



## ACTA

<b>Expediente nº:</b>	<b>Órgano Colegiado:</b>
PLN/2021/5	El Pleno

### DATOS DE CELEBRACIÓN DE LA SESIÓN

<b>Tipo Convocatoria</b>	Extraordinaria urgente Motivo: «cumplir plazos contestación alegaciones»
<b>Fecha</b>	10 de febrero de 2021
<b>Duración</b>	Desde las 14:00 hasta las 14:15 horas
<b>Lugar</b>	Salón de Plenos del Ayuntamiento
<b>Presidida por</b>	María Loreto Serrano Pomares
<b>Secretario</b>	Antonio Sánchez Cañedo

### ASISTENCIA A LA SESIÓN

DNI	Nombre y Apellidos	Asiste
21462918P	Ana María Blasco Amorós	SÍ
74371844X	Alejandro Cebrián Agullo	SÍ
48364228N	Ana Antón Ruiz	SÍ
48378550M	Encarnación María Ramírez Baeza	SÍ
74012497S	Francisca García Cerda	SÍ
74375327C	Julio Miguel Baeza Andreu	NO
74013605L	Jorge Antonio Díez Pomares	SÍ
33486152S	Jose Francisco López Sempere	SÍ
21423393C	José Pedro Martínez González	SÍ
48317445B	Lorenzo Andreu Cervera	SÍ
74190091A	María Manuela Baile Martínez	SÍ





33486060S	María Dolores Tomás López	SÍ
74182725C	María Loreto Serrano Pomares	SÍ
74359461R	María de los angeles Roche Noguera	SÍ
74011966J	Mireia Moya Lafuente	SÍ
74006642W	Ramón José García Rico	SÍ
52772973W	Ruth Raquel López Pérez	SÍ
74363148P	Trinidad Ortiz Gomez	SÍ
74194754C	Yolanda Seva Ruiz	NO
48340731K	Ángela María Pérez Fuentes	SÍ
21510691X	Óscar Pedro Valenzuela Acedo	SÍ
<b>Excusas de asistencia presentadas:</b> 1. Julio Miguel Baeza Andreu: «vacaciones» 1. Yolanda Seva Ruiz: «motivos laborales»		

Una vez verificada por el Secretario la válida constitución del órgano, el Presidente abre sesión, procediendo a la deliberación sobre los asuntos incluidos en el Orden del Día

## A) PARTE RESOLUTIVA

### DECLARACIÓN DE URGENCIA

**Favorable**

**Tipo de votación:** Ordinaria

A favor: 13, En contra: 0, Abstenciones: 6,  
Ausentes: 0

Por la Sra. Alcaldesa se propone declarar de urgencia la presente sesión, de conformidad con el artículo 79 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

Abierto el turno de intervenciones el Sr. Secretario explica que el plazo caduca el día 12 de febrero y se debe notificar el acuerdo a los interesados de liquidación definitiva. Indica además que el abogado quiere remitir el acuerdo y las notificaciones al Tribunal Superior de Justicia en Valencia a la Sala correspondiente.

Sometido a votación, el Ayuntamiento Pleno, con seis votos de abstención (5 PSOE y





1 Compromís) y trece votos a favor (9 PP, 2 Ciudadanos, 1 Vox y 1 Concejales no Adscritos), por mayoría, ACORDÓ:  
Declarar de urgencia la celebración del presente Pleno.

**Expediente 5635/2020. Ejecuciones de Contratos. Desestimar alegaciones liquidación contrato concesión residencia de 3ª edad.**

**Favorable**

**Tipo de votación:** Ordinaria

A favor: 11, En contra: 0, Abstenciones:  
8, Ausentes: 0

Por el Sr. Secretario se dio lectura a la propuesta de la Concejalía de Contratación y Patrimonio en la que se expone que con fecha 12/11/2020 el Pleno acordó la aprobación de la liquidación provisional del contrato de *Concesión de Derecho de Superficie sobre suelo de propiedad municipal para construcción y gestión de Residencia de 3ª Edad y Centro de Día*, cuyo adjudicatario resultó ser la entidad KENSINGTON Y MARETEEM A.E.I.E. resuelto por causa imputable al contratista, concediéndole trámite de audiencia por plazo de 10 días hábiles, tanto al concesionario como a CAIXABANK.

Que por ambas entidades se presentaron en plazo sendos escritos de alegaciones en cumplimiento de dicho trámite de audiencia, los cuales obran en el expediente.

Por el Secretario General se emite informe jurídico, con fecha 08/02/2021, por el que se da respuesta a ambos escritos de alegaciones, y que se transcribe a continuación:

“(…).

**Contestación Alegaciones de Caixabank.**

**I.- ANTECEDENTES.**

Los obrantes en el expediente. En particular, y para este trámite de LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, resultan especialmente importantes los siguientes:

1º) Que mediante Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 12/06/2017, el Ayuntamiento de Santa Pola acordó resolver el contrato por causa imputable al concesionario, cuestión que no ha sido discutida.

2º) Que, como ya consta en el expediente de RESOLUCIÓN, y a pesar de la errónea denominación del contrato (“*derecho de superficie*”), estamos ante un contrato de concesión de obra pública y explotación (interpretación adoptada por el órgano competente que no ha sido discutida por ninguno de los interesados en el expediente).

3º) Que, a pesar del mandato del Pleno del Ayuntamiento al acordar la resolución del contrato, consistente en la incoación de expediente contradictorio de liquidación, el Ayuntamiento no ha procedido a dicha liquidación hasta este momento por un criterio de prudencia, por los motivos que se enuncian a continuación.

4º) Que, una vez acordada la resolución del contrato, este acuerdo fue recurrido por la mercantil CAIXABANK, S.A., llegando a interponer recurso contencioso-administrativo que se ha tramitado como Procedimiento Ordinario nº 119/2018 ante el JCA nº 1 de Elche, ejercitando acción de Reclamación de Responsabilidad Patrimonial (RPA) en su condición de acreedor hipotecario sobre la concesión administrativa.





5º) Que en este recurso contencioso-administrativo ha recaído Sentencia nº 378/2019, dictada con fecha 08/05/2019 por el JCA nº 1 de Elche, condenando al Ayuntamiento de Santa Pola al pago, como indemnización derivada de una supuesta RPA, en la cantidad de 7.401.431,00 €

6º) Que dicha Sentencia no es firme, al haber sido recurrida en apelación por el Ayuntamiento de Santa Pola, recurso que se ha tramitado como Rollo de apelación nº 271/2019-Vi, por la Sección 5ª del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. A la fecha de redacción del presente informe, ya se ha producido la votación y fallo (acto señalado para el pasado día 04/01/2021).

En dicho recurso de apelación, al igual que en primera instancia, el Ayuntamiento de Santa Pola sostiene, como cuestión fundamental, la falta de legitimación de la mercantil hipotecante para solicitar la RPA, por no estar reconocida legalmente la posibilidad de subrogarse, a tales efectos, en la posición del concesionario, limitándose su derecho a subrogarse en los derechos que le pudieran corresponder a éste en el expediente de liquidación. Cuestión que no fue estimada por el JCA nº 1 de Elche en la citada Sentencia.

7º) Que la mercantil CAIXABANK, S.A. instó la ejecución provisional de esa Sentencia, siendo estimada mediante Auto nº /2020, de 17/02/2020, resolución que fue igualmente recurrida en apelación por el Ayuntamiento de Santa Pola, e igualmente pendiente de resolución por el TSJCV.

8º) Que, tras diversas reuniones mantenidas entre los representantes de ambas partes, finalmente, y mediante escrito conjunto, ambas partes solicitaron la suspensión del incidente de ejecución por plazo de 60 días hábiles, asumiendo la obligación el Ayuntamiento de tramitar la liquidación del contrato, a efectos de estudiar la posibilidad de alcanzar algún tipo de acuerdo dentro del marco legal aplicable.

9º) Por todos estos motivos, es por lo que el Ayuntamiento, en aras del interés público municipal, y con anterioridad a la obtención de una Sentencia firme, ha accedido a tramitar en este momento la liquidación del contrato, con las salvedades y cautelas necesarias, dada la ausencia de la necesaria documentación en el expediente.

10º) Que, según se deriva del expediente, el contrato ha estado en vigor desde el día 08/06/1999 (fecha de la elevación a público, ratificación y aceptación del Acuerdo Plenario de 22/02/1999), hasta el día 12/06/2017 (fecha de la resolución del contrato adoptado por el órgano competente).

11º) Que, con independencia de la fecha de resolución del contrato, este Ayuntamiento tiene constancia de que el inmueble y sus instalaciones estuvieron completamente abandonadas por el concesionario desde al menos el día 21/01/2014 (fecha en la que el concesionario comunicó al Ayuntamiento el cese de la actividad, lo que ha provocado, al no adoptar ningún tipo de medida de protección o seguridad, un gravísimo deterioro del inmueble, habiéndose acreditado una sucesión de actos vandálicos, robos y ocupaciones ilegales, causando un grave daño al interés municipal que debe ser valorado e incluido en la presente liquidación, y que deben ser imputados al concesionario.

## II- NORMATIVA APLICABLE

II.1.- Según lo dispuesto por la Disposición Transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (aplicable en el momento de la resolución del contrato), "*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en*





*vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior",*

Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato (Abril de 1999), el régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido por la siguiente normativa:

1. Normas de carácter básico (arts. 79 a 83 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de Abril y su normativa de desarrollo en materia de bienes locales.
2. Por los preceptos de la legislación estatal no básica en materia de Régimen Local, que no contradigan la precedente legislación estatal básica y autonómica de desarrollo.
3. Normativa en materia de contratos del sector público: Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas

*Artículo 114. Efectos de la resolución*

4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

A tenor de todo lo expuesto, se debe concluir que el contrato, aunque se denominara formalmente como derecho de superficie, en realidad debe ser calificado como contrato de obra pública y debe regirse por los artículos 81 y siguientes del Decreto 222 de 1983, que regulaban el contrato de obra pública; y, especialmente, por los artículos 102 a 104 del mismo decreto, que se referían a los contratos de obra pública por el sistema de concesión.

*Artículo 33.- La revocación de la concesión*

1. La revocación de la concesión podrá fundarse en el incumplimiento de las obligaciones por el concesionario, en la aparición de circunstancias que de haber existido habrían justificado su denegación o en la adopción por la Entidad Local de nuevos criterios de apreciación que justifiquen la conveniencia de su extinción.

2. La revocación fundada en nuevos criterios de apreciación comportará la indemnización de los daños y perjuicios que se causen, que serán determinados en expediente contradictorio.

Según lo dispuesto por la normativa aplicable, por razón del momento de la firma del contrato, los conceptos que deben ser valorados en la presente liquidación, como contrato de obra pública y de explotación, son los siguientes:

- 1.- Inversiones realmente realizadas y no amortizadas por el concesionario durante la vigencia del contrato.
- 2.- Cantidades amortizadas durante la vigencia del contrato.
- 3.- Indemnización a favor del Ayuntamiento derivada del incumplimiento por parte del concesionario.

III. RESUMEN DE ALEGACIONES Y CONTESTACIÓN.

III.1.- SOBRE EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (Procedimiento Ordinario nº 119/2018) INTERPUESTO POR CAIXABANK, S.A. ante el JCA nº 1 de ELCHE; y SOBRE EL FALLO DE LA SENTENCIA Nº 378/2019 de 08/05/2019.

Se alega por CAIXABANK, S.A. que el JCA nº 1 de Elche ha venido a estimar,





mediante Sentencia de 08/05/2019, el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día contra el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 12/06/2017, por el que el Ayuntamiento de Santa Pola acordó “*Resolver el contrato de concesión de obra pública, por causa imputable al concesionario (...)*” y “*Ordenar la incoación de expediente contradictorio conforme a los parámetros del artículo 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...), a efectos de determinar los efectos de la resolución del contrato (liquidación del contrato)*”.

Efectivamente, la citada Sentencia, dictada en primera instancia por el JCA nº 1 de Elche, resolvió “Anular el Acuerdo Plenario de fecha 12 de junio de 2017, por no ser conforme a derecho”, “Reconocer el derecho de CAIXABANK a percibir el importe por resolución de la concesión (...), el cual asciende a la cantidad de 7.401.431 € (...)” y “Condenar al Ayuntamiento de Santa Pola al pago de la referida cantidad (...)”.

Sin embargo, no podemos obviar que dicha Sentencia no es firme, ya que el Ayuntamiento de Santa Pola, entendiendo que dicha resolución judicial no se ajustaba a derecho, interpuso el correspondiente recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana; recurso tramitado como Rollo de Apelación nº 271/19 ante la Sección 5 de dicha Sala, estando pendiente de señalamiento para votación y fallo.

Sustancialmente, los fundamentos de derecho esgrimidos por el Ayuntamiento en ese Recurso de Apelación, como ya lo hiciera en primera instancia, son los siguientes:

1.- La Sentencia, sin mayor fundamento y eludiendo la más mínima motivación, llega a determinadas conclusiones que, a nuestro juicio, resultan absolutamente contrarias a derecho y que, lógicamente, se erigen en los fundamentos frente a los que se alza el recurso de apelación.

Pasemos pues a analizar esa sucesión de conclusiones, contrarias a derecho, a las que erróneamente ha llegado la sentencia, sin mediar el más mínimo razonamiento lógico-jurídico:

a.- “De todos los hechos que han sido expuestos y que obran como probados, se ha de extraer que asiste la razón al recurrente en tanto que por imperativo legal la recurrente ostenta un derecho de crédito y cobro preferente, respecto de las inversiones realizadas por el concesionario para la ejecución del Contrato y que no han sido amortizadas (...).

