

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID  
SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA**

**Apelación nº 43/2019**

**Ponente:** DÑA. PILAR MALDONADO MUÑOZ

**Apelante:** GEAFE

**Representante:** PROCURADOR D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

**Apelado:** AYUNTAMIENTO DE SOTO DEL REAL

**Representante:** PROCURADOR D. JUAN MANUEL MANSILLA GARCÍA

**SENTENCIA NÚM. 338**

**ILTMO. SR. PRESIDENTE:**

Dª Fátima Arana azpitarte

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

D. Rafael Estévez Pendás

-----

En Madrid, a 23 de mayo de 2019.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso de apelación nº 43/2019 interpuesto por la representación procesal de la mercantil Geafe SL contra sentencia nº 149, de 16 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de los de Madrid en el procedimiento ordinario 343/2016, deducido contra resolución del Pleno del Ayuntamiento de Soto del Real de 23 de julio de 2016, por el que se acuerda resolver el contrato de gestión del servicio público para el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del complejo deportivo Prado Real, por incumplimiento culpable del concesionario.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron

respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

**SEGUNDO.-** Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 23 de mayo de 2019.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la mercantil Geafe SL interpone el presente recurso de apelación contra sentencia nº 149, de 16 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de los de Madrid en el procedimiento ordinario 343/2016, deducido contra resolución del Pleno del Ayuntamiento de Soto del Real de 23 de julio de 2016, por el que se acuerda resolver el contrato de gestión del servicio público para el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del complejo deportivo Prado Real, por incumplimiento culpable del concesionario.

La sentencia desestima el recurso con base a que resulta acreditado en el expediente que la concesionaria no ha cumplido con las mejoras de la inversión inicial propuesta en su oferta, y al no haber ejecutado dichas mejoras ha incumplido con una obligación esencial. La oferta presentada es vinculante y pasa a formar parte del contrato, siendo obligatorio su cumplimiento por ambas partes. El incumplimiento culpable por el recurrente de las condiciones estipuladas en el contrato da lugar a la resolución del mismo. Por otro lado señala que se le ha dado trámite de audiencia a fin de que pudiera formular alegaciones y que la audiencia del avalista, debe producirse cuando se vaya a incautar la fianza.

**SEGUNDO.-** Pretende el recurrente se revoque la sentencia de instancia y se declare la nulidad de pleno derecho el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 23 de julio de 2016, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o se declare la anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico o su anulación habida cuenta de la inexistencia de incumplimiento de la concesionaria denunciado por el Ayuntamiento, condenando al Ayuntamiento a devolver el aval o subsidiariamente a abonarle 20.000 euros, equivalente al importe de ese aval, más intereses, más 52.649,77 euros por daño emergente por el diferencial de ingresos asumidos por la concesionaria a 3 de julio de 2016, más los intereses correspondientes, más 665.266,55 más los intereses en concepto de lucro cesante o subsidiariamente en 300.534,22, más los

intereses correspondientes, alegando , en síntesis, incongruencia omisiva de la sentencia respecto a la alegación de nulidad del acto administrativo por falta del informe preceptivo del secretario de la corporación previo a la resolución del contrato concesional, vulnerando con ello el artículo 114 del TRRL que lo establece como preceptivo para la resolución del contrato y así se puso de manifiesto por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de 21 de julio de 2016, señalando que se trataba de un vicio de anulabilidad y, por tanto subsanable, emitiéndose nuevo informe del Asesor Jurídico de la Corporación, con el visto bueno del Secretario del Ayuntamiento, sosteniendo que dicho asesor jurídico no puede emitir un informe sobre asesoramiento legal preceptivo que es una función reservada a un funcionario de habilitación nacional.

