Trading S.L por liquidación concursal>>, el Ayuntamiento de Cabrils dictó Decreto de 9 de mayo de 2016, en que con desestimación de las alegaciones realizadas, ratifica la aprobación de la liquidación económica a los efectos de liquidación del contrato de concesión administrativa formalizada el 22 de noviembre de 2010 entre el Ayuntamiento y la citada sociedad Areva, para la ejecución de las obras y explotación de un complejo deportivo y piscina cubierta, por causa imputable al contratista, al concurrir las causas previstas en el artículo 246.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al haberse declarado la apertura de la fase de liquidación de la adjudicación, procedimiento concursal 29/2015, seguido en el Juzgado Mercantil núm.4 de Barcelona. Recurrida en reposición dicha resolución, por Decreto del Ayuntamiento de 27 de junio de 2016 se acordó la desestimación de la solicitud del abono por importe de 1.813.808,22 euros.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo se siguió con el número 344/2016 en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona que dictó sentencia nº 176/2018 de 2 de octubre de 2018, que estimó parcialmente el recurso que había interpuesto Areva Trading S.L.U, frente al Decreto de la Alcaldía núm. 632 de 27 de junio de 2016 del Ayuntamiento de Cabrils y fijaba la liquidación discutida en la cantidad de 225.920,77 euros a favor de la parte actora.

Recurrida la citada sentencia en apelación por el Ayuntamiento de Cabrils, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) dictó sentencia nº 4857/2020 de 24 de noviembre de 2020 estimando parcialmente el recurso de apelación 82/2019, que revoca la sentencia de 2 de octubre de 2018 del Juzgado Contencioso-administrativo nº 6 de Barcelona, en el único sentido de que el importe de la partida de aportación a la inversión debe ser de 2.616.708,02 euros.

**SEGUNDO.-** Notificada la última de las mencionadas sentencias a las partes, la recurrente en apelación, Ayuntamiento de Cabrils, preparó recurso de casación contra la misma, y teniéndose por preparado dicho recurso por la Sala de apelación, al tiempo remitió las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes en tiempo y forma, la Sección de Admisión de esta Sala Tercera, dictó auto de 2 de diciembre de 2021 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión suscitada en el mismo que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

<< 1º Determinar, si en la liquidación efectuada en los contratos mixtos de obra y explotación de un servicio público, en caso de resolución anticipada del vínculo contractual por causa no imputable a la Administración, la sobreinversión del concesionario en la obra ejecutada, establecida en el contrato como mejora del objeto del contrato sin coste para aquella, constituye parte de la inversión a abonar al mismo.

2º Aclarar la aplicación de los principios de prohibición del enriquecimiento injusto y de riesgo y ventura del concesionario en un supuesto contractual como el referido en el apartado 1º>>



En la resolución se identifican como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación, la contenida en el artículo 247.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

**CUARTO.**- Remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, se concedió plazo a la parte recurrente Ayuntamiento de Cabrils, para interponer el recurso de casación, quien ha presentado el correspondiente escrito de fecha 25 de enero de 2022, en el que considera:

-Infracción del artículo 129.1 LCSP aplicable al caso (actual artículo 139 LCSP 2017) y la jurisprudencia sobre el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras, la STS 22/03/2023 (RJ\2021\1165), 01/12/2020 ( JUR\2020 \351199) y 27/05/2009 (RJ\2009/4517), normativa y jurisprudencia que el TSJC hubiera debido observar a pesar de no haber sido alegada.

2-Vulneración del artículo 247.1 LCSP por infracción en la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto y la jurisprudencia existente sobre el mismo en el marco de la contratación administrativa STS 8/2/2016 (RJ \2016\671) y STS 17/5/2012 (RJ\2012\6818), entre otras.

3-Asimismo, infracción del artículo 247.1 LCSP por vulneración de los artículos 199 y 225 de dicho texto legal relativos al principio de riesgo y ventura.

4-Vulneración del artículo 9.3 y 24.1 de la CE, artículo 218.1 y 2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero LEC y artículo 33.1 de la LJCA, por incurrir en incongruencia que provoca indefensión a esta parte, produciéndose una *reformatio in peius* proscrita.