Es cierto y admitido, como se ha expuesto, que CAIXABANK ostenta un derecho de cobro preferente, dada su condición de acreedor hipotecario de la concesión. Sin embargo, es falsa, por contraria a derecho, la conclusión a la que llega la juzgadora “a quo”, pues no es cierto (y mucho menos “por imperativo legal”, como seguidamente veremos) que ese derecho de cobro preferente se traduzca (en cualquier caso y estado del expediente concesional) en un derecho de crédito directo contra la administración concedente; como tampoco es cierto que ese derecho de cobro preferente se pueda referir al importe de las inversiones realizadas por el concesionario y no amortizadas. Sobre esta cuestión, relacionándola con los preceptos que entendemos vulnerados, nos referimos en siguientes expositivos.

b.- “(...) y por lo tanto es hecho incontestable que CAIXABANK, tiene derecho en su condición de acreedor hipotecario a percibir el valor del centro asistencial menos la amortización durante sus años de explotación con motivo de su reversión anticipada al Ayuntamiento demandado (...). (el subrayado es nuestro).





Se advierte en este párrafo una sucesión de incoherencias, derivadas a su vez de la aplicación incorrecta de determinadas normas (en unos casos) y, por ende, de la inaplicación de otros preceptos legales (en los otros), que han llevado definitivamente al juez “*a quo*” a adoptar una resolución absolutamente ilógica, desde el punto de vista jurídico y abiertamente contraria a derecho.

Baste en este momento inicial indicar, como explicaremos más adelante, que son falsas todas las premisas y conclusiones expuestas en este breve párrafo; es decir: ni es cierto que sea un “*hecho incontestable*” que CAIXABANK tuviera derecho a ningún tipo de crédito frente al Ayuntamiento, por el mero hecho de ser acreedor hipotecario (la ley no le reconoce acción directa contra el Ayuntamiento, por no ser titular de la relación jurídico-administrativa que representa el contrato concesional); ni es cierto que, en tal supuesto, tuviera derecho a percibir “el valor del centro asistencial menos la amortización durante sus años de explotación”.

Debemos tener presente, en primer lugar, que el acreedor hipotecario no es más que un tercero en la relación jurídico-administrativa administración-concesionario; de tal forma que el ordenamiento jurídico no le reconoce ningún tipo de acción directa (en este caso, nada menos que la reclamación de pago del valor de las inversiones realizadas por el concesionario) frente a la administración. Como mucho, la normativa aplicable le reconoce, o bien un derecho de subrogación en la posición del concesionario (pero como tal concesionario, no como acreedor de la administración), o bien ejercitar su derecho de cobro preferente (para destinar su importe a la amortización total o parcial del crédito hipotecario), pero siempre que la administración se haya pronunciado y haya determinado, mediante expediente administrativo contradictorio, el montante derivado de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO; de manera que, sólo cuando resultare un saldo a favor del concesionario (e, insistimos, una vez tramitado el correspondiente expediente contradictorio de liquidación, con pronunciamiento expreso de la administración), podrá ejercitar el acreedor hipotecario su derecho al cobro, con preferencia a cualquier otro acreedor; y ese derecho de cobro quedará limitado, por establecerlo así la normativa aplicable, al saldo que resultare a favor del concesionario (como titular de la relación jurídica) una vez tramitado el expediente y establecida en vía administrativa, mediante resolución definitiva, la cantidad resultante de la liquidación.

Como exponremos de forma pormenorizada y fundamentada en los preceptos legales realmente aplicables, el derecho que asiste al acreedor hipotecario (en este caso, CAIXABANK) consiste, o bien en subrogarse en la posición del concesionario, o bien percibir los frutos de la explotación, o bien evitar el deterioro de la concesión o bien, en caso de resolución, a percibir, en sustitución del concesionario, las cantidades que resulten de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, concepto distinto y que no puede coincidir de ningún modo con el concepto de “inversiones efectivamente realizadas y no amortizadas” (como se argumentará más adelante) y que deberá quedar establecido MEDIANTE RESOLUCIÓN de la administración concedente, en expediente contradictorio tramitado al efecto (durante el plazo legal de 6 meses posteriores a la resolución) y en cuyo resultado (cantidad determinada como liquidación del contrato) necesariamente deberán tenerse en cuenta, como cantidades negativas a detracer de aquel valor, el total de indemnizaciones a favor del Ayuntamiento (derivadas del incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario), así como las deudas líquidas y vencidas a favor de la administración concedente.





Insistimos (y entender ésto resulta crucial para una correcta resolución del conflicto): una cosa es el importe de las inversiones realmente desembolsadas y no amortizadas (que es lo que parece haber reclamado, indebidamente, la recurrente); otra cosa es el valor de reposición de lo construido; y otra cosa es el importe del crédito hipotecario; y, concepto distinto a todos los anteriores, aunque deban ser tenidos en cuenta para su determinación última, es el importe de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (concepto sobre el que sí tiene un derecho preferente de cobro el acreedor hipotecario).

*c.- “(...) porque de lo contrario dicho Ayuntamiento incurriría en una infracción del principio de prohibición de enriquecimiento injusto al pretender incorporar a su patrimonio dicho centro residencial que fue costado por la mercantil concesionaria con el préstamo hipotecario (principalmente), otorgado por la recurrente”.*

En este punto, la sentencia incurre en varios y gravísimos errores, derivados a su vez del acogimiento, sin mayor fundamento jurídico y careciendo absolutamente de motivación, de las insostenibles tesis de la recurrente.

En primer lugar, la sentencia se limita a considerar que el Ayuntamiento obtendría un enriquecimiento injusto, sin mayor fundamentación, que derivaría del hecho de “*incorporar a su patrimonio dicho centro residencial*”, incumpliendo con ello (por inaplicación) la normativa administrativa aplicable (como seguidamente explicaremos) y sin tener en cuenta, por ejemplo, los enormes y cuantiosísimos perjuicios derivados, precisamente, del incumplimiento contractual (declarado por el Ayuntamiento y reconocido expresamente por el concesionario). Entre las consecuencias de dicho incumplimiento, podemos relacionar algunos de los conceptos que deben ser incorporados al expediente de liquidación (que no se ha iniciado, precisamente, por la interposición de este recurso), podemos citar, por ejemplo: el importe del canon dejado de ingresar, el importe de los recibos de IBI no atendidos, la falta de prestación de los servicios complementarios asumidos por el concesionario y, fundamentalmente, el gravísimo deterioro del edificio derivado de su completo abandono y las elevadísima inversión económica que el propio Ayuntamiento tendría que acometer para rehabilitar el edificio y devolverlo a las condiciones necesarias para su puesta en funcionamiento.

Sobre este particular (inversiones necesarias para devolver el edificio a las condiciones para su puesta en funcionamiento) existe en el expediente un informe exhaustivo elaborado por la mercantil TECNITASA, como contratista del Ayuntamiento, y que obra a los folios 110 a 144 del expediente administrativo). Sin embargo, la sentencia no ha realizado la más mínima mención al contenido de este importantísimo informe, de manera que, en contra de toda lógica, con abierta vulneración de la normativa administrativa aplicable y, en definitiva, contraviniendo las más elementales normas que deben regular la sentencia (motivación, valoración de la prueba, etc.), ha venido a concluir, sin más, que la incorporación del edificio al patrimonio municipal (obligado además por el incumplimiento de la concesionaria), supone un enriquecimiento injusto.

Como más adelante expondremos más detenidamente, la sentencia no sólo ha aceptado una reclamación directa por quien no ostenta acción frente al Ayuntamiento, sino que ha estimado la reclamación, valorando única y exclusivamente uno de los elementos de prueba obrante en autos (precisamente, la pericial de parte interesada), abstrayéndose, obviando o simplemente despreciando el resto de documentos obrantes en el expediente administrativo y entre los que se encuentra, fundamentalmente, un informe de tasación que cuantifica pormenorizadamente la inversión necesaria para rehabilitar el edificio y restituirlo a las condiciones necesarias para su fin o destino público.





Por otro lado, no podemos obviar que la intervención del acreedor hipotecario en el expediente de resolución y liquidación de la concesión debe quedar limitada a la de mero interesado, al no ser titular de ninguna relación jurídica directa con la administración; de tal manera que su intervención en el expediente debería quedar limitada a la defensa de sus intereses (o, en su caso, y por subrogación, los del propio concesionario), pero sin que le sea reconocida legalmente ningún tipo de acción directa frente a la administración.

Y menos aún un derecho de cobro de lo que la recurrente y la propia sentencia han venido a identificar como “las cantidades invertidas y no amortizadas”, concepto totalmente distinto al de “cantidades resultantes de la liquidación del contrato”. Es un dato incontrovertible que ninguna norma reconoce al acreedor hipotecario un crédito ni un derecho de cobro de aquellas “inversiones realizadas y no amortizadas por el concesionario”; pero es que, ni siquiera el mismo concesionario tiene derecho al cobro íntegro de esas cantidades, máxime cuando estamos (como estamos) ante una resolución por causa imputable (por incumplimiento de sus obligaciones) al propio concesionario.

A todo lo más, el acreedor hipotecario tendría, como máximo, un derecho preferente al cobro de las cantidades resultantes de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, pero no más; precisamente porque ni el propio concesionario (en subrogación del cual actuaría el acreedor hipotecario) tendría derecho a más que las cantidades resultantes a su favor del EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CONCESIONAL. En definitiva, lo que la ley reconoce al acreedor hipotecario es un derecho de cobro preferente de la cantidad que resulte de la liquidación del contrato, y no otra.

Pero es que, como esta parte ya ha manifestado hasta la saciedad, EL AYUNTAMIENTO NI HA INICIADO NI HA EMITIDO RESOLUCIÓN ALGUNA POR LA QUE SE ESTABLEZCA EL RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, de manera que ni siquiera ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el valor de esa liquidación ni sobre el valor de esas inversiones no amortizadas.

Y, por lo tanto, la decisión del juez “*a quo*”, consistente en determinar la cantidad que debe ser pagada al recurrente en concepto de indemnización de daños y perjuicios (sin mayor argumento ni fundamentación jurídica), y sin que conste un pronunciamiento previo por parte de la administración actuante mediante expediente específico tramitado al efecto (tal como viene exigido por la normativa aplicable), constituye un claro supuesto de vulneración de la función estrictamente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sustituyendo indebidamente (y no revisando) la actividad administrativa.

Pero es que, además, y para mayor sorpresa de esta parte, resulta que la sentencia ha venido a reconocer una indemnización que la parte recurrente hizo valer en su demanda a través del concepto de “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL” (remitiéndose en varias ocasiones al art..... de la Ley 39/2015) cuando, como hemos repetido, NI DICHA RECLAMACIÓN SE REALIZÓ (con el contenido y requisitos exigidos legalmente EN VÍA ADMINISTRATIVA, por lo que NI EXISTE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRAMITADO AL EFECTO por el Ayuntamiento de Santa Pola sobre dicha reclamación de responsabilidad patrimonial, ni consta el preceptivo Dictamen del CJCCV, ni existe pronunciamiento del órgano competente. Y para mayor estupefacción, ni siquiera la sentencia ha venido a analizar o a pronunciarse sobre si, en cualquier caso, la reclamación efectuada por





CAIXABANK, reúne los mínimos requisitos legales, tales como la evaluación económica del daño, la acreditación de la relación causa-efecto entre el daño y la actuación de los servicios municipales, etc, etc, etc.

Y además, para terminar con esta sucesión de despropósitos, es obvio que el Ayuntamiento nunca debió incoar ningún tipo de expediente para determinar la responsabilidad patrimonial (como así hizo), toda vez que nos encontrábamos ante un procedimiento específico (resolución de un contrato concesional), cuya regulación legal prevé mecanismos especiales para la determinación de los efectos de dicha resolución, entre los que se encuentra, precisamente, el expediente contradictorio encaminado a la determinación de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (que es precisamente lo que el Ayuntamiento acordó mediante el acto aquí recurrido, Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 12/06/2017 y sobre cuya tramitación la propia recurrente se ha mostrado en de acuerdo, absolutamente, en vía administrativa, como detallaremos a continuación).

Por lo tanto, RESULTAN INADMISIBLES y, por falsas (emplazando al órgano municipal competente para el estudio de las acciones penales que pudieran derivarse de de esas falsas acusaciones), las gravísimas manifestaciones realizadas ahora por CAIXABANK, S.A., llegando a afirmar lo siguiente:

1. que *“el Ayuntamiento de Santa Pola, obviando voluntaria y conscientemente el contenido de un pronunciamiento judicial (...), ha adoptado el Acuerdo del Pleno de fecha 12 de noviembre de 2020, una serie de medidas por las que pretende desvirtuar el contenido de dicha resolución judicial”*.
2. Que *“Tal conducta está deliberadamente dirigida a eludir el cumplimiento de la Sentencia nº 378/2019, actuación que es disconforme a Derecho y muy grave (...)”*.
3. Que *“los actos discrecionales que realice una Administración que pudieran suponer una represalia frente a los litigantes victoriosos, como ocurre en este asunto, y con los que se pretenda sortear la ejecución de una sentencia, limitándose a dejar sin efecto estrictamente lo dispuesto en la misma, constituye una conducta reprochable y que conllevará las correspondientes sanciones para aquellos que las adopten”*.

Esta serie de afirmaciones falsas, vertidas en un expediente administrativo, supone atribuir al Ayuntamiento de Santa Pola, sus políticos y funcionarios, la presunta comisión de un delito de desobediencia del art. 410 CP; falsa acusación que podría constituir un supuesto delito de calumnias del art. 205 CP.