Por otro lado aduce, error en la valoración de la prueba acerca de la falta de valoración por la Mesa de Contratación del proyecto presentado como mejora en inversiones de infraestructuras deportivas, por lo que no estamos ante una obligación esencial del contrato puesto que el criterio de adjudicación 4, que era el proyecto , ni siquiera llegó a ser valorado. Rechazo por parte del Ayuntamiento del proyecto inicialmente presentado en concepto de mejoras de infraestructuras deportivas como lo acredita por la falta de cesión por parte el Ayuntamiento de los espacios donde debía ejecutarse el citado proyecto y con los correos electrónicos. Por tanto si el proyecto no fue ejecutado fue por decisión, única y exclusiva, del Ayuntamiento. Por otro lado afirma error en la valoración de la prueba acerca de la presentación por parte del Ayuntamiento de un nuevo proyecto a ejecutar costeado por Geafe SL en el marco de la concesión como mejora de inversiones y acerca del cumplimiento por Geafe con las inversiones comprometidas en concepto de mejoras en infraestructuras deportivas, lo que consta acreditado en autos, y respecto al contenido y circunstancias en que fueron dictados el informe técnico de 19 de noviembre de 2015, señala que carece de todo valor probatorio y queda desvirtuado con los documentos acompañados con la demanda y respecto al dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de 21 de mayo de 2016, que partió de documentación errónea que le hizo llegar el Ayuntamiento de Soto del Real, ya que dicha Comisión desconocía las inversiones realizadas por la concesionaria que daban cumplimiento a los compromisos contractuales asumidos .

Afirma la apelante que en su oferta presentó una mejora de la inversión inicial de 285.725,25 euros, de los que 34.465,56 correspondían a material o equipamiento deportivo y las restantes 251.259,69 euros a un proyecto básico de obra para ampliar los espacios

deportivos sala fitness, dirigidas, ciclo indoor y zona wellness o termal, si bien al Ayuntamiento no le interesaba la ejecución de dicho proyecto, sino que dicho importe se destinó a otros espacios, en concreto a un nuevo proyecto denominado reforma vestuarios en C) La orden, en Soto del Real. Proyecto realizado a instancias del Ayuntamiento en que no participó la concesionaria, que se limitó a abonar su importe (20.800 en concepto de honorarios por la redacción del proyecto, 238.762,21 euros por trabajos de ejecución y 5.124,29 euros por licencia de obra). Es decir un total de 264.766,50 euros frente a los 251.259,69 que se proponía en la oferta como mejora de inversión en infraestructura.

Por tanto, la ilógica conclusión alcanzada por el Juez de la instancia solo es comprensible si se omite el análisis de los documentos acompañados con la demanda y obrantes en el expediente administrativo acreditativo de que se desechó el proyecto inicial presentado por Geafe y se interesó la ejecución de un nuevo proyecto con cargo a la partida de mejoras en infraestructuras ofertado por la concesionaria.

**TERCERO.-** El Ayuntamiento de Soto del Real se opone a la pretensión actora aduciendo que el informe que emite el asesor jurídico del Ayuntamiento cuenta con el visto bueno del secretario general de la corporación, quién con su firma valida y hace propio dicho informe.

Por otro lado manifiesta que carece de fundamento la alegación de que el Ayuntamiento rechazó el proyecto presentado por la actora en concepto de mejoras, ya que si la adjudicación se hubiera producido no sobre las mejoras ofertadas sino sobre su cuantificación económica para destinar dicho importe a otros destinos diferentes, el PCAP o el PPT necesariamente tendría que haber recogido dicha posibilidad; posibilidad que, por otro lado, no permite la LCSP. Añade que, en ningún momento el Ayuntamiento le ha eximido de sus obligaciones contractuales ni ha renunciado a que el adjudicatario cumpla con todas y cada una de las obligaciones contenidas en su oferta. La aportación de unos correos electrónicos entre un concejal y el concesionario en ningún caso puede considerarse como una modificación contractual, no solo porque no indican intención alguna de modificar el contrato, sino también, porque no existe modificaciones tácitas en los contratos administrativos.

Añade que según el informe del técnico municipal existe un importe total no ejecutado por cuantía de 206.797,72 euros, lo que supone un incumplimiento esencial del contenido del contrato, conforme al artículo 233 del TRLCSP, que lleva aparejada su

resolución. Dice que los Pliegos contemplan varios tipos de obligaciones del contratista en cuanto a la ejecución de obras e instalaciones y así, menciona: a) obras e instalaciones básicas y mínimas a ejecutar en todo caso de forma obligatoria por exigirlo el Pliego de Condiciones (cláusula 9 del PCAP). b) ampliación de las obras básicas, como propuesta de mejora de las obras e instalaciones a ejecutar y que se valoran en la oferta que formule el interesado (estipulación 9 del PCAP). c) obras de conservación y mantenimiento de los edificios, instalaciones y servicios durante la vigencia de la concesión. La actora lo que pretende es que las obras de mantenimiento y conservación sustituyan a aquellas otras obras que propuso en su oferta y por la que resultó adjudicataria.

