



Roj: **STS 199/2021 - ECLI:ES:TS:2021:199**

Id Cendoj: **28079130042021100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/01/2021**

Nº de Recurso: **2215/2019**

Nº de Resolución: **85/2021**

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

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 8560/2018,**  
**ATS 1435/2020,**  
**STS 199/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 85/2021**

Fecha de sentencia: 27/01/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2215/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: RBA

Nota:

R. CASACION núm.: 2215/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 85/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 27 de enero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2215/2019, interpuesto por Concesionaria Costa del Sol, S.A., representada por el procurador don Daniel Búfala Balmaseda y bajo la dirección letrada de don Ernesto García-Trevijano Garnica, contra la sentencia nº 6/2018 de 9 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga y recaída en el recurso 180/2016. Ha sido parte recurrida la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, (APESCS) representada por la procuradora doña María Isabel Campillo García y asistida por el letrado don José Luis Nores Escobar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.-

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación interpuesto en nombre de CONCESIONARIA COSTA DEL SOL, SA., contra la sentencia nº 215/15, de 7 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de MÁLAGA, en el PO 300/12.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas a la parte apelante.[...]"

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Concesionaria Costa del Sol, S.A, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de fecha 23 de septiembre de 2019, se tuvo por personados a don Daniel Búfala Balmaseda en representación de Concesionaria Costa del Sol, S.A como parte recurrente, y a la procuradora doña María Isabel Campillo García, en nombre y representación de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, como parte recurrida.

**CUARTO.-** Por auto de 18 de febrero de 2020, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero. - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Concesionaria Costa del Sol SA contra la sentencia de 9 de enero de 2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Funcional Segunda, del Tribunal Superior de Andalucía (sede Málaga), (recurso de apelación núm. 180/2016).

Segundo.- Precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es aclarar si a obligación de puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras a explotar mediante la concesión, debe ser legal y pacífica durante la ejecución de la obra y también, durante la explotación de la misma y, si la desposesión de los terrenos por un tercero ajeno a la concesión supone una causa de resolución de la concesión.

Tercero. - Identificamos como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, la contenida en los artículos 264.f) y 242 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), equivalente al actual artículo 279.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Cuarto.- Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de apelación la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto. [...]"



**QUINTO.-** Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando a la Sala:

"[...] que tenga por presentado este escrito, por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de 9 de enero de 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictada en el recurso de apelación 180/216, admitiéndolo, estimándolo y dictando en su día Sentencia según las pretensiones deducidas y pronunciamientos solicitados en el apartado V de este escrito, que damos aquí por enteramente reproducidos. [...]"

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 24 de junio de 2020, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "[...] que tenga por presentado este escrito, por opuesto el recurso de casación, y, tras los trámites de rigor, confirme la Sentencia recurrida.[...]"

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

**OCTAVO.-** Mediante providencia se señaló para votación y fallo la audiencia el día 26 de enero de 2021, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de Concesionaria Costa del Sol S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede de Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de enero de 2018.

Los antecedentes del asunto, por lo que ahora importa, son como sigue. Con fecha 8 de agosto de 2007, se celebró un contrato de concesión de obra pública entre la empresa pública Hospital de la Costa del Sol -más tarde denominada Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol S.A.- y Concesionaria Costa del Sol S.A. El objeto del contrato era la construcción de un edificio adicional para el centro hospitalario, así como de un aparcamiento subterráneo y dos aparcamientos en superficie. Se estipuló asimismo que la retribución de la concesionaria consistiría en la explotación de los aparcamientos en superficie. Durante la ejecución del contrato hubo algunos desencuentros entre ambas partes, así como una modificación parcial de los términos del contrato.

Una vez terminada la obra, la concesionaria solicitó la licencia de apertura al Ayuntamiento de Marbella. No habiendo recibido respuesta, entendió la concesionaria que se había producido el otorgamiento por silencio positivo y pidió la correspondiente certificación. Ésta fue denegada para uno de los aparcamientos en superficie -el denominado Aparcamiento Oeste- por decreto del Concejal de Comercio y Vía Pública de 7 de julio de 2011. La razón dada fue que dicho aparcamiento se encuentra en terreno de dominio público municipal. El mencionado acto administrativo ordenó, además, retirar las barreras que impedían el acceso al aparcamiento.

A la vista de ello, la concesionaria pidió la resolución del contrato, con base en el art. 264.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000), aplicable al caso *ratione temporis*. Dicho precepto legal, idéntico al vigente art. 279.b) de la Ley de Contratos del Sector Público, configura como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública:

"[...] La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.[...]"