Es evidente, y así resulta de los autos del procedimiento contencioso-administrativo, que CAIXABANK.S.A. sigue confundiendo alarmantemente los conceptos: el objeto allí enjuiciado (reclamación de responsabilidad patrimonial) ES ABSOLUTAMENTE DISTINTO del objeto del procedimiento de liquidación del contrato. De hecho, el recurso interpuesto por CAIXABANK, S.A. se alza contra el acuerdo de resolución del contrato y no contra el acuerdo de liquidación, por el que, legalmente, se deben establecer los efectos de aquella resolución.

Lo que distorsiona toda esta cuestión (por contraria a las disposiciones legales aplicables) es asumir (como hizo la interesada en su demanda y como, incomprensiblemente, acogió en JCA nº1 de Elche en primera instancia) es considerar al acreedor hipotecario un derecho de subrogación en la posición del concesionario que, obviamente, no ostenta ni puede ostentar. La única subrogación contemplada en la





ley es la que coloca al acreedor hipotecario en una situación preferente de cobro DEL RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, para resarcirse de las cantidades pendientes de amortizar. Todo lo demás no es más que puro artificio, generado por CAIXABANK a lo largo del procedimiento y admitido, en principio, por la jurisdicción contencioso-administrativo, en un manifiesto error en la aplicación del derecho.

El recurso interpuesto por CAIXABANK, S.A. persigue la anulación, de manera absolutamente improcedente (en nuestra opinión), del acuerdo por el que se acordó la resolución del contrato de concesión y, posteriormente, en un claro supuesto de fraude de ley, la del acuerdo por el que se desestimó la reclamación económica efectuada vía recurso de reposición; y decimos en claro fraude de ley puesto que, como sostiene el Ayuntamiento en su recurso de apelación contra la sentencia, la mercantil CAIXABANK, S.A. CARECE ABSOLUTAMENTE DE LEGITIMACIÓN Y, EN ÚLTIMA INSTANCIA, CARECE DE ACCIÓN (por no existir ningún supuesto de subrogación) CONTRA EL AYUNTAMIENTO DE SANTA POLA PARA EXIGIR EL PAGO ÍNTEGRO DEL VALOR DEL INMUEBLE. Es por ello que el órgano competente entendió que la reclamación de responsabilidad administrativa era inadmisibles, al ser ejercitada POR QUIEN NO ES TITULAR DE LA CONCESIÓN Y NO ES MÁS QUE EL ACREEDOR HIPOTECARIO DEL CONCESIONARIO.

El objeto del presente procedimiento administrativo, que por imperativo legal debe ser tramitado y resuelto por la administración concesionaria, consiste en determinar los efectos de aquella resolución; cuestión muy distinta a una reclamación de responsabilidad patrimonial, que viene regulada legalmente por una normativa absolutamente distinta y para supuestos completamente distintos.

En definitiva, NO TENIENDO NADA QUE VER EL OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CON LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL (que es lo que se ejercita a través del recurso contencioso administrativo, pendiente de sentencia firme), SON ABSOLUTAMENTE INADMISIBLES Y DEBEN SER TOTALMENTE DESESTIMADAS LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR CAIXABANK S.A. EN ESTE TRÁMITE.

Por lo demás, es evidente que el Ayuntamiento de Santa Pola SÍ PUEDE INICIAR EL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN (puesto que está cumpliendo con una exigencia legal), que nada tiene que ver con la reclamación de responsabilidad patrimonial y, por lo tanto, no contraviene ninguna resolución judicial que, por supuesto, será obligatoria y deberá ser respetada en todo caso cuando adquiera firmeza.

Para que lo entienda la entidad interesada: no es cierto que la Sentencia nº 378/2019 del JCA nº 1 de Elche determinara “*el saldo de la inversión realizada y no amortizada por el titular*” (cuestión que es precisamente el objeto de este expediente de liquidación), sino que se limitó a fijar, de forma absolutamente improcedente, una indemnización, vía RPA, como consecuencia de la resolución del contrato. Ambas cuestiones son distintas.

Por lo tanto, el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 12/11/2020 no es nulo y no ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Nos remitimos, por cuestiones de simple economía expositiva, a la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de este supuesto del art. 47.1.e) de la LPAC, al tratarse de doctrina ampliamente consolidada y sobradamente conocida; y, tras su atenta lectura, podrá entender la mercantil interesada que ese supuesto de nulidad no es





aplicable de ninguna manera en este caso.

### III.2.- SOBRE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN EN CUANTO AL MODO EN QUE REALIZAR LA LIQUIDACIÓN DE UN CONTRATO CONCESIONAL.

Nuevamente en este alegación la mercantil CAIXABANK, S.L. hace alarde de una confusión de conceptos, interesada o no, que, por supuesto, le conduce a conclusiones falsas.

La normativa en materia de contratación pública determina expresamente que la resolución del contrato concesional debe agotarse con la liquidación del contrato (que es el trámite en el que nos encontramos); y que el resultado de esa liquidación, (ya sea positiva o negativa, teniendo en cuenta la amortización de las cantidades invertidas y los daños y perjuicios ocasionados a la administración concedente, entre otros conceptos), podrá ocasionar O NO el abono AL CONCESIONARIO de las cantidades que resulten de esa liquidación.

Es más, suponiendo que el saldo fuera positivo (por no haber amortizado el concesionario la totalidad de las cantidades invertidas), ese saldo CORRESPONDE LEGALMENTE AL CONCESIONARIO, Y NO AL ACREEDOR HIPOTECARIO (como erróneamente pretende CAIXABANK, S.A. en este asunto). Lo que ostenta a su favor el acreedor hipotecario (siempre que acredite igualmente no haber amortizado su crédito durante la vida del contrato), es el derecho de cobro preferente del resultado de la liquidación y, en última instancia, subrogarse en la posición del concesionario, con los mismos derechos y obligaciones dimanantes del contrato, de manera que, tras la subrogación, podrá gestionar la concesión hasta la finalización del plazo concesional, a los efectos de resarcirse de las cantidades prestadas y no amortizadas.

Estamos de acuerdo con CAIXABANK, S.A., al afirmar que *“Las concesiones públicas de infraestructuras son de manera palmaria contratos de largo plazo”* y que *“De este modo se permite a los concesionarios recuperar la gran inversión inicial en la expropiación de terrenos y en la construcción y puesta en marcha de la infraestructura (...)”*.

Pero ese conjunto de derechos y obligaciones, incluida la reversión, que conforman el contrato de concesión de obra pública, TIENEN UN ÚNICO TITULAR: EL CONCESIONARIO, que es el único que puede ejercitar el haz de derechos y obligaciones dimanantes del contrato y de la normativa aplicable frente a la administración concedente y frente a terceros. EL ACREEDOR HIPOTECARIO NO OSTENTA MÁS DERECHOS QUE LOS DE UN ACREEDOR PRIVILEGIADO, SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO y el haz de derecho y obligaciones a los que puede acogerse son los propios de la normativa específica reguladora de los préstamos hipotecarios, y que no se pueden confundir ni solapar (bajo una mera apariencia de subrogación, QUE NO ESTÁ CONTEMPLADA EN LA LEY) con los derechos y obligaciones del concesionario. SIGUEN SIENDO CONCEPTOS DISTINTOS, QUE CAIXABANK, S.A. SIGUE CONFUNDIENDO DE MANERA TORTICERA.

Como se ha repetido hasta la saciedad, ese derecho a la subrogación (limitado a las cantidades resultantes de la liquidación del contrato) NO SUPONE EL RECONOCIMIENTO DE UNA SUBROGACIÓN AUTOMÁTICA (como pretende CAIXABANK, S.A.) en la posición del concesionario para ejercitar en su lugar aquellas acciones que, como la reclamación de responsabilidad patrimonial, pudiera ostentar en su caso el propio concesionario. De ahí que sigamos sosteniendo que la





reclamación efectuada por CAIXABANK, S.A. ante la jurisdicción contencioso-administrativa se haya ejercitada (a nuestro juicio) en un manifiesto FRAUDE DE LEY, amparado inicialmente por el JCA nº 1 de Elche, a través de una sentencia contraria a derecho y absolutamente criticable.

De hecho, el sistema de valoración contemplado en la ley para liquidar el contrato concesional (inversiones efectivamente realizadas y no amortizadas, menos indemnización a favor del Ayuntamiento, deudas y demás partidas), no es el mismo que el utilizado en un expediente de responsabilidad patrimonial, en el que se debe acreditar un DAÑO EFECTIVO, CIERTO Y EVALUABLE ECONÓMICAMENTE. Y en cuya valoración o tasación, tratándose de inmuebles, se acuden (como ha ocurrido en este asunto) a normas de valoración completamente distintas a las contempladas en la normativa que regula el contrato de concesión de obra pública, en la que no prima la tasación de valor actual del inmueble, sino otro tipo de partidas, como hemos visto.

Como no es posible sostener una falsedad siempre y en todo momento, sin incurrir en flagrantes contradicciones, es la propia CAIXABANK, S.A. la que, a lo largo de todo su escrito, nos viene dando implícitamente la razón, al referirse continuamente al derecho del concesionario (y no del acreedor hipotecario) al “*valor de la inversión realizada y no amortizada*”, admitiendo expresamente “*cuyo derecho de cobro recae en CAIXABANK, con motivo de la carga inscrita que grava la concesión*” (pág. 9 segundo párrafo).

Pues, efectivamente, esto es lo que sostenemos desde el Ayuntamiento de Santa Pola: que CAIXABANK, como acreedor hipotecario, SOLO TIENE DERECHO DE COBRO SOBRE EL RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, QUE DEBE CONTEMPLAR COMO PARTIDA PRINCIPAL LAS CANTIDADES INVERTIDAS Y NO AMORTIZADAS. Concepto bien distinto del de valoración o tasación de un bien inmueble (que es lo que se ha hecho en aquel recurso contencioso-administrativo).

### III.3.- SOBRE LA IMPUTACIÓN AL AYUNTAMIENTO DE SANTA POLA DE UN SUPUESTO ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

Es obvio que el planteamiento de CAIXABANK, S.A. responde a un mero formulario, ya protocolizado, en el que no podía faltar el tan manido recurso al enriquecimiento injusto de la administración.

Este tipo de reclamaciones suelen terminar, como ésta, en una vaga, imprecisa y pocas veces acreditada imputación al Ayuntamiento de un supuesto enriquecimiento a costa del concesionario.

Pierden de vista quienes se acogen a este manido formulario que el interés principal de una administración, al otorgar una concesión de obra pública, es que el concesionario ejecute la obra y que gestione esa infraestructura hasta la finalización del contrato, dando un servicio a los ciudadanos que, de otra manera, no sería posible ofrecer; por falta de recursos suficientes y por falta de capacidad para gestionar el objeto de la concesión por parte de la administración.

Olvidan también este tipo de reclamantes que los contratos de concesión de obra pública suelen incorporar una cláusula muy clara en cuanto a la asunción del “RIESGO Y VENTURA” por parte del concesionario.

De todas formas, como vemos, el expositivo CUARTO del escrito de alegaciones no es más que una sucesión de vaguedades e imprecisiones que, como en la mayoría de los casos, no justifica, ni valora, ni cuantifica CUÁL ES VERDADERAMENTE EL





ENRIQUECIMIENTO INJUSTO OBTENIDO POR LA ADMINISTRACIÓN; máxime cuando, además de tener que indemnizar las cantidades no amortizadas, tiene que destinar los recursos que no dispone para gestionar un edificio destinado a geriátrico.

¿DÓNDE ESTÁ EL BENEFICIO PARA EL AYUNTAMIENTO DE SANTA POLA?  
¿DÓNDE ESTÁ EL ENRIQUECIMIENTO?

Pura retórica, vacía de contenido y carente de la más mínima fundamentación.

#### III.4.- SOBRE EL SUPUESTO “CONTENIDO CONTRADICTORIO” DE LA RESOLUCIÓN

Alega CAIXABANK, S.A. que el Acuerdo del Ayuntamiento de 12/11/2020 es contradictorio al rezar a pie de recurso que “la resolución pone fin a la vía administrativa”.

En este apartado, efectivamente, hay que dar la razón a CAIXABANK, S.A. toda vez que la incoación del expediente de liquidación, que contempla preceptivamente el trámite de audiencia (en el que estamos), es un mero acto de trámite (siquiera cualificado), pero que en ningún caso pone fin a la vía administrativa.

Lo que no es admisible, en virtud del principio “pro actione” es interpretar que la notificación es ineficaz, por el mero hecho de contener un error a pie de recurso, error que además, como se puede apreciar sin excesivo esfuerzo, no le causa indefensión a la interesada, por lo que la notificación debe surtir plenos efectos y nada impide la validez de las actuaciones administrativas subsiguientes.

#### V.- CONCLUSIÓN

Atendiendo a todo lo expuesto, procede desestimar las alegaciones presentadas por Bancaixa

#### Alegaciones de Kensington University.

##### 1.- SOBRE LA CONCURRENCIA DE LITISPENDENCIA DERIVADA E LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 119/18 SEGUIDO ANTE EL JCA Nº 1 DE ELCHE.

Se alega por KENSINGTON la litispendencia del recurso contencioso-administrativo nº 119/18, interpuesto por CAIXABANK, S.A. y en el que recayó sentencia nº . que el JCA nº 1 de Elche ha venido a estimar, mediante Sentencia de 08/05/2019, el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día contra el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 12/06/2017, por el que el Ayuntamiento de Santa Pola acordó “*Resolver el contrato de concesión de obra pública, por causa imputable al concesionario (...)*” y “*Ordenar la incoación de expediente contradictorio conforme a los parámetros del artículo 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...), a efectos de determinar los efectos de la resolución del contrato (liquidación del contrato)*”.