Concluye señalando que el órgano consultivo ha dictaminado que las mejoras ofertadas y admitidas por la Administración se integran en el contrato y no pueden ser objeto de modificación, salvo que la naturaleza de las mismas lo permitan, éste previsto en el Pliego y ambas partes estén expresamente de acuerdo; aspectos que no se produce en el presente caso.

**CUARTO.-** Pasando al examen de las distintas cuestiones planteadas, alega, en primer término, la actora incongruencia omisiva de la sentencia respecto a la alegación de nulidad del acto administrativo por falta del informe preceptivo del secretario de la corporación previo a la resolución del contrato concesional, vulnerando con ello el artículo 114 del TRRL que lo establece como preceptivo para la resolución del contrato, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 62 de la Ley 30/1992, el acto impugnado es nulo de pleno derecho

Conforme al artículo 33 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa *“los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición”*, añadiendo el artículo 67 que *“la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso”*. Por tanto, los órganos judiciales contencioso administrativos vienen obligados a resolver dentro del límite de las alegaciones deducidas por las partes a no ser que se haga uso de lo dispuesto en el artículo 33.2 que prevé la posibilidad de que *“el Juez o Tribunal, si estima al dictar sentencia que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido debidamente apreciada por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someta a aquellas mediante providencia en que, advirtiéndolo que no se prejuzga el fallo definitivo, lo exponga y conceda a los interesados un plazo común de 10*

*días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas con suspensión del plazo para pronunciar el fallo*". De forma similar el artículo 65.2 afirma que *"Cuando un Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de 10 días para ser oídas sobre ello"*. Dichas disposiciones están encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso.

EL Tribunal Constitucional en sentencia 36/2006, de 13 de febrero ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuestas a las pretensiones de las partes, es decir, una desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. La citada doctrina distingue entre los que son meras alegaciones formuladas por la partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, de 24 de septiembre). Son solo estas últimas las que exigen una respuesta congruente, ya que no es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas. Cabe, además, una respuesta tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos.

En el caso enjuiciado, el recurrente solicitó la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por falta del informe preceptivo del secretario municipal previo a la resolución del contrato, como así se hace constar expresamente en el fundamento de derecho primero apartado d) y e) de la sentencia apelada, sin que la sentencia contenga pronunciamiento alguno al respecto, por lo que, tal y como sostiene el apelante se ha producido una incongruencia omisiva. En puridad el recurso debería devolverse al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de los de Madrid para que se pronunciara sobre dicha pretensión, no obstante, dado que en las actuaciones constan todos los datos a tomar en consideración para resolver dicha problemática y que las partes procesales efectúan alegaciones sobre dicha cuestión en su recurso de apelación y oposición al mismo, sin que soliciten su devolución al citado Juzgado, a fin de evitar mayores demoras pasamos a pronunciarnos sobre si la resolución administrativa impugnada es nula de pleno derecho por el motivo expuesto.

En el Derecho Administrativo la regla general es la de anulabilidad del acto administrativo, por lo que solo pueden considerarse como nulos de pleno derecho los actos previstos como tales en la Ley, concretamente en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de

Octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ( anteriormente artículo 62 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) ; en consecuencia, no existen otras causas de nulidad de pleno derecho que las expresamente establecidas en la Ley, las cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva.

El artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (anteriormente art. 62.1.e) de la Ley 30/1992) exige para acordar la nulidad de pleno derecho que la Administración haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo cual es evidente que por el motivo alegado no ocurre en el supuesto enjuiciado .