Y realiza las siguientes pretensiones y pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo:

Se pretende que este Tribunal declare que, en el caso que nos ocupa de un contrato de concesión para la ejecución y explotación de un equipamiento municipal, en interpretación del artículo 247.1 LCSP y en aplicación del principio de riesgo y ventura del concesionario, la mejora a la inversión ofrecida por el concesionario sin coste para la Administración no constituye parte de la inversión a abonar al mismo en la liquidación del contrato resuelto anticipadamente por causa no imputable a la Administración. Y en consecuencia, se establezca que, en el supuesto expuesto, la no inclusión de dicha sobreinversión voluntaria como parte del activo a abonar no infringe el principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

A tenor de dichas pretensiones el importe final de la liquidación deberá ser fijado en la suma de Ciento Veintiocho mil Setecientos Sesenta y Cinco euros con Noventa y Tres Céntimos (128.765,93 €) a favor del Ayuntamiento de Cabrils, habida cuenta que, del activo o inversión a abonar al concesionario por el importe no discutido de 4.205.525,58 € procede deducir a favor del Ayuntamiento la suma total de 4.334.291,51 € por los siguientes conceptos e importes:

- i) La mejora en la inversión en la ejecución de la obra sin coste para el Ayuntamiento en su importe íntegro de 1.200,03 €.
- ii) La aportación municipal a la inversión en su importe íntegro de 2.616.708,02 €.
- iii) La aportación municipal en concepto de subvención niveladora en su importe de 385.314,77 €.
- iv) Las deficiencias técnicas de la instalación en su importe de 121.583,72 €.
- v) Las penalidades impuestas al concesionario por incumplimientos contractuales pendientes de abonar por éste en su importe de 10.650 €.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.3 b) LJCA y en virtud de lo expuesto en el apartado precedente, la pretensión deducida en el presente recurso de casación tiene por objeto que se case y anule en parte la Sentencia 4857 dictada en fecha 24 de noviembre de 2020 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC en relación al pronunciamiento establecido en su FD 2º *in fine* relativo a incluir en la liquidación del contrato, como parte de la inversión a abonar al concesionario por el Ayuntamiento de Cabrils, el valor neto de la mejora de la inversión a coste "0" por importe de 1.088.591,38 €, y, entrando a conocer en el fondo del asunto, declare la conformidad a Derecho de la liquidación efectuada por el Ayuntamiento en la resolución recurrida en su día por la concesionaria -referida al inicio del presente escrito- en el extremo relativo a deducir de la inversión a abonar al concesionario el íntegro importe de la mejora a la inversión a coste "0" para la Administración cifrada en la suma de 1.200.035 €.

Y solicita los siguientes pronunciamientos:

1- Haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Ayuntamiento de Cabrils contra la Sentencia 4857 dictada en fecha 24 de noviembre de 2020 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC, Rollo de apelación 82/2019.



2- Casar y anular en parte la Sentencia referida en cuanto al pronunciamiento contenido en su Fundamento de Derecho Segundo al establecer que la mejora en la inversión a coste "0" constituye parte de la inversión a percibir por el concesionario.

3- Declarar conforme a Derecho la resolución administrativa impugnada por la concesionaria y la liquidación económica del contrato discutida al deducir de la inversión a abonar al concesionario el íntegro importe de la mejora a la inversión a coste "0", fijando el importe total de la citada liquidación en la suma de 128.765,93 € a favor del Ayuntamiento.

Por tanto suplica a la Sala, dicte sentencia por al que se estime el recurso de casación en los términos interesados, y

1- case y anule en parte la sentencia impugnada en cuanto al pronunciamiento contenido en su FJ 2º al establecer que la mejora en la inversión a coste "0" constituye parte de la inversión a percibir por el concesionario.

2- Declare conforme a Derecho la resolución administrativa impugnada por la concesionaria, y la liquidación económica del contrato discutida al deducir de la inversión a abonar al concesionario el íntegro importe de la mejora a la inversión a coste "0", fijando el importe total de la citada liquidación en la suma de 128.765,93 € a favor del Ayuntamiento de Cabrils.

**QUINTO.-** Dado traslado a la parte recurrida, Areva Trading S.L.U, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición de fecha 22 de marzo de 2022, en el que solicita que continúe la tramitación del recurso de casación hasta que recaiga sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la referida sentencia e imponiendo al recurrente las costas del presente recurso.

**SEXTO.-** No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 20 de junio de 2023, en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 1394/2021 lo interpone la representación del Ayuntamiento de Cabrils contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Cataluña de 24 de noviembre de 2020 (apelación nº 82/2019) en la que se acuerda la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la sociedad mercantil <<Areva Trading S.L.U>> contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona de fecha 2 de octubre de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo 344/2016.