Efectivamente, la citada Sentencia, dictada en primera instancia por el JCA nº 1 de Elche, resolvió “Anular el Acuerdo Plenario de fecha 12 de junio de 2017, por no ser conforme a derecho”, “Reconocer el derecho de CAIXABANK a percibir el importe por resolución de la concesión (...), el cual asciende a la cantidad de 7.401.431 € (...)” y “Condenar al Ayuntamiento de Santa Pola al pago de la referida cantidad (...)”.

Sin embargo, cabe realizar dos objeciones fundamentales:

En primer lugar, no estamos ante un supuesto de litispendencia, en el sentido estricto del término, puesto que el recurso contencioso-administrativo nº 119/18 NO VERSA SOBRE EL MISMO OBJETO (reclamación de responsabilidad patrimonial) que el





objeto de este expediente (liquidación del contrato de concesión). Esta es la misma confusión en la que ha incurrido CAIXABANK, S.A. y, por lo visto, el propio JCA nº 1 de Elche

En segundo lugar, no podemos obviar que dicha Sentencia no es firme, ya que el Ayuntamiento de Santa Pola, entendiendo que dicha resolución judicial no se ajustaba a derecho, interpuso el correspondiente recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana; recurso tramitado como Rollo de Apelación nº 271/19 ante la Sección 5 de dicha Sala, estando pendiente de señalamiento para votación y fallo.

Sustancialmente, los fundamentos de derecho esgrimidos por el Ayuntamiento en ese Recurso de Apelación, como ya lo hiciera en primera instancia, son los siguientes:

1.- La Sentencia, sin mayor fundamento y eludiendo la más mínima motivación, llega a determinadas conclusiones que, a nuestro juicio, resultan absolutamente contrarias a derecho y que, lógicamente, se erigen en los fundamentos frente a los que se alza el recurso de apelación.

Pasemos pues a analizar esa sucesión de conclusiones, contrarias a derecho, a las que erróneamente ha llegado la sentencia, sin mediar el más mínimo razonamiento lógico-jurídico:

a.- “De todos los hechos que han sido expuestos y que obran como probados, se ha de extraer que asiste la razón al recurrente en tanto que por imperativo legal la recurrente ostenta un derecho de crédito y cobro preferente, respecto de las inversiones realizadas por el concesionario para la ejecución del Contrato y que no han sido amortizadas (...).

b.- “(...) y por lo tanto es hecho incontestable que CAIXABANK, tiene derecho en su condición de acreedor hipotecario a percibir el valor del centro asistencial menos la amortización durante sus años de explotación con motivo de su reversión anticipada al Ayuntamiento demandado (...). (el subrayado es nuestro).

*Baste en este momento inicial indicar, como explicaremos más adelante, que son falsas todas las premisas y conclusiones expuestas en este breve párrafo; es decir: ni es cierto que sea un “hecho incontestable” que CAIXABANK tuviera derecho a ningún tipo de crédito frente al Ayuntamiento, por el mero hecho de ser acreedor hipotecario (la ley no le reconoce acción directa contra el Ayuntamiento, por no ser titular de la relación jurídico-administrativa que representa el contrato concesional); ni es cierto que, en tal supuesto, tuviera derecho a percibir “el valor del centro asistencial menos la amortización durante sus años de explotación”.*

Debemos tener presente, en primer lugar, que el acreedor hipotecario no es más que un tercero en la relación jurídico-administrativa administración-concesionario; de tal forma que el ordenamiento jurídico no le reconoce ningún tipo de acción directa (en este caso, nada menos que la reclamación de pago del valor de las inversiones realizadas por el concesionario) frente a la administración. Como mucho, la normativa aplicable le reconoce, o bien un derecho de subrogación en la posición del concesionario (pero como tal concesionario, no como acreedor de la administración), o bien ejercitar su derecho de cobro preferente (para destinar su importe a la amortización total o parcial del crédito hipotecario), pero siempre que la administración se haya pronunciado y haya determinado, mediante expediente administrativo contradictorio, el montante derivado de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO; de manera que, sólo cuando resultare un saldo a favor del concesionario (e, insistimos, una vez tramitado el correspondiente expediente contradictorio de liquidación, con





pronunciamiento expreso de la administración), podrá ejercitar el acreedor hipotecario su derecho al cobro, con preferencia a cualquier otro acreedor; y ese derecho de cobro quedará limitado, por establecerlo así la normativa aplicable, al saldo que resultare a favor del concesionario (como titular de la relación jurídica) una vez tramitado el expediente y establecida en vía administrativa, mediante resolución definitiva, la cantidad resultante de la liquidación.

*Como expondremos de forma pormenorizada y fundamentada en los preceptos legales realmente aplicables, el derecho que asiste al acreedor hipotecario (en este caso, CAIXABANK) consiste, o bien en subrogarse en la posición del concesionario, o bien percibir los frutos de la explotación, o bien evitar el deterioro de la concesión o bien, en caso de resolución, a percibir, en sustitución del concesionario, las cantidades que resulten de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, concepto distinto y que no puede coincidir de ningún modo con el concepto de “inversiones efectivamente realizadas y no amortizadas” (como se argumentará más adelante) y que deberá quedar establecido MEDIANTE RESOLUCIÓN de la administración concedente, en expediente contradictorio tramitado al efecto (durante el plazo legal de 6 meses posteriores a la resolución) y en cuyo resultado (cantidad determinada como liquidación del contrato) necesariamente deberán tenerse en cuenta, como cantidades negativas a detracer de aquel valor, el total de indemnizaciones a favor del Ayuntamiento (derivadas del incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario), así como las deudas líquidas y vencidas a favor de la administración concedente.*

*Insistimos (y entender ésto resulta crucial para una correcta resolución del conflicto): una cosa es el importe de las inversiones realmente desembolsadas y no amortizadas (que es lo que parece haber reclamado, indebidamente, la recurrente); otra cosa es el valor de reposición de lo construido; y otra cosa es el importe del crédito hipotecario; y, concepto distinto a todos los anteriores, aunque deban ser tenidos en cuenta para su determinación última, es el importe de la LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (concepto sobre el que sí tiene un derecho preferente de cobro el acreedor hipotecario).*

c.- “(...) porque de lo contrario dicho Ayuntamiento incurriría en una infracción del principio de prohibición de enriquecimiento injusto al pretender incorporar a su patrimonio dicho centro residencial que fue costado por la mercantil concesionaria con el préstamo hipotecario (principalmente), otorgado por la recurrente”.

El objeto del presente procedimiento administrativo, que por imperativo legal debe ser tramitado y resuelto por la administración concedente, consiste en determinar los efectos de aquella resolución; cuestión muy distinta a una reclamación de responsabilidad patrimonial, que viene regulada legalmente por una normativa absolutamente distinta y para supuestos completamente distintos.

En definitiva, NO TENIENDO NADA QUE VER EL OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CON LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL (que es lo que se ejercita a través del recurso contencioso administrativo, pendiente de sentencia firme), SON ABSOLUTAMENTE INADMISIBLES Y DEBEN SER TOTALMENTE DESESTIMADAS LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR EL CONCESIONARIO acerca de una supuesta concurrencia de litispendencia.

Por lo demás, es evidente que el Ayuntamiento de Santa Pola SÍ PUEDE INICIAR EL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN (puesto que está cumpliendo con una exigencia





legal), que nada tiene que ver con la reclamación de responsabilidad patrimonial y, por lo tanto, no contraviene ninguna resolución judicial que, por supuesto, será obligatoria y deberá ser respetada en todo caso cuando adquiera firmeza.

El objeto del presente procedimiento administrativo, que por imperativo legal debe ser tramitado y resuelto por la administración concesionaria, consiste en determinar los efectos de aquella resolución; cuestión muy distinta a una reclamación de responsabilidad patrimonial, que viene regulada legalmente por una normativa absolutamente distinta y para supuestos completamente distintos.

En definitiva, **NO TENIENDO NADA QUE VER EL OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CON LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL** (que es lo que se ejercita a través del recurso contencioso administrativo, pendiente de sentencia firme), **SON ABSOLUTAMENTE INADMISIBLES Y DEBEN SER TOTALMENTE DESESTIMADAS LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR EL CONCESIONARIO EN ESTE TRÁMITE.**

Por lo demás, es evidente que el Ayuntamiento de Santa Pola **SÍ PUEDE INICIAR EL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN** (puesto que está cumpliendo con una exigencia legal), que nada tiene que ver con la reclamación de responsabilidad patrimonial y, por lo tanto, no contraviene ninguna resolución judicial que, por supuesto, será obligatoria y deberá ser respetada en todo caso cuando adquiera firmeza.

En definitiva, y dado que el Ayuntamiento está obligado legalmente a tramitar la liquidación del contrato, por exigencia legal, y no existiendo ningún impedimento a la ejecutividad de los actos administrativos emitidos en el expediente, procede la **ÍNTEGRA DESESTIMACIÓN** de esta alegación.

**2.- SOBRE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CONCESIONAL, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.**

La normativa en materia de contratación pública determina expresamente que la resolución del contrato concesional debe agotarse con la liquidación del contrato (que es el trámite en el que nos encontramos); y que el resultado de esa liquidación, (ya sea positiva o negativa, teniendo en cuenta la amortización de las cantidades invertidas y los daños y perjuicios ocasionados a la administración concedente, entre otros conceptos), podrá ocasionar **O NO el abono AL CONCESIONARIO** de las cantidades que resulten de esa liquidación.

Es un hecho no solo no discutido, sino **EXPRESAMENTE ACEPTADO POR EL CONCESIONARIO** (y, por cierto, por la propia entidad hipotecante, CAIXABANK, S.A.) que **LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CONTRATO SE HA DEBIDO A CAUSA IMPUTABLE AL CONCESIONARIO**, cuestión que no puede resultar neutra o gratuita para.

Tanto la normativa aplicable al contrato, como la posterior trasladan el riesgo al concesionario, evitando con ello garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución, a través del siguiente mecanismo: con la nueva regulación, a través de lo que se denomina un contrato de reemplazo (una nueva subasta); con la normativa anterior (aplicable al presente supuesto), mediante un solo acto en el que se establezca la liquidación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la administración.

En ambos casos, se persigue precisamente evitar que se produzca un enriquecimiento





injusto para cualquiera de las partes contratantes.

Sin embargo, una interpretación literal de la norma en materia de liquidación (ahora mal llamada RPA, como hemos visto en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CAIXABANK, S.A.) que no establece a penas diferencias entre uno y otro supuesto, podría llevarnos exactamente al mismo resultado, con independencia de que la causa de la resolución sea o no imputable al concesionario, y con independencia de su gravedad.

En cualquier caso, dada la sucesión de normativas que se han ido aprobando desde la adjudicación, tanto a nivel estatal como europeo, y las distintas interpretaciones doctrinales sobre los efectos de la resolución en estos casos, la cuestión merece un detenimiento, pues resulta esencial determinar con la suficiente claridad las partidas aplicables (fundamentalmente: inversiones realmente efectuadas e indemnización de daños y perjuicios).

De lo que se trata es de dilucidar, en la medida de lo posible (a sabiendas de que es una labor muy compleja), la medida de la obligación de restituir a la concesionaria la totalidad del importe de las inversiones realizadas una vez resuelto el contrato de concesión por causas imputables, precisamente, al propio contratista, en un supuesto además en el que el contrato se suscribió con anterioridad a la entrada en vigor del art. 271 bis del TRLCSP, introducido por la Disposición Final 9 de la Ley 40/2015.

Sobre el principio de riesgo y ventura, como elemento determinante.

Con la entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, el contrato de concesión de obra o servicio público es un contrato en virtud del cual Administración adjudica, a riesgo y ventura de un determinado contratista, la realización de una obra o la gestión de un servicio competencia de la misma, para cuya implantación o mantenimiento va a ser necesaria una importante inversión y cuya contrapartida o remuneración, destinada a recuperar las inversiones previstas y a obtener un beneficio sobre el capital invertido, es: bien el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato mediante el cobro a los usuarios de una tarifa por el uso del servicio o de la obra, o este mismo derecho en conjunción con un pago realizado por la propia Administración.

De esta definición se desprende que una de los elementos esenciales de la concesión estriba en que para la realización de la obra o la puesta en marcha del servicio y su posterior explotación va a ser necesaria la realización de cuantiosas inversiones por el concesionario, que adelanta de este modo el capital necesario que debería invertir la Administración para la realización de la obra o el establecimiento inicial y puesta en marcha del servicio. Por otro lado, mediante la explotación de la obra o servicio el contratista tratará de recuperar las inversiones realizadas y obtener un beneficio, es decir, mediante el cobro de la tarifa y/o tasa al usuario del servicio, el concesionario va a tratar de amortizar y rentabilizar la inversión realizada. En definitiva, a través de la concesión, el contratista adelanta a la Administración un capital que va a tratar de recuperar mediante la explotación económica del servicio. Inversión y forma de remuneración son dos elementos característicos de la concesión.

Precisamente, dado que la concesión y la remuneración del concesionario tienen como objetivo recuperar la inversión realizada y obtener un beneficio razonable resulta obvio que el plazo de duración de la misma va a depender y estar vinculado al tiempo necesario para permitir dicha recuperación, por este motivo, no sería razonable ni que la duración máxima pueda exceder del tiempo que resulte razonablemente previsible





para que el concesionario pueda recuperar las inversiones previstas para la ejecución de la concesión junto con un rendimiento (beneficio) sobre el capital invertido. Tal y como indica el considerando 52 de la Directiva un plazo de duración largo puede estar justificado si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios.