Ahora bien tampoco cabe acordar la anulabilidad. En efecto, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 13 de Marzo de 1991, 1 de Marzo de 1998 y 24 de Marzo del 2010, entre otras muchas ), no todos los vicios o infracciones cometidos en la tramitación de un expediente tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, dado que la nulidad de las actuaciones administrativas solo debe estimarse ante gravísimas infracciones del procedimiento que impida el nacimiento del acto administrativo o produzca la indefensión de los administrados, por lo que favorece siempre la tendencia a la reducción de la virtud invalidante, de tal manera que antes de llegar a una solución tan extrema hayan sido tomadas en consideración todas las circunstancias concurrentes, impuestas por la importancia y consecuencia de los vicios denunciados, la entidad del derecho afectado y la situación o posición de los interesados en el expediente, ya que de otra manera se incurriría en un extremado formalismo repudiado en la propia Ley, con la consecuencia de dañar gravemente la operatividad de la actuación administrativa. El artículo 48.2 de la Ley 39/2015 ( antes art. 63.2 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre), establece que el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados. Por tanto, es este precepto el que limita los efectos de las infracciones formales impidiendo que cualquier vicio formal genere la anulación del acto. Para que la anulación sea procedente el recurrente ha de probar la concurrencia de la “ indefensión” o la “ inidoneidad” radical del acto para alcanzar su fin y a este respecto el Tribunal Constitucional en Sentencia 144/1996 de 16 de Septiembre afirma que en un procedimiento administrativo lo verdaderamente decisivo es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en los aspectos esenciales del conflicto en el que se encuentra inmerso, atendido que la indefensión relevante (STC

210/1999) viene a ser una situación en la que tras la infracción de normas de procedimiento se impide a alguna de las partes el derecho de defensa ejercitando el derecho de contradicción (SSTC 89/1986 y 145/1990); indefensión que ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción administrativa, sino que este haya causado un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa.( SSTC 90/1988, 43/1989, 89 y 118/97, 26/1999 y 13 y 29/2000 entre otras), añadiendo la STS de 17 de Diciembre del 2009 que no se produce indefensión a estos efectos, si "dentro del expediente hizo las alegaciones que estimó oportunas" ( STS de 27 de Febrero de 1991 ), "si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional" (STS de 20 de julio de 1992) Pero es que, además, también se ha señalado que, "si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal y debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto" (STS de 10 de octubre de 1991); y ello es así "porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas" (STS de 20 de julio de 1992) pues "es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo" (SSTS de 14 de junio de 1985, 3 de julio y 16 de noviembre de 1987 y 22 de julio de 1988).

Por ello, "si el interesado en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye



actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento" (SSTS de 6 de julio de 1988 y 17 de junio de 1991).

En síntesis, que el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurren los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJPA, y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso- administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión ---de suerte que ésta hubiere sido la misma---, como cuando aún sí influyente, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en su supuesto y anulándola en el otro, y sólo apreciarse en el caso de que por existencia carezca el órgano jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa.

En consecuencia, procede desestimar la alegación del recurrente en apelación, no solo porque no hay nulidad de pleno derecho, como ya hemos dicho, puesto que el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 exige que se prescinda total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sino que tampoco el acto es anulable, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.2 de la citada normativa, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta.

A lo que debe añadirse que, tal y como sostiene el Ayuntamiento apelado, e secretario del Ayuntamiento al poner su visto bueno al informe emitido por el asesor jurídico municipal, hace suyo el citado informe, por tanto, no puede decirse que la resolución del contrato carezca del informe del citado funcionario con habilitación nacional.

A la vista de lo expuesto procede desestimar dicha alegación.

**QUINTO.-** Aduce, por otro lado, la mercantil apelante error en la valoración de la prueba por parte del juzgador en la instancia.

Debe recordarse que el Juez a quo ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas ( artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ) "según las reglas de la sana crítica" - artículos 316.2 , 326, último párrafo, 334, 348 y 376 LEC -, lo que implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez , máxime dada la inmediación en la práctica de la prueba, siempre que no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o absurda, o cuando conculque principios generales del Derecho ( STS de 19/11/99 , 22/01/00 , 05/02/00 , entre otras), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador por la de la

parte. Por eso, aun cuando la apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas a través del recurso, cuando lo cuestionado es la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, se viene manteniendo que "en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial de la parte apelante, de modo que es preciso acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación, sin que sea suficiente una mera discordancia del juicio valorativo de la prueba practicada determinante de la decisión recurrida".

Dicho lo anterior, de los documentos obrantes en autos se deduce que el objeto del contrato según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) era la utilización privativa de bienes de dominio y uso público municipal, mediante concesión, incluyendo el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del Complejo Deportivo Prado Real.