Como hemos visto en los antecedentes, la sociedad <<Areva Trading, S.L.U>> interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Cabrils de 27 de junio de 2016, que desestima el recurso de reposición deducido frente al precedente Decreto de 9 de mayo de 2016, que procede a la liquidación económica de la resolución del contrato de concesión administrativa para la ejecución de las obras y explotación de un complejo deportivo en dicho municipio.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2018 (P.O. 344/2016) en la que estima en parte el recurso contencioso-administrativo y acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

"PRIMERO.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil AREVA TRADING, S.L.U (en liquidación), anulando, por no ser ajustado a Derecho el decret de Alcaldía núm. 632, de fecha 27 de junio de 2016, del Ajuntament de Cabrils, objeto de este procedimiento y fijar la liquidación discutida en la cantidad de 225.920,77 euros a favor de la actora.

SEGUNDO.- No imponer las costas a ninguna de las partes."

Contra la sentencia del Juzgado interpuso la representación del Ayuntamiento de Cabrils recurso de apelación que fue estimado en parte por la citada sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de noviembre de 2020 (apelación nº 82/2019), ahora recurrida en casación.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera -por lo que aquí interesa- que las mejoras de la concesión han de ser indemnizadas al concesionario, y acuerda en su parte dispositiva:



"1º.-ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación formulado por el AJUNTAMENT DE CABRILS contra la Sentencia de 2 de octubre de 2018 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 6 de Barcelona, que se revoca, en el único sentido de que el importe de la partida de aportación a la inversión debe ser de 2.216.708,02 euros.

2º.- NO IMPONER las costas del presente procedimiento."

Las razones que expone la Sección 5ª de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para fundamentar la desestimación del recurso deducido contra la sentencia del Juzgado, se expresan en el 2º de los fundamentos, del siguiente tenor:

<< En el presente caso nos encontramos ante la liquidación económica por la resolución del contrato de concesión administrativa para la ejecución de las obras y explotación de un complejo deportivo con piscina cubierta.

La referida liquidación se rige por lo establecido en el artículo 247 de la Ley 30/2007 LCSP:

*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.*

La discrepancia entre las partes y la de la parte apelante con la sentencia dictada se produce en ordena la inclusión o no de diferentes partidas.

En este sentido el Ayuntamiento recurrente discrepa de la no inclusión de una partida por importe de 101.637,16 euros por pérdidas por la intervención temporal de la concesión, ni la no inclusión de otra partida por importe de 52.547,66 por gastos de asesoramiento y estudio de la reorganización del servicio, partidas que se hallan correctamente excluidas, tal y como razona la sentencia de instancia por cuanto se trata de conceptos que no tienen encaje alguno en el artículo 247 de la LCSP ya citada, por lo que evidentemente no resultaba procedente su inclusión en la liquidación.

Tampoco comparte el Ayuntamiento la valoración que hace la sentencia de la inclusión de la partida por importe de 2.373.464,92 euros en concepto de aportación a la inversión por su valor neto contable y no por su valor total de 2.616.708,02 euros. Ciertamente, en este apartado, la sentencia de instancia adolece de una evidente falta de motivación puesto que al respecto señala:

*"También debe admitirse la aplicación proporcional de la otra partida por importe de 2.373.464,92 euros".*

En este sentido, nada justifica, que la referida partida por importe de 2.616.708,02 euros no debe incluirse en su totalidad, con independencia de cuál sea su valoración a nivel contable, lo que ha de conducir en este punto a la estimación del recurso.

Finalmente, la discrepancia se centra en la partida de 1.088.591,38 euros, en concepto de mejora de la inversión a coste 0 que la sentencia incluye y el Ayuntamiento recurrente entiende que no procede su inclusión. En este sentido, debemos compartir el argumento de la sentencia de instancia, por cuanto es evidente que con independencia del concepto de dicha mejora, la misma constituye una inversión, y como tal debe ser incluida en la liquidación, puesto que lo contrario sería permitir un enriquecimiento injusto en favor del Ayuntamiento, legalmente proscrito.."

Procede que entremos ya a examinar la cuestión suscitada en casación.

#### **SEGUNDO.- Cuestión señalada como de interés casacional.**

Según el auto de la Sección Primera de esta Sala de 2 de diciembre de 2021, de admisión del presente recurso, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se refiere a examinar si en la liquidación efectuada en los contratos mixtos de obra y explotación de un servicio público, en caso de resolución anticipada del vínculo contractual por causa no imputable a la Administración, la sobreinversión del concesionario en la obra ejecutada, establecida en el contrato como mejora del objeto del contrato sin coste para aquella, constituye parte de la inversión a abonar al mismo. Y aclarar la aplicación de los principios de prohibición del enriquecimiento injusto y de riesgo y ventura del concesionario en un supuesto contractual.