Resulta que la Directiva 2014/23 convierte al riesgo en el elemento esencial que define, delimita y califica a un contrato como concesión, rechazando, en consecuencia, el criterio de la remuneración por parte de terceros como criterio identificador, al considerar que también pueden calificarse como concesión aquellos contratos cuya remuneración procede exclusivamente de la Administración, siempre, claro está, que se traslade el riesgo de explotación al concesionario (peaje en sombra y riesgo por disponibilidad).

Tal y como indica la Directiva en su considerando 18 la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público habían generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y había dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, razón por la cual debía aclararse la definición de “concesión”, para lo cual adquiere la consideración de criterio esencial y delimitador el criterio de riesgo operacional. La característica principal de una concesión va a consistir siempre en la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico lo cual va a suponer la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo puede seguir siendo asumido por el poder o entidad adjudicador.

La Directiva comunitaria realiza, pues, una síntesis de la jurisprudencia comunitaria y establece como elemento principal de la definición de concesión la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios.

En concreto el artículo 5 de la Directiva establece que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. De este modo se exige que la parte de los riesgos transferidos al concesionario suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

Precisamente el riesgo operacional, tal y como indica el considerando 20, puede consistir en un riesgo de demanda (vinculado a la frecuentación o de uso), en un riesgo de suministro o riesgo de disponibilidad (vinculado esencialmente a la calidad de la prestación de modo tal que la retribución del concesionario venga determinada únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra y por la calidad de la prestación), o bien en un riesgo de demanda y suministro. Por el contrario, no estaría





justificado y no podría considerarse que estamos ante una concesión si la Administración alivia al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Por lo tanto, lo que caracteriza el contrato de concesión no es solo el riesgo a no tener beneficios, sino también el riesgo a tener pérdidas derivadas de la explotación (“déficit de explotación”).

En este sentido, tal y como indica la Directiva en su considerando 19 cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, en todo supuesto (incluso el incumplimiento culpable del contratista), este no puede considerarse concesión. Ahora bien, con carácter excepcional, se permite que el riesgo esté limitado sin que ello suponga que el contrato no pueda ser calificado como concesión. Así, por ejemplo, se permite la existencia de tarifas reglamentadas e, igualmente, la previsión de una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión, siempre eso sí que la caducidad de la concesión sea imputable a la Administración.

Por el contrario, no podrá calificarse como contrato de concesión aquel contrato que garantice al concesionario la recuperación de las inversiones en caso de que el contrato se resuelva por causas imputables al contratista pues, en este caso, desaparecería una transferencia real del riesgo.

Este último dato, como vamos a comprobar va a ser esencial a la hora de interpretar la normativa que regula la liquidación de la concesión y las indemnizaciones que debe afrontar el contratista cuando el contrato se resuelve por una causa imputable al mismo. El riesgo y la estabilidad presupuestaria

Sin duda alguna, una de las razones fundamentales por las cuales las Administraciones se decantan por acudir a los contratos de concesión de obra y servicio para llevar a cabo las infraestructuras necesarias reside en la necesidad de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria y evitar el endeudamiento.

En virtud del principio de estabilidad presupuestaria, regulado e impuesto por la Unión Europea, las Administraciones Públicas nacionales están obligadas en la elaboración y, sobre todo, ejecución del presupuesto a mantener una situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales. El incumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria y endeudamiento tiene importantes y perjudiciales consecuencias para las Administraciones.

Pues bien, para lograr una contabilización uniforme y determinar cuándo se han superado los índices de endeudamiento permitidos, el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea y Eurostat han ido delimitando en qué supuestos una determinada operación computa a efectos de déficit público por aplicación de los criterios de contabilidad recogidos en el SEC 2010.

En concreto, como regla básica, para que la financiación de la infraestructura a través de un contrato de concesión no compute como endeudamiento de la Administración Pública es necesario que se trasladen al concesionario los riesgos de “construcción” y, al menos, el “riesgo de disponibilidad” o el “riesgo de demanda”, o ambos, tal como fue diseñado en el contrato.





En concreto, la Decisión de Eurostat 18/2004 detalla los distintos riesgos y los describe del siguiente modo:

El “riesgo de construcción” se refiere a la identificación de quién de las dos partes del contrato, la Administración o el contratista, debe soportar las consecuencias económicas derivadas de acontecimientos que dan lugar a retrasos en la entrega, ejecución del contrato sin respetar las normas especificadas en el mismo, los incrementos del coste con relación a los previstos inicialmente, deficiencias técnicas y, por último, los derivados de los efectos exteriores que perjudiquen la realización del contrato. En definitiva, mediante el riesgo de construcción se valora quien asume los siguientes riesgos en la ejecución de la infraestructura: los retrasos en la construcción, el no cumplimiento de los estándares especificados, sobrecostes y deficiencias técnicas. Una segunda categoría es el riesgo de disponibilidad en virtud del cual será responsabilidad del tercero no ser capaz de dar el servicio en los niveles de calidad pactados y definidos en el contrato. En estos supuestos se entiende que la Administración traslada o transfiere el riesgo al sujeto privado si está legitimada para reducir significativamente (como una clase de deducción o penalización) sus pagos periódicos —como cualquier “cliente normal” (consumidor) podría solicitar en un contrato comercial— en caso de incumplimiento del contratista. En definitiva, los pagos de la Administración variarán en atención al nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante la ejecución del contrato.

La tercera y última categoría abarcaría los riesgos de demanda. Se entiende que la Administración traslada al sujeto privado el riesgo de demanda cuando los beneficios del contratista van a depender de la mayor o menor demanda, por parte de los usuarios, de la infraestructura. En este sentido, las variaciones de demanda acontecidas por factores exógenos al contrato tales como la coyuntura macroeconómica, las tendencias del mercado, la competencia de productos/servicios sustitutos, que pueden dar lugar a un menor uso de la infraestructura y, por tanto, del beneficio del contratista, van a ser soportadas por el sujeto privado.

Finalmente tal y como indica el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, en su apartado 20.284, se entiende que no hay traslación de riesgos y, por tanto, el activo la financiación y el endeudamiento han de computar en la Administración –hecho este que dará lugar a que difícilmente se lleve a cabo el contrato- si las cláusulas de resolución del contrato, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión o resolución a imputable al concesionario.

Este último criterio es un dato fundamental a la hora de interpretar y valorar la normativa aplicable a la liquidación del contrato de concesión y la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución del contrato por causa imputable al contratista; y ello porque en el caso de que la Administración esté obligada a garantizar y reembolsar la totalidad de las inversiones realizadas por el concesionario en caso de resolución imputable a este, esa financiación desde el principio debería imputarse a la Administración computando como endeudamiento, dato este que, seguramente implicará que no se celebre el contrato.

De este modo, si una de las razones fundamentales por las cuales la Administración acude a la financiación privada de las infraestructuras públicas mediante la concesión es que la financiación de los capitales necesarios para ejecutar la infraestructura se





realice por el concesionario y que dicha financiación no compute como endeudamiento de la Administración Pública, y si resulta que para que no compute el endeudamiento en las cuentas públicas es necesario que se trasladen al concesionario los riesgos analizados, es obvio que la Administración evitará cualquier contrato de concesión que no suponga un traslado de los riesgos, pues en caso contrario, perderá su sentido la realización del mismo a través de la concesión.

Existe, por tanto, una estrecha ligazón entre los riesgos definidos en el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, a efectos de estabilidad presupuestaria, y los riesgos definidos en la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de modo tal que se puede afirmar que si un determinado contrato computa a efectos de déficit en aplicación de los criterios del Eurostat no podrá ser calificado jurídicamente como concesión por no existir una traslación de los riesgos, elemento nuclear y esencial en la definición de la concesión.

Riesgo, pérdidas, equilibrio económico y resolución de las concesiones de obra y servicio público.

En muchas ocasiones, la explotación de la obra o el servicio es deficitario de modo tal que la remuneración recibida por el concesionario no cubre la amortización de las inversiones realizadas ni menos aún reporta beneficio al concesionario.

Las causas por las que una concesión de obra o de servicio puede ser deficitaria son muy variadas; así, por ejemplo, la presentación de una oferta excesivamente generosa como consecuencia de una negligencia o exceso de confianza; una asunción de riesgos más allá de lo razonable forzada por la competencia y la necesidad de adjudicarse contratos, que lleva a realizar ofertas que no son realistas e, igualmente, el acaecimiento de una crisis económica que dé lugar a un aumento de los costes financieros y a que las previsiones iniciales no se cumplan como consecuencia de una menor demanda de la obra o el servicio.

En cualquier caso, e independientemente de la causa, es habitual que el concesionario pretenda corregir dichas pérdidas mediante la solicitud de un reequilibrio del contrato imputando dichas pérdidas a la actuación de la Administración o a un riesgo imprevisible.

Sin embargo, como hemos visto uno de los elementos esenciales del contrato de concesión es la transferencia del riesgo y ventura de la explotación de la obra o el servicio al concesionario de tal modo que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para ofertar y consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

En definitiva, en virtud del principio de riesgo y ventura, inherente y definidor del contrato de concesión, el concesionario se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración debe permanecer, pues, ajena a la suerte o desventura del concesionario.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a ese riesgo de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("*ius variandi*" y el "*factum*





*principis*"), o por hechos que se consideran ajenos al normal reparto de riesgos del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

En el caso concreto que nos ocupa, la mercantil KENSINGTON pretende trasladar al Ayuntamiento de Santa Pola LA TOTALIDAD DEL RIESGO DEL CONTRATO, mediante la reclamación de la totalidad de las (supuestas) inversiones realizadas, pretendiendo la aplicación de una amortización lineal (que se contradice abiertamente con el principio de prohibición de enriquecimiento injusto), y apropiándose de la totalidad de ingresos obtenidos por la explotación durante la vigencia del contrato; y todo ello sin que haya ni siquiera solicitado el reequilibrio del contrato, alegando cualquiera de las causas legales previstas por la normativa aplicable.

Se dan especiales circunstancias en este asunto que evidencian una MALA PRAXIS por parte del concesionario, UNA FALTA DE PREVISIÓN, una absoluta FALTA DE CAPACIDAD, MALA FE y una abierta intención de obtener UN CUANTIOSO ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, con cargo al Ayuntamiento de Santa Pola, con cargo a un tercero (el constructor) y con cargo a la entidad financiera (CAIXABANK, S.A.).

Como hemos visto en apartados anteriores, y se deriva de la propia documentación aportada por el concesionario, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1º) La concesionaria sostiene ahora haber invertido la cantidad total de 11.376.539,02 €. Sin embargo, esas inversiones NO HAN QUEDADO JUSTIFICADAS EN EL EXPEDIENTE, ni han sido justificadas en este trámite. De hecho, la única alegación en este sentido realizada por la concesionaria, se limita a decir *“esta parte defiende que el mismo ascendió a un importe de 11.376.539,02 € más los intereses devengados por la financiación externa”*, sin mayor amparo documental ni probatorio, por lo que no puede ser tenida en cuenta. Además, no es cierto (como se alega) que *“la suma total”* derivada del *“bloque documental de facturas”* aportado mediante escrito de 14 de junio de 2017 ascienda a esa cantidad.

2º) La concesionaria sostiene paralelamente la posible aplicación del VALOR CONTABLE estimado por el perito contratado por CAIXABANK, S.A. en su reclamación de RPA, y que como se ha visto asciende a la cantidad de 10.690.186,00 €. Como se indica en otros apartados de este informe, el valor indicado por este perito es un MERO VALOR CONTABLE, derivado de los *“documentos facilitados por CAIXABANK, S.A.”* (que es quien contrató la confección de ese informe *“ad hoc”*), por lo que no puede ser tenido en cuenta a efectos de este expediente de liquidación. El valor contable establecido por la concesionaria o por la propia entidad financiera, a efectos de valoración de activos patrimoniales, no puede ser tenido en cuenta a estos efectos, por motivos obvios.

3º) La concesionaria parece haber financiado la totalidad de las obras con capital ajeno, a través de las cantidades obtenidas mediante préstamo hipotecario (un total de 7.600.000,00 €). De esta cantidad, según la propia concesionaria y según la propia entidad financiera, quedó una *“deuda liquidada”* de 5.065.828,55 €; de lo que se desprende que se amortizó un total de 2.534.171,45 €.

4º) El coste real y efectivo de las inversiones realizadas, según los proyectos presentados por la propia concesionaria, suman un total de 4.888.009,53 € (IVA no incluido), tal como se hizo constar en informe del Arquitecto Municipal de fecha 16 de octubre de 2020.

5º) Según informe de la Arquitecta Municipal de 30 de octubre de 2020, el valor del inmueble, a la fecha de resolución del contrato, asciende a la cantidad de 1.373.530,48





€.

(Ninguno de estos dos valores puede ser tenido en cuenta a los efectos de este expediente de liquidación, como veremos seguidamente).

6º) El concesionario no ha sido capaz, durante toda la vigencia del contrato, de explotar el bien inmueble por sus propios medios; lo que indica su incapacidad, ya desde el inicio, para cumplir sus obligaciones. Consta debidamente acreditado que el único período en que el edificio estuvo en explotación, fue el período comprendido entre marzo de 2004 y septiembre de 2013, en virtud de contrato de arrendamiento suscrito con la mercantil SANYRES MEDITERRÁNEO, S.L.