La cláusula 9 del PCAP establece, en relación con la inversión mínima inicial, que *"el concesionario debe dotar al Centro Deportivo, en el plazo máximo de 1 mes para la piscina y 1,5 meses para las salas multiusos y el gimnasio, del equipamiento deportivo necesario para el funcionamiento de la actividad que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se relaciona. Pudiendo ampliar esta relación, reflejándose la inversión resultante en la propuesta económica"*. La cláusula 16 del PPT recoge la inversión mínima obligatoria de equipamientos propuestos, mencionando los siguientes apartados (equipamiento de control de acceso, salas polivalentes ( 2), sala musculación (fitness/ cardiovasculares), equipamiento vestuario, señalización, equipamiento piscina, equipamiento botiquín, equipamiento herramientas de mantenimiento y equipamiento de herramientas de limpieza) detallando el equipamiento mínimo propuesto en cada uno de los citados apartados. También la cláusula novena se refiere a la ampliación de las obras básicas, como propuesta de mejora de las obras e instalaciones a ejecutar y que se valoran en la oferta que formule el interesado. En los criterios para la adjudicación del concurso contenidos en la cláusula 20 del PCAP se menciona: *"Otras mejoras en relación a los requerimientos mínimos del presente pliego de condiciones... máximo de 10 puntos"*. Finalmente el PCAP se refiere a las obras de conservación y mantenimiento de los edificios, instalaciones y servicios durante la vigencia de la concesión.

La cláusula 30 del PCAP fija como falta muy grave el incumplimiento "*de las condiciones técnicas de instalación y dotacionales señaladas en la concesión*", sancionable con multa de 1.500 a 3000 € o con la rescisión del contrato, sin derecho por parte del concesionario a indemnización de ninguna clase, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión.

La oferta presentada por Geafe menciona las mejoras de la inversión mínima, y entre ellas se refiere a la adecuación de los espacios deportivos (obras para acondicionamiento de dos salas), creación de otros espacios deportivos ( 2 zonas termales donde irían ubicados un baño de vapor, una sauna, 2 duchas de contraste, un jacuzzi y una sala para la realización de ciclo indoor y rayos UVA en vestuario de la planta sótano o baja ( pag. 1580 y ss. del expediente). En el sobre técnico B-1 presentado (folios 41 a 147 o 423 a 529) se encuentra un cuadro con las inversiones mínimas y las inversiones de mejora. Junto con dicho cuadro se adjunta documentación técnica e instrucciones de un Spa con rebosadero, sauna, baño turco, instrucciones de equipos de generación y control del vapor, bicicletas estáticas, silla de transferencias para piscinas, equipo de audio, televisión y juguetes de piscina.

En cuanto a la oferta económica establece como inversión global la siguiente: Inversión mínima, según pliego (296.839,37 euros). Mejora inversión inicial (285.725,25 euros) e inversión en renovación (375.711,00 euros). TOTAL inversión 958.275,62 euros. (página 1586 del expediente)

El contrato se adjudicó el 30 de septiembre de 2008 y se firmó el día 29 de enero de 2009 y en cuya cláusula segunda se establecía la obligación del contratista-concesionario de cumplir la concesión con sujeción estricta al PCAP y al proyecto de explotación del servicio que obra en el expediente, que se desglosa en la siguiente documentación presentada, entre los que menciona, en lo que aquí interesa el estudio económico financiero contenido en el sobre B2 y a que antes hemos hecho mención. Lo que se vuelve a reiterar en la cláusula 5 del contrato. Por tanto, las inversiones contenidas e su oferta económica constituyen una obligación recogida en el contrato, careciendo de transcendencia alguna el hecho de que la Mesa de Contratación no haya valorado el proyecto presentado como mejora en inversiones de infraestructuras deportivas.

Con fecha 19 de noviembre de 2015, el arquitecto municipal elabora informe, tras visita a las instalaciones, en el que pone de manifiesto que en el sobre B-apartado P, relativo a la "*adecuación de los espacios deportivos*" se hacía referencia a una zona de sauna, baño de vapor, duchas y jacuzzi (54.877,28 €) y chorros (51.914,80 €) y recoge que el jacuzzi no