El auto de admisión identifica como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación el artículo 247 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y concordantes, ello sin perjuicio -señala el propio auto- de que la sentencia haya de extenderse a otros si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso,



de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### **TERCERO.- Posición de las partes procesales.**

El Ayuntamiento de Cabrils recurrente denuncia la infracción del artículo 129.1 LCSP aplicable al caso, así como la jurisprudencia de esta sala sobre el carácter de los pliegos como ley del contrato, citando entre otras las SSTs de 22 de marzo de 2022, de 1 de diciembre de 2020 y de 27 de mayo de 2009, normativa y jurisprudencia que el Tribunal Superior debió de observar y considerar que la mejora controvertida se encontraba prevista en el contrato concesional y no constituían ningún coste para el Ayuntamiento. Considera que la Sala ha omitido que la mejora en la inversión para la construcción del complejo deportivo ofertada por el concesionario está prevista en las cláusulas 12 y 13 del Pliego de Condiciones Administrativas y Técnicas particulares suscritas entre las partes. Recuerda el concepto de mejora definido por el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales y señala que la mejora se incluía en las referidas cláusulas contractuales que parcialmente transcribe, así como la oferta realizada por la empresa inicialmente licitadora, sustituida por Areva Trading S.L.U, y que se prevén en el punto 2.8 del contrato administrativo suscrito entre las partes.

De igual modo, la parte recurrente aduce la infracción del artículo 247.1 LCSP por infracción en la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto y la jurisprudencia existente en el marco de la contratación administrativa, con cita de las SSTs de 8 de febrero de 2016, y 17 de Mayo de 2012, entre otras, considerando que el artículo 247.1 LCSP no prevé el abono al concesionario de tales mejoras, en tanto es una sobreinversión voluntaria de éste y no constituir inversiones necesarias

Considera vulnerados el citado artículo 247.1 LCSP y de los artículos 199 y 125 LCSP, relativos al principio de riesgo y ventura. El hecho de que el concesionario incurriera en concurso de acreedores no resulta imputable al Ayuntamiento ni, por ende, la resolución contractual, formando parte del riesgo inherente a la ejecución del contrato. Manifiesta que si el importe íntegro de la mejora a la inversión a coste "0" para la Administración forma parte del activo a abonar por aquel, se trasladaría al Ayuntamiento el riesgo que debe asumir el concesionario que realiza la mejora voluntaria, máxime cuando el contrato se resuelve por causa no imputable al Ayuntamiento.

Manifiesta, la vulneración de los artículos 9.3 y 24.1 CE, del artículo 218.1 y 2 de la LEC y del artículo 38.1 LJCA, por incurrir la sentencia en incongruencia que provoca indefensión a la actora, produciéndose una incongruencia en su perjuicio. La sentencia impugnada supone un agravamiento de la condición del Ayuntamiento en relación a la partida relativa a la mejora en la inversión en la ejecución de la obra a coste "0" y ofertada por el concesionario, dado que el importe de la liquidación a favor del concesionario sería muy superior al fijado en la sentencia de instancia. Se produce una patente indefensión del Ayuntamiento de Cabrils, al exceder la sentencia los límites en los que se planteó el recurso de apelación y al reformar peyorativamente la sentencia de instancia, causando perjuicio al Ayuntamiento.

Por su parte, la sociedad mercantil <<Areva Trading S.L.U>> se opone a los motivos de impugnación esgrimidos por la recurrente, aduciendo respecto a la mejora regulada en los artículos 147 y 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 67 RGLCAP (Real Decreto 1098/2001), que según la normativa y las resoluciones de los tribunales de contratación, y de órganos consultivos de contratación, se trata de elementos perfeccionadores del contrato pero no imprescindibles para definir el objeto del mismo. Considera que en virtud de la doctrina existente, el contratista tiene derecho a que se le abone la obra efectivamente realizada, y la inalterabilidad de los contratos administrativos no puede conducir a un enriquecimiento de la Administración en perjuicio del contratista. Cita la jurisprudencia al respecto - STS de 12 de diciembre de 2022, entre otras- en que el núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de tercero, como en este caso. Entiende que procede incluir la partida de coste "0" en la liquidación al tratarse de una mejora aceptada expresamente por la Administración, que se ha servido de la obra ejecutada para proceder a una nueva adjudicación a otra entidad, con una gran parte de la obra ejecutada.