De hecho, la propia concesionaria reconoce expresamente no tener la capacidad para gestionar el centro, al manifestar en su escrito de alegaciones (segundo párrafo de la alegación CUARTA, pág. 8 de su escrito), que *“tras el vencimiento del contrato de arrendamiento de la mercantil Sanyres Mediterráneo, S.L., el 21 de enero de 2.014 esta parte solicitó la suspensión temporal de la actividad por un plazo de 6 meses, aprobada por el Ayuntamiento el 31 de enero de 2.014, para intentar captar a un grupo especialista que pudiera arrendar y dirigir el centro de tercera edad (...)”*.

De todo ello se deduce que la concesionaria planteó inicialmente este contrato como una mera operación especulativa, sin invertir un solo euro de sus fondos propios y sin tener la capacidad necesaria, ni la intención, de explotar el centro geriátrico directamente.

Pretender ahora obtener un enriquecimiento injusto con cargo a fondos públicos, endeudando al Ayuntamiento de Santa Pola cuando ni siquiera ha amortizado las cantidades obtenidas mediante financiación externa, sin cumplir con ninguna de sus obligaciones derivadas del contrato y sin pagar el resto de deudas generadas con las distintas administraciones, es un acto de EVIDENTE MALA FE y ABUSO DE DERECHO que no puede ser de ninguna manera amparado por el Ayuntamiento de Santa Pola.

7º) Precisamente en virtud de ese contrato de arrendamiento, la concesionaria obtuvo unos ingresos que, según los parámetros establecidos en el mismo, ascienden a más de 8 M de euros.

De estas cantidades, siempre según la interpretación de lo acontecido, porque nunca se ha justificado absolutamente nada (a pesar de los sucesivos requerimientos en este sentido efectuados por el Ayuntamiento, tanto al concesionario como a CAIXABANK, S.A.), es de suponer que se destinaron a amortización de préstamo los ya mencionados 2.534.171,45 €.

Pretende ahora la concesionaria defender una simple amortización lineal, en un claro supuesto de abuso de derecho, que esconde la pretensión de obtener un evidente enriquecimiento injusto, alegando que, a tenor de ese sistema legal de amortización (equivalente a  $113/640=0,18\%$ ) solo se ha amortizado la cantidad de 2.047.777,00 € de los 11.376.539,02 € que dice haber invertido, quedando por amortizar hasta la finalización del contrato, un total de 9.328.762,00 €, equivalentes al 82% de esa supuesta inversión.

Esta postura, insistimos, esconde un abuso de derecho y un pretendido e ilegal enriquecimiento injusto, puesto que la concesionaria, además de dejar pendientes un sinnúmero de deudas con la administración (Ayuntamiento de Santa Pola, AEAT, Seguridad Social), no ha justificado haber soportado ningún tipo con fondos propios, dejando impagado además el préstamo hipotecario por cuantía superior a los 5 M de euros.





Siguiendo con el análisis e interpretación de la normativa aplicable, de todo lo expuesto se desprende que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "*ius variandi*", "*factum principis*", y fuerza mayor o riesgo imprevisible. NINGUNA DE ELLAS CONCURRE EN ESTE SUPUESTO Y NI SIQUIERA HAN SIDO APUNTADAS NI ALEGADAS POR LA CONCESIONARIA.

Del mismo modo es necesario indicar, tal y como se ha encargado de recordar la Jurisprudencia y la doctrina, que el mantenimiento del equilibrio del contrato es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos a la res pública en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales.

De hecho una interpretación laxa de los supuestos que permiten el reequilibrio del contrato podría tener como consecuencia la consideración de que no se ha producido una adecuada traslación de los riesgos al contratista y, por lo tanto, que la financiación de la obra compute en el balance de la Administración de acuerdo con la normativa Europea (Sistema Europeo de Cuentas).

Sin duda alguna, el carácter excepcional de los supuestos de reequilibrio unido a la necesaria traslación del riesgo al contratista para que no quede desvirtuada la naturaleza de la concesión, ha dado lugar a que la jurisprudencia haya rechazado que puedan dar lugar al el restablecimiento del equilibrio económico las pérdidas basadas en cálculos económicos previstos erróneamente ab origine, ofertas mal realizadas, o la crisis económica.

En cualquier caso, sea cual sea la causa que está generando el déficit o las pérdidas del concesionario, dichas pérdidas dan lugar, en algunos casos, a un incumplimiento de las obligaciones del concesionario y, en otras, a la declaración de concurso de acreedores y la liquidación de la concesionaria, supuestos ambos que habilitan a la Administración a resolver el contrato y supuestos ambos que daban lugar, a la obligación de la Administración de abonar y liquidar 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.

Precisamente, el hecho de que las concesionarias pudieran obtener y recuperar, en principio, la totalidad de las inversiones realizadas, como consecuencia de la resolución contractual, colocaba a la Administración pública, en principio, en una situación desventajosa y perjudicial para ella y ello porque, como consecuencia de la resolución contractual, se encontraba obligada a abonar la totalidad de las inversiones realizadas por el concesionario de forma inmediata, endeudándose y con cargo a presupuestos, cuando en realidad el objetivo a la hora de licitar la infraestructura era que la misma fuera financiada por un privado, a largo plazo y, sobre todo, que no computase como endeudamiento.

No obstante, tal y como vimos, para que una concesión pueda ser considerada como tal no es posible, como indicaba el Considerando 19 de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que en caso de resolución por motivos imputables al concesionario se garantice al concesionario la





recuperación de la totalidad de las inversiones realizadas pues, en este caso, desaparecería cualquier tipo de riesgo para el concesionario.

Del mismo modo tal y como indica el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, en su apartado 20.284, se entiende que no hay traslación de riesgos y, por tanto, el activo la financiación y el endeudamiento han de computar en la Administración si las cláusulas de resolución del contrato prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión o resolución a imputable al concesionario.

Pues bien, precisamente, la imposibilidad de garantizar al concesionario la recuperación de la totalidad de las inversiones en caso de resolución imputable al mismo va a ser un dato fundamental a la hora de interpretar y valorar nuestra normativa sobre la liquidación (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución del contrato por causa imputable al contratista y ello porque en el caso de la Administración esté obligada a garantizar y reembolsar la totalidad de las inversiones realizadas por el concesionario, esa financiación desde el principio debería imputarse a la Administración computando como endeudamiento, dato este que, seguramente implicará que no se celebre el contrato.

La RPA o la liquidación de las concesiones como consecuencia de la resolución del contrato, con anterioridad a los nuevos arts. 271 y 288 del TRLCSP, incorporados por la Disposición Final 9.9 de la Ley 40/2015.

Con carácter general la resolución de la concesión de obra y de servicio público tenía como consecuencia inmediata el deber por parte de la Administración de reintegrar o de restituir a la concesionaria las inversiones realizadas.

De este modo, y como consecuencia de la resolución contractual, la Administración se encontraba obligada a liquidar el contrato y, en concreto, a satisfacer el equivalente pecuniario o restituir el importe de las inversiones realizadas por el concesionario dado que la restitución in natura, esto es, la devolución de la obra o la inversión, no es posible.

Es por este motivo y con este fin, que el artículo 271 del TRLCSP establecía que: *“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”*.

En idénticos términos el artículo 288 del TRLCSP establecía que: *“en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”*.

Para la doctrina, al igual que en la teoría general del contrato, la liquidación (la mal llamada RPA), consistente en la obligación de restituir el valor patrimonial de la inversión realizada y pendiente de amortización en los supuestos de resolución anticipada, tiene como finalidad evitar, por un lado, un enriquecimiento injusto de aquél que no ejecutó la prestación a la que se obligó y, por otro, establecer un marco jurídico que permita la financiación del proyecto al fijar una garantía en el pago de la inversión y lo que ha propiciado un espectacular desarrollo de los modelos concesionales y de la colaboración público privada.





No obstante, como ya indicamos en anteriores epígrafes, son dos los problemas que planteaba la obligación legal o convencional consistente en garantizar la restitución de la totalidad de la inversión realizada en caso de resolución anticipada: en primer lugar, que de considerarse que existe una garantía legal o convencional de recuperación de las inversiones realizadas, desaparecería cualquier tipo de riesgo y el contrato no podría calificarse de concesión, computando la financiación de dicha inversión como endeudamiento de la Administración; y, en segundo lugar, la posición perjudicial en la que se sitúa la Administración que se ve obligada a abonar la totalidad de las inversiones realizadas por el concesionario de forma inmediata, endeudándose y con cargo a presupuestos, cuando en realidad el objetivo a la hora de licitar la infraestructura era que la misma fuera financiada por un privado, a largo plazo y, sobre todo, que no computase como endeudamiento.

Precisamente, con el fin de solucionar ambos problemas es por lo que se introdujo por la Disposición Final 9.9 de la Ley 40/2015 el nuevo y ya citado artículo 271 bis del TRLCSP, que entró en vigor el 20 de octubre de 2015.

La RPA o la liquidación de las concesiones tras la introducción de los artículos 271.bis y 288 del TRLCSP.

La Disposición Final 9 de la Ley 40/2015 introdujo en el TRLCSP diversas modificaciones relativas a la resolución de los contratos de concesión de obra y de servicio público, a nuestro juicio, con dos objetivos fundamentales:

- a) Por un lado, trasladar el riesgo al concesionario, cumpliendo de este modo con lo dispuesto en la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión y en el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, evitando con ello garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución
- b) Por otro lado, regular un procedimiento que permita objetivar, de forma conjunta y compensada, los efectos de la resolución del contrato por causa imputable al concesionario; en concreto, trata de fijar en un solo procedimiento la liquidación y la indemnización de daños.

En efecto, los nuevos preceptos establecen el procedimiento que se ha de seguir en caso de resolución por causa no imputable a la Administración o, lo que es lo mismo, por causa imputable al concesionario, y que se caracteriza y tiene como objetivo evitar garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución, trasladando el riesgo al concesionario y, por otro, fijar en un solo acto la liquidación del contrato (restitución de prestaciones) y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración, compensándose de forma automática y recíproca las cantidades resultantes de una y otra.

En concreto, el procedimiento pretende llevar a cabo un contrato de reemplazo que sustituya al concesionario por otro nuevo pero manteniendo el contrato de concesión. Se produce, en definitiva una novación subjetiva en el contrato.

Precisamente, y por lo que respecta a la traslación del riesgo, los nuevos artículos indican que en el supuesto de resolución por causas no imputables a la Administración, el órgano de contratación deberá licitar nuevamente la concesión en una subasta siendo el único criterio de adjudicación el precio. Precisamente, el valor de la concesión será el que resulte de la subasta, de lo que se desprende que el riesgo de que se pague menos por el valor de las inversiones realizadas se traslada plenamente al concesionario





saliente.

Es el artículo 271.ter del TRLCSP de 2015 el encargado de regular el valor de la concesión o, lo que es lo mismo, la fijación del precio de la primera licitación en la subasta. En concreto y de conformidad con el mismo, el tipo o precio de salida de la subasta se determinará, no en función del coste o precio abonado por el concesionario de las inversiones realizadas, si no en función de los flujos futuros de caja que la sociedad concesionaria saliente preveía obtener por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión.

En el caso que quedara desierta la primera licitación, se convocará una nueva licitación en el plazo máximo de un mes, siendo el tipo de licitación el 50 % de la primera.

Finalmente, si la segunda licitación quedara desierta, y la Administración tuviera que hacerse cargo del abono, ésta solo deberá pagar el 50% del valor de la concesión, esto es, el 50% del precio de salida de la licitación o valor de la concesión debiendo abonar al primitivo concesionario

Como se puede comprobar, en cumplimiento de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión y en el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, si quedara desierta la subasta la Administración se evita evita garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución, pues solo abonaría, como máximo, el 50% del valor de la concesión, trasladándose el riesgo de forma plena al concesionario.

Gracias a la operación de reemplazo se traslada al concesionario saliente el riesgo de que el precio que se pague por las inversiones que ha realizado sea muy inferior al precio que ha satisfecho por las mismas.

Pero es más, tal y como hemos expuesto, el nuevo procedimiento fija en una misma operación, compensando las cantidades que la Administración debe entregar al concesionario saliente como consecuencia de la liquidación del contrato con la indemnización debida por el concesionario que ha incumplido el contrato, de manera tal que, tras el procedimiento, la Administración solo hace efectiva la diferencia entre la cuantía liquidación que debe y la indemnización que se le debe.

La indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la liquidación del contrato, tras la introducción en nuestro derecho de la Directiva Europea en materia de concesión.

Tal y como hemos indicado con anterioridad, uno de los efectos de la resolución de los contratos por causas imputables a una de las partes es el derecho del contratante perjudicado por el incumplimiento al resarcimiento de los daños y perjuicios.

En Derecho español, la indemnización del interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC), que permite colocar al acreedor en la posición en que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente.

Precisamente, la operación de reemplazo consiste propiamente en la celebración de un nuevo contrato, similar o idéntico al incumplido, a través del cual el acreedor puede satisfacer directa o indirectamente su interés. Se entiende por negocio de sustitución o reemplazo aquél celebrado por el acreedor que resuelve el contrato original con el fin de satisfacer su interés de cumplimiento, esto es, de obtener una prestación sustituta de la inicialmente pactada. Es un negocio celebrado en exclusivo interés de acreedor de la indemnización, pero a costa del deudor incumplidor.