ha sido instalado y que en el plano A no figura ninguna zona de jacuzzi. En relación con la Zona B del plano, destinada a sauna, *“no ha sido ejecutada y el local se está utilizando como almacén de utensilios”*. En relación con las cantidades que recogía el cuadro de inversión referidas a *“chorros”, “sauna, baño de vapor, duchas y jacuzzi, no han sido invertidas puesto que todas estas instalaciones no se han ejecutado. El importe de estas cantidades es de 106.792,08 €”*. Cantidad a la que suma otras partidas sin ejecutar por lo que resulta un total no ejecutado de 206.797,72 €. El asesor jurídico emite informe según el cual la falta de justificación del incumplimiento de las obligaciones asumidas en la plica que sirvió de base a la adjudicación del contrato determina un incumplimiento esencial del contenido del contrato con lo que, de acuerdo con el artículo 223 TRLCSP, lleva aparejada la resolución del mismo. A la vista de los citados informes se inicia el expediente de resolución del contrato, dando trámite de alegaciones a la concesionaria, quién las formuló en el plazo concedido, si bien fueron desestimadas por acuerdo del Pleno de la Corporación adoptado en sesión de 29 de abril de 2016, acordando la solicitud de dictamen al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, al haber oposición por parte del concesionario, conforme a lo previsto en el artículo 211 del TRLCSP. El Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite el dictamen nº 332/2016, concluyendo que procede la resolución del contrato, ya que el incumplimiento de la empresa concesionaria debe calificarse como grave dado que, comprometidas mejoras por importe de 251.259,69 €, se han incumplido mejoras por importe de 206.797,72 € esto es, un 82,30 % de las ofertadas por aquella e integradas así como parte del contenido obligacional del contrato.

Finalmente el Pleno del Ayuntamiento con fecha 23 de julio de 2016 acuerda resolver el contrato por incumplimiento culpable del concesionario; resolución impugnada en el presente recurso contencioso administrativo.

**SSEXTO.-** Expuestos los hechos relevantes para la resolución del presente litigio, tal y como se deducen del expediente administrativo, la sentencia recurrida en apelación señala que *“ una de las mejoras ofertadas por Geafe consistían en la creación de otros espacios deportivos par la ubicación de dos zonas termales , donde irían ubicados 2 baños de vapor , una sauna, comprometiéndose a aportar los recursos materiales que había asumido, según la documentación técnica y económica obrante en los folios 423 y ss. del expediente, en las que consta “ spas con rebosadero” ( 425 y ss.) “sauna” ( 448 y ss. ) y baños de vapor ( folios 471 y ss). En el folio 542 del expediente se señala que dentro del plan de “gestión de*

*las actividades por espacios deportivos y complementarias “ incluía como mejora de su oferta , como centro de “ wellness” “ servicios para la relajación y el bienestar”. Ese “Servicio Termal” viene detallado en los folios 551 y 552 del expediente, con referencia expresa a la sauna , el baño de vapor y el spa”, añadiendo que “este aspecto no ofrece ninguna duda ya que es reconocido por la propia demandante en sus escritos de demanda y conclusiones y así se determina por parte del arquitecto municipal en su informe, y en la página 25 del dictamen del Consejo Consultivo se señala literalmente que “ resulta acreditado en el expediente que la empresa no ha cumplido las mejoras propuestas , y ella misma así lo reconoce”. Por lo tanto que la recurrente no ejecutó las obras a las que se había comprometido y que ella había ofertado. En este sentido hay que señalar que la oferta presentada es vinculante y pasa a formar parte del contrato, siendo obligatorio su cumplimiento para las partes. El incumplimiento culpable por parte del recurrente de las condiciones estipuladas en el contrato da lugar a la resolución del mismo”.*

Este Tribunal no aprecia el error en la valoración de la prueba del Juzgador de la instancia alegado por el recurrente, ya que es claro el incumplimiento de las obligaciones asumidas en la oferta del concesionario y recogidas en el contrato. Lo que el apelante pretende acreditar con su prueba es que la ejecución del proyecto presentado en su oferta había sido rechazado por el Ayuntamiento y la Corporación Local le había ordenado la ejecución de un nuevo proyecto en la calle La Orden con cargo a las inversiones comprometidas en concepto de mejoras de infraestructuras, pero, tal y como afirma la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en su dictamen y este Tribunal comparte la afirmación, una mejora ofertada y admitida por la Administración no puede ser objeto de modificación, salvo que la naturaleza de la misma lo permita, esté previsto en el Pliego y ambas partes estén de acuerdo. La sustitución de las mejoras por otras no previstas, o su inejecución, si fuera, o pudiera ser, objeto de modificación contractual por cumplir con los presupuestos habilitantes, debe tramitarse de conformidad con las previsiones de los artículos 105 a 107 TRLCSP, con la instrucción del procedimiento contradictorio que la ley requiere. En todo caso, la no ejecución de una mejora por causa imputable al contratista, constituye un evidente incumplimiento contractual, al que se aplicarán las consecuencias previstas en la Ley.