En relación al principio de riesgo y ventura del contratista, al haberse resuelto anticipadamente el contrato por concurso de Areva, ésta no pudo cubrir su propia inversión, de lo que se ha beneficiado la Administración al adjudicar el contrato a un tercero. Dicho riesgo no puede amparar el aprovechamiento de la Administración y ha de compensar al concesionario. Este principio general de riesgo y ventura del contratista se atenúa por vía de la equidad y prohibición del enriquecimiento injusto, admitiéndose indemnizaciones en supuestos de exceso de obra cuando resulta necesario y se ha ejecutado realmente con el fin de llegar a un equilibrio entre los intereses de las partes.

### **CUARTO.- Antecedentes del recurso necesarios para dar respuesta a la cuestión de interés casacional.**



Para el examen de la cuestión que se suscita en el auto de admisión es necesario partir de los antecedentes del recurso, esenciales para la correcta interpretación del artículo 247 de la LCSP.

Así, figuran en el expediente administrativo como elementos relevantes, los siguientes datos:

1. El Ayuntamiento de Cabrils procedió a la licitación de las obras de ejecución y explotación de un complejo deportivo con piscina cubierta en dicho término municipal. Los criterios de adjudicación se recogen en las cláusulas nº 12 y 13 del Pliego de condiciones técnicas en las que se contemplan la presentación de mejoras que contribuyen a enriquecer el servicio objeto del contrato, que se recogen en los siguientes términos:

<<Cláusula 12. Criterios de adjudicación

Se establecen los siguientes criterios de adjudicación (valorados en un total de 180 puntos) directamente vinculados al objeto del contrato y en relación a los siguientes aspectos:

1. Obra (con un máximo de 35 puntos) (...)
2. Económicos y de explotación del servicio (con un máximo de 70 puntos) (...)
3. Financiación (con un máximo de 50 puntos) (...)
4. Otras mejoras (con un máximo de 25 puntos). Se valorarán las propuestas de mejoras que contribuyeran a enriquecer el servicio objeto de contrato y no hayan estado valoradas en los anteriores criterios de puntuación.

Cláusula 13. Documentación a presentar.

4. Otras mejoras

Los licitadores deberán describir las posibles mejoras que ofrezcan en relación a los requisitos establecidos en el presente pliego de cláusulas administrativas, siempre que puedan contribuir a enriquecer el servicio objeto del presente contrato y se demuestre su viabilidad.

Particularmente, se valorará como mejora a la financiación, el aumento de superficie construida y el equipamiento del Complejo Deportivo de Cabrils a cargo del concesionario." >>

La sociedad <<Areva Trading S.L.U>> presentó su oferta económica, que incluía en concepto de mejora, tal y como obra al folio 795 del expediente administrativo, lo siguiente:

"(...)una vez conocidas las condiciones exigidas para optar a la adjudicación de las obras de construcción y explotación de un complejo deportivo en Cabrils en terrenos de dominio público municipal, declara bajo su responsabilidad la asunción de los siguientes compromisos:

1. Ejecutar las obras del nuevo Complejo Deportivo de Cabrils de acuerdo con el Proyecto Ejecutivo aprobado por el Ayuntamiento de Cabrils y un presupuesto de Ejecución Material total de 3.3105.812€ IVA no incluido; en caso de resultar adjudicatarios **ampliaremos el complejo según proyecto de licitación propuesto llegando a los 4.305.847€ (18% IVA no incluido)**"

En fecha de 22 de noviembre de 2010, el Ayuntamiento de Cabrils y la sociedad mercantil <<Areva Trading, S.L.U>> suscribieron el contrato de concesión administrativa para la ejecución de obras y explotación de un complejo deportivo con piscina cubierta en dicho término municipal. El precio del contrato ascendió a la suma de 3.105.812 euros y 659.046.16 euros en concepto de IVA. De este importe, el Ayuntamiento se obliga a aportar la suma de 2.600.000 euros librados durante la ejecución de obras mediante certificaciones y una subvención niveladora para el equilibrio económico y de financiamiento de la concesión durante 17 años, termino previsto para la amortización de la inversión, a razón de 105.000 euros cada año.

En el apartado 2.8 del contrato de concesión administrativa para la ejecución de obra y de explotación del complejo deportivo suscrito el 22 de noviembre de 2010 entre el Ayuntamiento de Cabrils y la mercantil <<Areva Trading, S.L.U >> figuran las modificaciones del proyecto :

"2.8.- Modificaciones del proyecto.