Tal y como indica MORALES MORENO *“la operación de reemplazo es, sin duda, un derecho del acreedor, en caso de incumplimiento del contrato; una medida de autotutela, y una vía de satisfacción del interés del acreedor que facilita la liquidación y la prueba del daño. Pero también, un medio típico y razonable para mitigar los efectos dañosos del incumplimiento. Su ejecución, en los casos en los que resulta razonable, es una carga del acreedor. De no ejecutarla, queda privado de la indemnización del lucro cesante que así se hubiera podido ordenar”*.

De este modo, por ejemplo, en los contratos de compraventa, si el contratante perjudicado por el incumplimiento es el comprador, tiene derecho al resarcimiento por el mayor precio que ha tenido que satisfacer para obtener la cosa, ya que el primer contrato le daba derecho a obtenerla a menor precio. Si el contratante perjudicado por el incumplimiento es el vendedor tendrá derecho al resarcimiento por la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el menor precio que ha recibido en la operación de reemplazo.

En nuestro caso, es evidente que, dado el estado del inmueble, el Ayuntamiento o el futuro licitador tendría que realizar una cuantiosísima inversión para reponer el edificio, con todas las instalaciones y equipamientos necesarios, para servir al fin para el que fue construido (conforme, además, con la calificación urbanística derivada del planeamiento). La cuantificación de estas inversiones está detallada en el informe emitido por la mercantil TECNITASA, que no ha sido impugnado ni contradicho de contrario, adquiriendo presunción de validez y acierto, al haber sido asumido por los servicios técnicos municipales.

En efecto, si el resarcimiento del interés contractual positivo tiene como objetivo colocar al acreedor, en nuestro caso, la Administración, en la posición en que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente, resulta obvio que si en la operación de reemplazo hay que incluir como partida la inversión para reponer el edificio a su estado inicial (antes de sufrir los cuantiosísimos daños por actos vandálicos), esa partida debe constar en el pasivo de la liquidación.

La nueva regulación contenida en el TSLCSP establece, precisamente, el procedimiento necesario para aprobar esa operación de reemplazo; por un lado, para restituir al concesionario las inversiones realizadas y no amortizadas y, por otro determinar el derecho al resarcimiento de la Administración.

Sin embargo, la situación anterior a la introducción de estos preceptos en nuestra normativa estatal no era esencialmente distinta (teniendo en cuenta la constante doctrina jurisprudencial sobre la materia): la normativa anterior (aplicable a este supuesto, como ya se ha explicado) regulaba por un lado la obligación de restituir la totalidad del importe de las inversiones realizadas al concesionario (lo que nos daba una cantidad que la Administración debía satisfacer el concesionario) y, por otro, la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios (lo que nos daba una cantidad que el concesionario debía satisfacer a la Administración); obligaciones que, sin duda alguna, podían compensarse entre sí y que, en consecuencia, tienen el mismo resultado que la aplicación de los nuevos preceptos legales.

La única virtualidad de la operación de reemplazo fijada ahora en el TRLCSP es que aún en un solo procedimiento la cuantificación de la liquidación y la determinación de los daños y perjuicios a favor de la Administración.

La indemnización de daños y perjuicios con anterioridad a la introducción de estos preceptos en el TRLCSP.





Cierto sector doctrinal considera que la actual regulación no es de aplicación a las concesiones adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta normativa pues, tal y como indica la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 40/2015, que introdujo aquel artículo 271.bis, este solo será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la misma), lo que dejaría fuera a las concesiones que ahora están dando problemas.

Desde nuestro punto de vista (ye esta es la tesis que sostenemos en este informe), la única diferencia entre la actual regulación y la anterior, es que la actual establece en un solo procedimiento y de forma obligatoria la necesidad de subastar una operación de reemplazo, mientras que en la anterior la forma de proceder a la liquidación y computo de los daños y perjuicios no estaba reglada.

En efecto, si bien es cierto que los nuevos preceptos no son de aplicación obligatoria a los expedientes de contratación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, sin embargo, a las concesiones adjudicadas con anterioridad y que hayan sido resueltas por causas imputables al concesionario sí que le son de aplicación los efectos de la resolución y, en concreto, la liquidación y el resarcimiento de los daños y perjuicios, de modo tal que en las concesiones a las que no es de aplicación la nueva regulación legal, es absolutamente viable que la Administración, en caso de resolución del contrato por causa imputable al concesionario, inicie un segundo procedimiento destinado a liquidar el contrato y a cuantificar los daños causados a la Administración por la resolución.

### 3.- SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS INVERSIONES REALMENTE EFECTUADAS POR EL CONCESIONARIO.

Sobre este particular, debemos realizar una consideración previa, consistente en el reproche más enérgico a la concesionaria y a la entidad hipotecante, toda vez que, de manera reiterada, se han negado a colaborar con el Ayuntamiento de Santa Pola y NUNCA HAN APORTADO DOCUMENTACIÓN FEHACIENTE QUE PERMITA UNA VALORACIÓN REAL Y OBJETIVA DE LAS INVERSIONES REALMENTE REALIZADAS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

Esta falta de colaboración con la administración concedente no debe quedar como un mero reproche sino que, a juicio de quien suscribe, debe tener trascendencia jurídica, como seguidamente veremos.

A lo largo del expediente, se ha puesto de manifiesto, no solo una evidente controversia en cuanto a la valoración de esta partida, sino una extraordinaria dificultad para su determinación, cuya complejidad aconseja una remisión a cada una de las cantidades indicadas en el expediente.

Debemos adelantar ya desde este momento que en este informe partimos de la estimación parcial de las alegaciones realizadas por el concesionario, consistentes en que el criterio a seguir es el de determinar esta partida en función del valor de las inversiones realmente realizadas, con independencia del valor contemplado en los sucesivos proyectos de obras tramitados y, por lo tanto, con independencia de los importes establecidos en los informes de los distintos técnicos municipales, como explicaremos a continuación. Esta interpretación concuerda con la doctrina más consolidada de nuestro Tribunal Supremo.

Por lo tanto, no debemos partir en esta liquidación de los valores recogidos en los informes técnicos emitidos por el Arquitecto Municipal, D. Jorge García (equivalente a 4.888.009,53 €, IVA excluido, según el presupuesto incluido en los sucesivos proyectos





e instalaciones) y por la Arquitecta Municipal, Doña María José Mojica Marhuenda (equivalente a 1.373.530,48 €, calculados en función de operaciones y consideraciones jurídicas que exceden con mucho y nada tienen que ver con el objeto de este expediente de liquidación); ambas cantidades son notablemente inferiores a la valoración te ida en cuenta en este expediente (7.600.000,00 €), como única que ha podido ser acreditada.

De los documentos obrantes en el expediente, podemos concluir que las cantidades obtenidas por el concesionario en concepto de préstamo hipotecario ascendieron a un total de SIETE MILLONES SEISCIENTOS MIL EUROS (7.600.000,00 €), derivado de los siguientes momentos:

12/04/2002 Préstamo Hipotecario 3.005.060,52 €

09/12/2003 Ampliación 3.394.939,48 €

SUBTOTAL 6.400.000,00 €

08/11/2004 Ampliación 1.200.000,00 €

TOTAL 7.600.000,00 €

Por lo tanto, aplicando la doctrina jurisprudencial ya expuesta, partimos de esta cifra, que es la cantidad total a la que asciende el préstamo hipotecario y que, según manifestaciones de ambas interesadas (concesionario y CAIXABANK, S.A.), fue destinada en su totalidad a la construcción y equipamiento del edificio. De hecho, la suma de las facturas aportadas (cuyos conceptos coinciden con el objeto del contrato), no sobrepasan en ningún caso esa cantidad.

Así se deriva de las manifestaciones de los propios interesados (KENSINGTON y CAIXABANK, S.A.) en sus distintos escritos. Por ejemplo, manifestaciones efectuadas por CAIXABANK, S.A. en su primer escrito de alegaciones, de fecha 11/05/2017 (obrante a los folios 64 a 78 del expediente administrativo):

“LA CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO REFERIDO TUVO COMO OBJETO LA FINANCIACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO RESIDENCIAL (...)”

Por lo demás, no consta ninguna otra inversión realizada con fondos propios por parte del concesionario-

A raíz de estos datos, consideramos que LAS INVERSIONES EFECTIVAMENTE REALIZADAS POR EL CONCESIONARIO EN NINGÚN CASO PUEDEN SER SUPERIORES A LA INDICADA CANTIDAD DE 7.600.000,00 €, por lo que resulta inadmisibles la torticera pretensión de valorar esas inversiones en las cuantías (no justificadas) pretendidas ahora por la concesionaria.

En este punto cabe indicar, además, que existe una evidente divergencia en relación con los valores considerados por en el informe pericial de fecha 05/06/2017, aportado por la CAIXABANK, S.A. en el Procedimiento Ordinario nº 119/2018 (cuya apreciación por el Juzgado fue determinante para establecer la RPA reclamada y no aceptada por el Ayuntamiento) y que asciende a un total de 10.690,186 €. Los valores tenidos en cuenta en ese informe por el técnico D. Antonio L. Lara Gadea), NO SON MÁS QUE VALORES CONTABLES, según documentación aportada por CAIXABANK, S.A. (quien contrató sus servicios para emitir ese informe “ad hoc”). Así viene reconocido expresamente por el propio perito, al indicar lo siguiente:

“2. MANIFESTACIONES

El presente informe está basado fundamentalmente en el análisis de la información y documentación proporcionada por Caixabank, S.A. (en adelante CAIXABANK) y en





el análisis e interpretación que de dicha información he realizado de manera objetiva y rigurosa”.

Como se deduce del informe, el técnico (que no es economista) parte de meros valores contables (nunca acreditados, por cierto), y no de documentos que acrediten fehacientemente las cantidades efectivamente invertidas (como proyectos de obra, certificaciones, facturas, contratos, servicios, etc.). Insistimos: se basa en una mera proyección (desde el año 2005 al año 2010) DEL VALOR CONTABLE (NO DEL VALOR REAL) del inmovilizado material de la concesionaria.

Además, cabe señalar que la fecha de redacción coincide prácticamente en el tiempo con la fecha de redacción del Informe emitido por TECNITASA, por encargo del Ayuntamiento (y que no ha sido impugnado), en el que se acredita pormenorizadamente, partida por partida, el valor de las inversiones necesarias para devolver al inmueble su estado inicial para su explotación, representando la indemnización de los daños y perjuicios a favor del Ayuntamiento; y todo ello derivado de los daños ocasionados en el inmueble como consecuencia de no haber cumplido la concesionaria con el deber de conservar el edificio hasta la entrega real y efectiva de la posesión.

#### 4.- SOBRE LA FECHA DE ENTREGA DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE y RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS OCASIONADOS HASTA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Por un lado, la concesionaria reconoce expresamente que la actividad cesó en fecha 11/09/2013, y que *“a finales de 2014, empezaron a introducirse en el interior del inmueble determinadas personas, inicialmente para realizar pintadas o grafitis (...)”*; por otro lado, reconoce expresamente que el Ayuntamiento de Santa Pola efectuó *“requerimiento de 17 de noviembre de 2014 (...) para la adopción de medidas de seguridad”*.

La concesionaria se refiere igualmente al día 11 de septiembre de 2013 como fecha de *“entrega de la posesión realizada por el arrendatario al concesionario junto a anexo de inventario (...)”*, alegando que *“el Ayuntamiento, como garante del interés general y el correcto funcionamiento de los servicios públicos, estaba obligado a adoptar desde el primer momento una diligencia mínima exigible, para la entrega inmediata del inmueble (...)”*.

En primer lugar, consta en el expediente que la entrega efectiva de la posesión del inmueble no se produjo hasta el día 17 de julio de 2017, tal como consta en Diligencia extendida por el Jefe de Negociado del Servicio de Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento (documento nº 64 del expediente), suscrita por D. José Manuel Ortuño Carbonell.

En segundo lugar, es un hecho contrastable que la propia concesionaria, hasta la resolución de la concesión (año 2017), estuvo haciendo gestiones para la cesión de la concesión a terceros, siendo testigos de ello los sucesivos concejales del área, los servicios técnicos municipales y agentes de la Policía Local.

En consecuencia, a tenor de los datos y documentos obrantes en el expediente, procede imputar a la concesionaria los daños sufridos en el inmueble desde el cese de la actividad hasta la entrega efectiva de la posesión del inmueble al Ayuntamiento de Santa Pola, pues sólo era achacable a la concesionaria la falta de diligencia al no disponer de las mínimas medidas de vigilancia y seguridad, precisamente, para evitar los daños finalmente ocasionados (y valorados en el informe emitido por TECNITASA,





que obran en el expediente y que no fue impugnado por ninguna de las partes interesadas).

Estos hechos, junto con la absoluta falta de colaboración por parte del acreedor hipotecario (CAIXABANK, S.A.), que se ha negado reiteradamente a facilitar al Ayuntamiento datos fidedignos sobre las cantidades pendientes de amortización y de las cantidades efectivamente amortizadas durante la vigencia del contrato y se dedicó durante años a la impugnación de todos los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento (como queda probado en el expediente), motivaron esencialmente el retraso en la incoación del expediente de liquidación.

De hecho, es la propia concesionaria la que reconoce expresamente en su SEGUNDA alegación que, mediante Acuerdo municipal de 12 de junio de 2017 (acuerdo de resolución del contrato), punto sexto del acuerdo, el Ayuntamiento de Santa Pola acordó *“Requerir a la concesionaria y a la entidad financiera CAIXABANK, S.A. toda la documentación contable, mercantil, civil y administrativa de que dispongan a los efectos de determinar y valorar los conceptos y partidas que deben ser tenidas en cuenta en el expediente contradictorio de indemnización con advertencia expresa de que, de no prestar la debida colaboración, se acudirá al auxilio judicial”*.