En el presente caso, no existe expediente alguno de modificación contractual en los términos expuestos, ni acuerdo del Ayuntamiento Pleno en dicho sentido, sin que un correo electrónico entre un concejal y el concesionario, en el que por otra parte, nada se deduce

respecto a la no obligación de ejecutar las obras comprometidas, pueda ser suficiente a los efectos pretendidos por la actora. Tampoco el hecho de haber sufragado la ejecución de un nuevo proyecto bajo el título “ reforma de vestuarios en la c) La Orden de Soto del Real”, que, como afirma el propio apelante ninguna relación guarda con el presentado en la oferta, le exima de llevar a cabo las obras comprometidas en el contrato, por cuanto que, como ya hemos reiterado, no existe ninguna modificación contractual en dicho sentido ni acuerdo del órgano con competencia para ello, que no es otro que el Ayuntamiento Pleno para modificar el citado contrato concesional previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

Por tanto, no es necesario entrar en el examen de la prueba aportada por el recurrente, por cuanto que la misma no sirve para enervar los efectos del contrato, ya que la única prueba válida sería el acuerdo municipal acordando la modificación del contrato. Mientras que dicha modificación contractual no se efectúe por el órgano que adjudicó la concesión, aquella produce plenos efectos obligando a ambas partes contratantes a su cumplimiento, sin que sea posible una modificación tácita de un contrato administrativo o por persona sin competencia para ello.

A la vista de lo razonado procede desestimar el recurso confirmando la sentencia apelada.

**SEPTIMO.-** Procede imponer las costas de este recurso a la parte recurrente en apelación al haber sido desestimadas todas sus pretensiones, conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA; si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 1.500 euros, mas IVA.

Vistos los preceptos citados y demás de concordante y general aplicación

### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Geafe SL, confirmando la sentencia nº 149, de 16 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de los de Madrid en el procedimiento ordinario 343/2016, por ser conforme a derecho; con expresa imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente en apelación en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación,

acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0043-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0043-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Tercera**

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33001000

**NIG:** 28.079.00.3-2016/0018702

**Recurso de Apelación 43/2019**

**De:** GEAFE

PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE SOTO DEL REAL

PROCURADOR D./Dña. JUAN MANUEL MANSILLA GARCIA

**DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.-** La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy se entrega la anterior sentencia debidamente firmada por los Magistrados que la dictan, se publica la misma mediante firma de la presente conforme a lo establecido en el art. 204 de la LEC y se procede a su notificación a las partes. Así mismo llévase el original al archivo para Sentencias, dejándose testimonio suficiente en autos, de lo que doy fe.

En Madrid, a 23 de mayo de 2019

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA





Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201910276789768	
Asunto	Sentencia desestimatoria en rec. de apelación (F.Resolución 23/05/2019)	
Remitente	Órgano	T.S.J. MADRID CONTENCIOSO/ADMTVO. SECCIÓN N. 3 de Madrid, Madrid [2807933003]
	Tipo de órgano	T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CONTENCIOSO/ADMTVO [2807900002]
Destinatarios	Procurador	MANSILLA GARCIA, JUAN MANUEL [33012] (Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid)
Fecha-hora envío	31/05/2019 10:17	
Documentos	1467179_2019_1_212429112.RTF(Principal)	
	Hash del Documento: dfe2976ffc30058d0aa791660e5600a7b1f417d	
	1467179_2019_E_28714676.ZIP(Anexo)	
Hash del Documento: 1483699160699c98d236b5fa1b3bcc1e3c0ea843		
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia desestimatoria en rec. de apelación (F.R N° 0000043/2019
	Detalle de acontecimiento	Sentencia desestimatoria en rec. de apelación (F.Resolución 23/05/2019) CON EXPTE. EN FORMATO CD (TSJ)
	NIG	2807900320160018702

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
31/05/2019 12:18	MANSILLA GARCIA, JUAN MANUEL [33012]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
31/05/2019 10:27	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	MANSILLA GARCIA, JUAN MANUEL [33012]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