Las obras se ejecutarán de conformidad con el proyecto de ejecución aprobado definitivamente por el Ayuntamiento, en sesión ordinaria de fecha 30 de septiembre de 2010, con la inclusión de las mejoras ofertadas por el adjudicatario, que a simple título enunciativo, para que consten en la oferta presentada por la adjudicataria, son las siguientes:

Programa y gestión:

-Aumento de la superficie del espacio fitness y vestidores



- Espacio acuático en dos piscinas de 20x10 y 10x8 para poder realizar los cursos tanto con niños como con adultos.
- Zona de Wellness
- Ampliación y redistribución de los vestidores de grupos.
- Ampliación de las salas de actividades dirigidas a tres
- Modificación del acceso al edificio mejorando la circulación interna y la del resto de los equipamientos deportivos.
- Mejora de la circulación del tránsito rodado en la planta subterránea,
- Modificación de la ubicación del bar restaurante, independizándolo del resto de la instalación.
- Cambio en la orientación del edificio, mejorando la eficiencia energética.

#### Arquitectura:

- Modificación de cota de implantación del edificio para mejorar el comportamiento inundable de la parcela.
- Eliminación del acceso a través del puente (de nueva construcción) sobre la riera aprovechando el acceso existente.
- Aproximación del acceso a la zona de aparcamientos.
- Modificación de los vehículos de mantenimiento para evitar interrupciones en el funcionamiento general.
- Acceso independiente del bar.
- Integración armónica del proyecto en el paisaje.
- Aumento de la superficie útil de los espacios interiores.
- Mejoras en el espacio libre exterior.
- Cambio de los materiales de fachada por otros más duraderos y de menor mantenimiento.

#### Instalaciones:

- Instalación de una caldera de Biomasa.
- Sustitución de las placas solares por Biomasa.

#### Estructura:

- Cambio de la cubierta a una de lleugera.
- Cambio de la estructura principal de la cubierta por fusta laminada y así mejorar la calidad de los diferentes ambientes.
- Mejora de la ornamentación, pasando a ser sabates superficiales y riostras.

#### Superficies:

- Ampliación total de la superficie útil de la instalación en 499,71 m<sup>2</sup>.

No obstante lo anterior, motivadamente, se podrá excepcionalmente acordar modificaciones desde el Ayuntamiento que sean consecuencia de necesidades nuevas, de omisiones o de causas técnicas imprevistas al momento de redactarse los proyectos, a iniciativa del Ayuntamiento o de la Sociedad concesionaria. En caso de que las modificaciones superen el 20 % del proyecto previsto, el concesionario tendrá facultad para rescindir unilateralmente el contrato.

Si estas mejoras repercutieran en unos cambios (tanto de ejecución de las obras como de volumetría y recorridos de toda la zona deportiva) que impliquen que la adjudicación haya de ser motivo (..)

La reseñada sociedad adjudicataria, <<Areva Trading, S.L.U.>> entró en fase de liquidación del concurso de acreedores, en el procedimiento concursal 29/2015, seguido en el Juzgado Mercantil núm.4 de Barcelona. Por tal razón, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 246.2 de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se procede a la resolución y a la liquidación económica del contrato administrativo.

Tras la emisión de los correspondientes informes, por el Pleno del Ayuntamiento de Cabriels de 31 de marzo de 2016 se aprueba la liquidación económica del contrato de concesión fijando como saldo de la liquidación la suma de 282.950,75 euros a favor del Ayuntamiento y a cargo de la concesionaria, valorando en dicho acuerdo





el activo en la suma de 4.205.525,58 euros a favor del concesionario y la cantidad de 1.200.035 euros a favor del Ayuntamiento.

Disconforme con esta resolución, la aludida mercantil formula recurso contencioso administrativo y en lo que aquí interesa, en relación a la partida correspondiente a la mejora de la obra, el Juzgado de Barcelona asume la tesis de la parte recurrente, que considera que la mejora ofertada no es más que un activo que ha recibido el Ayuntamiento de Cabrils y que deberá abonar según el grado de amortización, que establece en la suma de 1.088.591,38 Euros. Este criterio se confirma por el Tribunal de Justicia de Cataluña, por considerar al igual que el Juzgado, que con independencia del concepto de mejora, constituye una inversión y que como tal debe ser incluida en la liquidación, y afirma, <<puesto que lo contrario sería permitir el enriquecimiento injusto en favor del Ayuntamiento>>, esto es, considera la mejora como una verdadera inversión en favor del Ayuntamiento, que ha de ser indemnizada al concesionario.

Pues bien, el artículo 247 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, regula los efectos de la resolución y dispone lo siguiente:

<<[...] Efectos de la resolución.