Ambos agentes intervinientes, concesionaria y acreedor hipotecario, han actuado en todo el expediente con una absoluta MALA FE, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, al haber ocultado, total o parcialmente, toda la documentación contable, mercantil, civil y administrativa requerida; por lo que el incumplimiento de ese deber legal o, cuando menos, la inobservancia del debido deber de colaboración con la administración, (tratándose de concesionaria y acreedor hipotecario de la concesión), SÓLO PUEDE PERJUDICARLES A ELLOS, sin que de esa MALA FE puedan derivarse consecuencias especialmente perniciosas para el interés público municipal.

#### 5.- CANTIDADES OBTENIDAS POR EL CONCESIONARIO, EN CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO.

A tenor de la abundante documental obrante en el expediente, aportada por la propia concesionaria, obtenemos los siguientes datos:

- fecha del contrato de arrendamiento: 01/03/2004.
  - objeto inicial del arrendamiento: 240 plazas permanentes + plazas de día (finalmente autorizadas un total de 210 plazas permanentes + 36 plazas de día)
  - renta anual = 4.375 €/ plaza = 1.050.000,00 € / año
  - licencia de apertura: 30/07/2004
  - autorización por la Consellería competente: 02/08/2004
  - Acta de apertura: 01/09/2004
  - Licencia de ampliación: 27/012/2005
  - Entrega a la arrendataria: 16/02/2006
  - Renta anual abonada por la arrendataria durante la vigencia contrato = 934.523,00 €
  - Duración del contrato de arrendamiento: hasta el 11/09/2013.
  - TOTAL RENTAS pagadas por arrendatario: 934.523 €/año x 9 años = 8.410.707,00 €
- Como se ha expuesto, ni la concesionaria, ni la entidad hipotecante, HAN APORTADO LOS DOCUMENTOS NECESARIOS y requeridos que permitan una cuantificación exacta de las cantidades realmente invertidas ni de las amortizaciones efectivamente realizadas, por lo que esa falta de colaboración solo puede perjudicar a quien se ha dedicado a ocultar esos datos (concesionaria y CAIXABANK, S.A.).

De manera que el Ayuntamiento está legitimado para presumir que las cantidades





obtenidas en concepto de renta, fueron destinadas, en parte, a la amortización del préstamo hipotecario y, por otro lado, AL PATRIMONIO DE LA CONCESIONARIA, apropiándose indebidamente de una extraordinaria cantidad de dinero que debió destinarse y contabilizarse como amortización de las cantidades invertidas.

El hecho de no destinar esa cantidad a la amortización del préstamo y pretender ahora defender una simple amortización lineal, representa la evidencia de que la intención de la concesionaria nunca fue la de cumplir con el objeto del contrato y que lo que pretendía (como ahora) era obtener un extraordinario beneficio, sin riesgo alguno (no ha hecho frente a sus deudas ni ha amortizado el préstamo hipotecario), utilizando como “seguro” la normativa en materia de contratación, pretendiendo trasladar al Ayuntamiento el riesgo del contrato.

En “román paladín”: apropiación de los ingresos obtenidos con la explotación (arrendamiento) y socialización de las pérdidas, mediante un ejercicio abusivo del propio derecho y una interpretación torticera de las normas en materia de contratación.

La tesis de la amortización lineal no es sostenible, porque supondría reconocer un evidente enriquecimiento injusto a favor de un particular, en claro perjuicio del interés público municipal, que nunca tuvo ni la intención, ni la capacidad para acometer semejante inversión con cargo al presupuesto municipal.

En definitiva, el Ayuntamiento de Santa Pola, basándose en los documentos obrantes en el expediente, está perfectamente legitimado para presumir que, estando el pago de esas rentas domiciliados en una cuenta abierta en la propia entidad hipotecante (CAIXABANK, S.A.), todas esas cantidades (un total de 8.410.707,00 €) fueron destinadas, o debieron destinarse directamente a la amortización de las cantidades realmente invertidas, como no puede ser de otra manera.

#### 6.- SOBRE LA IMPUTACIÓN AL AYUNTAMIENTO DE SANTA POLA DE UN SUPUESTO ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

Es obvio que el planteamiento de la concesionaria (como ya lo hiciera CAIXABANK, S.A.) responde a un mero formulario ya protocolizado, en el que no podía faltar el tan manido recurso al enriquecimiento injusto de la administración.

Este tipo de reclamaciones suelen terminar, como ésta, en una vaga, imprecisa y pocas veces acreditada imputación al Ayuntamiento de un supuesto enriquecimiento a costa del concesionario.

Pierden de vista quienes se acogen a este manido formulario que el interés principal de una administración al otorgar una concesión de obra pública es que el concesionario ejecute la obra y que gestione esa infraestructura hasta la finalización del contrato, dando un servicio a los ciudadanos que, de otra manera, no sería posible ofrecer; por falta de recursos suficientes y por falta de capacidad para gestionar el objeto de la concesión por parte de la administración.

Olvidan también este tipo de reclamantes que los contratos de concesión de obra pública suelen incorporar una cláusula muy clara en cuanto a la asunción del “RIESGO Y VENTURA” por parte del concesionario, como se ha explicado profusamente.

De todas formas, como vemos, el expositivo CUARTO del escrito de alegaciones no es más que una sucesión de vaguedades e imprecisiones que, como en la mayoría de estos casos, no justifican, ni valoran, ni cuantifican **CUÁL ES EXACTAMENTE Y EN QUÉ CONSISTE ESE SUPUESTO ENRIQUECIMIENTO INJUSTO OBTENIDO POR LA ADMINISTRACIÓN**; máxime cuando, además de tener que indemnizar las cantidades no amortizadas, tiene que destinar los recursos de los que no dispone para gestionar un





edificio destinado a geriátrico.

**7.- SOBRE LA SUPUESTA PRESCRIPCIÓN DE LAS LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS RECLAMADAS POR EL AYUNTAMIENTO DE SANTA POLA.**

No puede estimarse esta alegación, toda vez que, como consta en el expediente, dichas cantidades fueron ya objeto de liquidación y apremio por parte de SUMA Gestión Tributaria, como se desprende, entre otros documentos obrantes en el expediente, de la anotación de embargo a favor del Ayuntamiento de Santa Pola, según mandamiento expedido con fecha 14/11/2016, en expediente 2012-22-102981 (ver Certificación Registral expedida con fecha 28/08/2017 por el Sr. Registrador de la Propiedad de Santa Pola, obrante en el expediente).

**8.- SOBRE LA VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL AYUNTAMIENTO. SUPUESTA PRESCRIPCIÓN DE LAS LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS RECLAMADAS POR EL AYUNTAMIENTO DE SANTA POLA.**

Obra en el expediente informe de tasación expedido por la entidad TECNITASA (entidad inscrita en el Registro de Entidades especializadas en tasación del Banco de España, con el número 4315), en el que constan, debidamente pormenorizadas, detalladas y valoradas todas y cada una de las partidas correspondientes a los daños comprobados en el inmueble tras la resolución del contrato, como consecuencia de actos vandálicos, responsabilidad del concesionario.

Este informe, asumido por el Ayuntamiento en sus resoluciones, adquiere presunción de validez, al no haber sido impugnado ni cuestionado por ninguna de las partes interesadas.

Por lo tanto, sus conclusiones deben ser tenidas como ciertas y veraces en la valoración de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento como consecuencia del incumplimiento contractual por parte del concesionario, y debe ser tenida en cuenta en la presente liquidación, puesto que no es exigible al Ayuntamiento asumir la responsabilidad de soportar y financiar la rehabilitación del edificio hasta ponerlo en condiciones de cumplir con el objeto del contrato.

CONCLUSIÓN, Procede estimar en parte las alegaciones de Kensington University.

A tenor de todo lo expuesto, PROCEDE:

Primero. Procede la íntegra DESESTIMACIÓN de las alegaciones presentadas por CAIXABANK, S.L., puesto que no son susceptibles de desvirtuar ni el expediente de liquidación en sí mismo, ni las partidas tenidas en cuenta para la aprobación de esa misma liquidación.

Segundo.- Estimar parcialmente la alegación de Kensington University en el sentido de estimar que las partida correspondiente a las inversiones efectivamente realizadas asciende a un total de 7.600.000,00 €.

Tercero.- Desestimar las alegaciones formuladas por Kensington University en todo lo demás, conforme a los antecedentes y fundamentos de Derecho antes descritos.

Cuarto. Aprobar la siguiente liquidación definitiva:

1º) Dar por amortizadas las inversiones efectivamente realizadas, debiéndose aplicar como amortización real y efectiva las cantidades cobradas por el concesionario en concepto de renta, durante el plazo en que estuvo vigente el contrato de arrendamiento con Sanyres Mediterráneo, S.L.

2º) Determinar como cuantía a que asciende la indemnización a favor de este Ayuntamiento las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos:





1. Valor de rehabilitación del edificio y de las instalaciones para ponerlo de nuevo a su uso: 3.908.670,77 euros.
2. Deuda pendiente correspondiente a IBI, canon concesional y otros conceptos, que asciende a la cantidad de 329.859,66 euros.
3. Canon dejado de percibir a razón de 12.000 al año por 5 años: 60.000 euros.
4. Importe que hubiera supuesto el uso de plazas a favor del Ayuntamiento desde el año 2011 hasta la actualidad, que asciende a la cantidad de 302.400 euros y que consta en el expediente.
5. Honorarios por emisión informe TECNITASA por importe de 5.687 euros.
6. (...)”.

Abierto el turno de intervenciones hace uso de la palabra el **Sr. Martínez González** explica que se trata de una instalación de geriátrico, la concesionaria es Kensington University y como se sabe en el año 2013 cierra y deja de dar el servicios. Desde entonces hay una serie de negociaciones intentando viabilizar las instalaciones para que otro concesionario se hiciera cargo. No se consiguió, y en el año 2017 se resuelve la concesión por parte el Equipo de Gobierno anterior quedando pendiente la liquidación que este Equipo hizo el pasado mes de noviembre. Las dos entidades afectadas, la concesionaria y la entidad financiera, presentaron alegaciones y ahora se están resolviendo esas alegaciones a esta liquidación. Recuerda que en paralelo hay un procedimiento judicial abierto que está en el Tribunal Superior de Justicia que hizo de manera unilateral la entidad financiera CAIXABANK, por la resolución de la concesión y en primera instancia se condenó al Ayuntamiento a pagar 7.400.000 euros. Hemos conseguido esa sentencia de mayo de 2019 y desde mayo hasta hoy se ha conseguido parar la ejecución provisional, estamos pactando y espera que el Tribunal Superior de Justicia nos dé la razón a las alegaciones presentadas por el Ayuntamiento. Los términos de esta liquidación van en considerar que las obras están amortizadas, en base a los ingresos. El valor de la inversiones está 7.600.000 euros y se considera que está amortizado porque los ingresos recibidos por el alquiler son superiores a esa cantidad. El Ayuntamiento reclama una cantidad por daños y perjuicios que es de 4.000.000 euros para ponerlo en marcha, para rehabilitarlo, además la cantidad de 329.859,66 euros que adeuda al Ayuntamiento por IBI, el del CANON que se ha dejado de percibir y una indemnización porque la empresa estaba obligada a poner un número de plazas a disposición del Ayuntamiento. Eso es lo que se lleva a aprobar y solicita su voto a favor porque es una cuestión de interés general.

Sometido a votación, con ocho votos de abstención (5PSOE, 2 Ciudadanos y 1 Compromís) y once votos a favor (9 PP, 1 Vox y 1 Concejales no Adscritos), el Ayuntamiento Pleno, por mayoría, ACORDÓ:

**PRIMERO.**- Desestimar íntegramente las alegaciones presentadas por CAIXABANK S.L., por los motivos expuestos en el informe jurídico del Secretario General transcrito en los antecedentes, el cual se incorpora y forma parte del presente acto.

**SEGUNDO.**- Estimar parcialmente la alegación de KENSINGTON UNIVERSITY en el sentido de estimar que las partidas correspondientes a las inversiones efectivamente realizadas asciende a un total de 7.600.000,00 €.

**TERCERO.**- Desestimar las alegaciones formuladas por Kensington University en todo lo demás, conforme a los antecedentes y fundamentos de Derecho descritos en el informe de Secretaría.





**CUARTO.-** Aprobar la siguiente liquidación definitiva:

1º) Dar por amortizadas las inversiones efectivamente realizadas, debiéndose aplicar como amortización real y efectiva las cantidades cobradas por el concesionario en concepto de renta, durante el plazo en que estuvo vigente el contrato de arrendamiento con Sanyres Mediterráneo, S.L.

2º) Determinar como cuantía a que asciende la indemnización a favor de este Ayuntamiento las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos:

1 Valor de rehabilitación del edificio y de las instalaciones para ponerlo de nuevo a su uso: 3.908.670,77 euros.

2 Deuda pendiente correspondiente a IBI, canon concesional y otros conceptos, que asciende a la cantidad de 329.859,66 euros.

3 Canon dejado de percibir a razón de 12.000 al año por 5 años: 60.000 euros.

4 Importe que hubiera supuesto el uso de plazas a favor del Ayuntamiento desde el año 2011 hasta la actualidad, que asciende a la cantidad de 302.400 euros y que consta en el expediente.

5 Honorarios por emisión informe TECNITASA por importe de 5.687 euros.

**QUINTO.-** Notificar el presente acuerdo a los interesados.

**SEXTO.-** Dar cuenta a la Comisión Informativa correspondiente.

**DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE**