Según la concesionaria, debe entenderse que la obligación de la concedente de poner a su disposición el terreno para la ejecución de la obra -obligación cuyo incumplimiento es causa de resolución del contrato, con arreglo al precepto legal transcrito- comprende también la obligación de la concedente de asegurarle la pacífica posesión del terreno durante todo el tiempo que dure la relación contractual; y ello porque, de no ser así, la concesionaria no podría explotar la obra realizada y obtener su retribución.

No habiendo recibido respuesta, la concesionaria interpuso recurso de reposición, que fue desestimado con fecha 1 de febrero de 2011. Acudió entonces a la vía jurisdiccional, donde su pretensión de resolución del contrato fue rechazada por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga de 21 de septiembre de 2015, más tarde confirmada en apelación por la sentencia ahora impugnada.

De la lectura de las sentencias de instancia y de apelación resulta que el decreto del Concejal de Comercio y Vía Pública de 7 de julio de 2011 fue impugnado tanto por la concesionaria como por la concedente, siendo anulado mediante sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Málaga de 29 de octubre de 2013.



Esta sentencia fue luego confirmada en apelación por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga de 18 de septiembre de 2017.

Dicho esto, la sentencia impugnada se fundamenta, ante todo, en que la puesta a disposición del terreno para la construcción del edificio adicional y de los aparcamientos efectivamente se hizo, como lo demuestra que la obra fue terminada. Añade que, de conformidad con una jurisprudencia constante, no basta cualquier incumplimiento contractual para justificar la resolución, sino que debe tratarse de un incumplimiento grave y determinante de la imposibilidad de ejecutar el contrato; algo que, siempre según la Sala de apelación, no ha sido acreditado. En fin, la sentencia impugnada afirma que la denegación por el Ayuntamiento de Marbella de la licencia de apertura del Aparcamiento Oeste -que califica como "hecho ajeno"- no puede caracterizarse como una falta de puesta a disposición del terreno, ni siquiera en lo que concierne a la explotación por la concesionaria del aparcamiento ya construido; y ello porque dicho acto administrativo ha sido anulado en sede jurisdiccional.

**SEGUNDO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación, la concesionaria y ahora recurrente argumenta fundamentalmente que sobre la concedente pesa una obligación de asegurar la pacífica posesión del terreno en que se halla la obra durante todo el tiempo de duración de la relación contractual: si no fuera así, la concesionaria no podría explotar la obra y recibir su remuneración; lo que constituye un elemento esencial en esta relación contractual de tracto sucesivo. De aquí infiere, además, que el incumplimiento de esta obligación es grave y determinante de la imposibilidad de ejecución del contrato, en el sentido requerido por la jurisprudencia.

La recurrente combate también la afirmación de la sentencia impugnada de que la disponibilidad sobre el terreno en que se asienta el Aparcamiento Oeste no puede ser ya cuestionada, una vez que el acto administrativo denegatorio de la licencia de apertura ha sido anulado. Frente a ello se aduce que la mera circunstancia de que el terreno no sea de titularidad de la concedente, sino de dominio público municipal, determina inseguridad en cuanto a la necesaria posesión de aquél por la concesionaria de manera pacífica y continuada durante todo el tiempo en que tiene derecho a la explotación de la obra.

**TERCERO.-** La concedente y ahora recurrida utiliza, en su escrito de oposición al recurso de casación, dos argumentos. Uno es que, para ser causa de resolución, la falta de puesta a disposición del terreno debería ser determinante de la imposibilidad de ejecutar el contrato en su conjunto; algo que, a su juicio, no ha sido demostrado por la recurrente. Y el otro argumento es que, con independencia de quién sea el titular del terreno sobre el que se ha construido el Aparcamiento Oeste y de cuál sea la naturaleza del mismo, lo cierto es que existe un título habilitante válido para su explotación por la concesionaria, desde el momento en que ha sido declarado en sede jurisdiccional que el Ayuntamiento de Marbella no tenía base jurídica para denegar la licencia de apertura.

**CUARTO.-** Mediante auto de 18 de febrero de 2020, la Sección 1ª de esta Sala admitió el recurso de casación, estableciendo que la cuestión que presenta interés casacional objetivo es:

"[...] aclarar si la obligación de puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras a explotar mediante la concesión, debe ser legal y pacífica durante la ejecución de la obra y también, durante la explotación de la misma y, si la desposesión de los terrenos por un tercero ajeno a la concesión supone una causa de resolución de la concesión [...]"