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 restará 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.>>

En este supuesto no se discute por las partes procesales la consideración de <<mejora>> de las concretas actuaciones llevadas a cabo por la sociedad concesionaria, no siendo necesario ahondar en este aspecto, que se reconoce por ambas partes procesales. Lo que se discute es el carácter indemnizable o no de la mejora a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 247 LCSP y si la mejora pactada a cargo exclusivo del concesionario y sin coste alguno (coste 0) para el Ayuntamiento de Cabrils que figura en el Pliego de las condiciones se integra en el concepto de inversión contemplado en el reseñado artículo 247 LCSP. Según la Corporación recurrente, la mejora es un incremento del coste de la obra respecto al inicialmente previsto a cargo exclusivo del concesionario según consta en el pliego de cláusulas de la concesión, que no conlleva coste alguno para ella, en tanto que la mercantil recurrida sostiene su carácter indemnizable, por tratarse, en suma, de una inversión realizada a favor del Ayuntamiento y como tal resarcible, tesis asumida en la Sentencia ahora recurrida, al igual que la dictada en primera instancia.

#### **QUINTO.- La jurisprudencia de esta Sala.**

Es jurisprudencia reiterada de esta Sala Tercera que los pliegos constituyen la ley del contrato, rigen la vida de la relación contractual y, antes, son el referente sobre el que los licitadores deben hacer sus ofertas de mejora. Entre otras Sentencias cabe reseñar las que la parte recurrente invoca en su escrito de interposición del recurso, las de fecha 1 de diciembre de 2020 (RC 2408/2019) y 22 de marzo de 2021 (RC 4095/2019) que recogen la precedente jurisprudencia y reiteran la doctrina de la Sentencia de 29 de abril de 2009 (RC 1606/2007) que declara que << es pacífico en la doctrina científica y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes. Bien lo expresa el Alto Tribunal, p. ejem. en su sentencia de 9 de julio de 1988 : "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego". (...) El artículo 1281 del Código Civil , párrafo 1º, establece que "si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intervención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas">>.

Y, asimismo, en las anteriores Sentencias de 18 de mayo de 2004, (RC nº 136 y 139/1999), respecto de la renuncia del contratista en una cláusula del pliego de condiciones, la Sala declaró que << el Pliego de Condiciones del contrato, que exige para la prestación del servicio de conducción del correo entre Barcelona y los centros de reparto establecidos en las sucursales 23, 25, 27 y 30 un camión de siete toneladas con furgón cerrado, previene en la cláusula 22 que la Administración se reserva la facultad de modificar el itinerario y horario de la conducción contratada y de "suprimirla" cuando así conviniere al servicio, sin que contra cualquiera de dichos acuerdos el contratista pueda alegar derecho alguno. En el contrato celebrado el 3 de agosto de



1974 el adjudicatario declara que acepta y se obliga a cumplir el servicio con arreglo a todas las condiciones del Pliego. (...) Pues bien, en el caso de autos no son aplicables los artículos 79 y 80 de la LCE, ya que la cláusula 22 del Pliego de Condiciones contiene una expresa renuncia del contratista a alegar derecho alguno y, por tanto, comprende también la renuncia a solicitar una indemnización, en los supuestos de supresión del servicio, como ha acontecido en el supuesto enjuiciado. (...) Esta cláusula es perfectamente válida. Se encuentra amparada en el principio de libertad de pactos que se recoge en el artículo 3 de la LCE, no habiendo en ella nada contrario al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En relación con el ordenamiento jurídico, el artículo 6.2 del Código Civil admite como válida la renuncia a los derechos reconocidos por las leyes (en este caso a la indemnización en caso de supresión del servicio), exigiendo solamente que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros, circunstancias que no se dan en el supuesto que analizamos. (...) Por otra parte, tampoco cabe invocar la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de gestión de servicios públicos, ya que la empresa contratista sabía desde el primer momento, al aceptar el Pliego de Condiciones, que en caso de suprimirse el servicio no tendría derecho a indemnización alguna, por lo que sus previsiones debían incluir forzosamente la amortización del material e inversiones realizadas para la prestación del servicio de conducción del correo>>.

#### **SEXTO.- La resolución del recurso. Retroacción de actuaciones.**

La doctrina que acabamos de reproducir, establecida por la Sección Cuarta de esta Sala en las indicadas sentencias que parcialmente hemos transcrito, resulta enteramente trasladable al caso que ahora nos ocupa.

Pues bien, según hemos visto en la jurisprudencia que hemos reseñado en el apartado anterior, la cuestión referida a la mejora ofertada por el concesionario, sin coste para la Administración local a los efectos de liquidación del contrato ex artículo 247 LCSP, debe resolverse atendiendo a lo expresamente pactado por las partes en el Pliego de las condiciones particulares que rige el contrato. Y partiendo de esa consideración es claro que la empresa concesionaria asumió de forma voluntaria la mejora del objeto de la concesión, según los términos que figuran en las estipulaciones convenidas. Se desprende de su contenido, de forma clara y de conformidad con la oferta económica y técnica presentada, que el importe de la mejora fue asumida en su totalidad por la adjudicataria de la concesión, sin conllevar gasto alguno para la Corporación y siendo esto lo convenido por las partes, es obvio que en la liquidación del contrato concesional ha de estarse a dichos pactos y condiciones que definen las prestaciones a que se comprometen las partes. Y es que no es aplicable el principio de enriquecimiento injusto cuando se trata de una prestación concertada en el contrato concesional, pues en estos casos, la fuente de la obligación surge del contrato y el enriquecimiento injusto sólo es aplicable en defecto de éste.

Procede, por ello, concluir que la mejora asumida por el concesionario y plasmada en el contrato concesional no puede considerarse como una inversión indemnizable ex artículo 247 LCSP a los efectos de su inclusión en la liquidación del contrato, no siendo de aplicación a este supuesto el principio de enriquecimiento injusto al que apela la Sala del TSJC, cuando las concretas prestaciones se encuentran recogidas en documentos contractuales que vinculan a partes, al concesionario y a la Administración Local. Es indudable que la mejora y la aceptación de su precio se encontraba explícitamente contemplada en el Pliego de condiciones técnicas y en las cláusulas del contrato de concesión que se celebró siguiendo los cauces estrictos de la normativa reguladora de los contratos públicos. En el Pliego y en las cláusulas se detalla y se establece que dichas prestaciones adicionales o mejoras serán a cargo del concesionario sin contraprestación económica por parte del Ayuntamiento, previsión contractual que no es alterada ni modificada por la aplicación de dicho principio de enriquecimiento injusto, que no desplaza la legislación de contratos públicos, al estar incorporada en el Pliego que rige el contrato y que vincula a las partes.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a declarar haber lugar al recurso de casación, debiendo ser casada y anulada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el extremo que entendió que las mejoras pactadas constituían una inversión indemnizable en virtud de un principio de prohibición de enriquecimiento injusto, que no resulta aplicable, dado el acuerdo expreso de las partes.

Ahora bien, en el escrito de interposición del recurso de casación la representación del Ayuntamiento de Cabriels plantea otra cuestión de índole procesal, relativa a la supuesta incongruencia de la sentencia, relacionada con su posición procesal como parte apelante. Se afirma que la sentencia empeora su condición en relación a la determinación del valor de una partida que determina que la Corporación quede en peor condición que respecto del fallo establecido en la Sentencia de instancia.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resulta procedente que acordemos la retroacción de actuaciones a fin de que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronuncie y resuelva conforme a derecho el recurso de



apelación, en el bien entendido que no procederá entrar a un nuevo examen de la cuestión relativa al carácter no indemnizable de la mejora, al haber quedado ya resuelta dicha cuestión en esta sentencia.

#### **SÉPTIMO.- Costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia ni las del recurso de apelación, habida cuenta que lo que vamos a acordar en la parte dispositiva es la devolución de las actuaciones a la Sala de la que proceden para que dicte nueva sentencia resolviendo el recurso de apelación.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de esta sentencia:

**1.-** Ha lugar al recurso de casación nº 1394/2021, interpuesto en representación del AYUNTAMIENTO DE CABRILS contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 24 de noviembre de 2020 (apelación nº 82/2019 ) en la que se acuerda la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el mismo Ayuntamiento contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Barcelona de fecha 2 de octubre de 2018 (recurso contencioso-administrativo 344/2016), quedando ahora anulada y sin efecto la sentencia en la cuestión referida.

**2.-** Se ordena devolver las actuaciones a la Sala de la que proceden para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, emita sentencia resolviendo lo que proceda sin que pueda entrar a un nuevo examen de la cuestión relativa al carácter indemnizable de la mejora, habiendo quedado ya resuelta la cuestión de interés casacional.

**3.-** No hacemos imposición de costas derivadas del recurso de casación, debiendo estarse, en cuanto a las costas del proceso de instancia y del recurso de apelación, a lo que se resuelva en la nueva sentencia que dicte la Sala de lo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver el recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.