**QUINTO.-** Abordando ya el tema controvertido, debe decirse, de entrada, que la caracterización que hace la sentencia impugnada de la denegación de la licencia de apertura por la correspondiente Administración municipal como un "hecho ajeno" a la relación contractual entre la concedente y la concesionaria puede prestarse a equívoco. Ciertamente, quien denegó la licencia de apertura no fue la concedente, sino otra entidad administrativa, que ejerce sus competencias con independencia de ella. Pero de aquí no se desprende que ese acto de un tercero no pueda tener influencia en el correcto desarrollo de la concesión, precisamente en la medida en que impida el puntual y completo cumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas por las partes.

El punto crucial no puede ser, así, si la referida denegación de la licencia de apertura fue un "hecho ajeno" a la concedente. Lo verdaderamente decisivo es, más bien, si ese acto de un tercero impidió el desarrollo de la concesión y, en particular, si impidió la explotación del Aparcamiento Oeste por parte de la concesionaria. Y en este mismo orden de consideraciones es relevante, asimismo, el comportamiento de la concedente frente a ese acto de un tercero potencialmente perturbador de la concesión.

Pues bien, es precisamente en esta perspectiva donde -más allá de la equívoca expresión "hecho ajeno"- se sitúa la sentencia impugnada. De la lectura de ésta se desprende, sin sombra de duda, que su *ratio decidendi* es que la concedente actuó con diligencia frente a la denegación de la licencia de apertura por la



Administración municipal, impugnándola en sede jurisdiccional y obteniendo su anulación. Ello significa que el posible obstáculo a la explotación del mencionado aparcamiento por la concesionaria desapareció por obra de las sentencias que estimaron el recurso contencioso-administrativo contra el decreto del Concejal de Comercio y Vía Pública de 7 de julio de 2011. Así las cosas, forzoso es concluir que asiste la razón a la concedente cuando afirma que el carácter demanial del terreno sobre el que se asienta el Aparcamiento Oeste no excluye que exista un válido título habilitante para la explotación de éste por la concesionaria.

Esta conclusión no puede verse enervada, como pretende la recurrente, afirmando que la mera circunstancia de que el citado aparcamiento se halla sobre terreno de dominio público ocasiona inseguridad, en la medida en que en cualquier momento la Administración municipal podría iniciar los trámites necesarios para recuperar su posesión. Incluso admitiendo a efectos puramente argumentativos que esto fuera así -algo que esta Sala ni afirma ni niega-, lo cierto es que la cuestión debatida en este litigio no es ésta. Aquí sólo se ha discutido, por haberlo planteado la concesionaria en tales términos, si la denegación de la licencia de apertura por la Administración municipal es subsumible en la causa de resolución prevista en el art. 264.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Todo lo demás es especulación, por no mencionar que entrar en ella podría conducir a un pronunciamiento de futuro.

Por lo demás, dado que debe entenderse que la anulación en sede jurisdiccional de la denegación de la licencia de apertura eliminó el posible obstáculo al desarrollo de la concesión, no cabe hablar de incumplimiento contractual; y, por ello mismo, carece ahora de sentido examinar si hubo un incumplimiento grave, tal como exige la jurisprudencia para que quepa la resolución del contrato de concesión de obra pública. Aun así, a mayor abundamiento puede decirse que no está errada la sentencia impugnada cuando observa que la recurrente no acreditó que la denegación de la licencia de apertura comportase la imposibilidad de ejecución del contrato en su conjunto.

La conclusión de todo ello es que este recurso de casación no puede prosperar, debiendo ser confirmada la sentencia impugnada.

**SEXTO.-** En cuanto a la cuestión que, con arreglo al auto de admisión, tiene interés casacional objetivo, no cabe ahora dar una respuesta. Como se ha visto, un detenido examen del asunto conduce a la conclusión de que el terreno ha estado a disposición de la concesionaria, por lo que el presupuesto mismo de la citada cuestión desaparece. Ello no significa, sin embargo, que dicha cuestión no pudiera volver a suscitarse en otro caso cuyas concretas circunstancias lo permitiesen.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**PRIMERO.-** No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Concesionaria Costa del Sol S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede de Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de enero de 2018, que confirmamos.

**SEGUNDO.-** No hacemos imposición de las costas de este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.