

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004**

**NIG:**

## **Recurso de Apelación 1426/2022**

**Ponente:** Don

**Apelante:**

**Procuradora:**

**Apelado:** Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón  
( Madrid ) **Letrado:** Don

### **SENTENCIA nº 815/2024**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

Don

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Don

En Madrid, a 9 de octubre del año 2024, visto por la Sala el recurso de apelación arriba referido, interpuesto por , contra la Sentencia número 212/2022 de 27 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 12/2021. Comparece como parte apelada el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón ( Madrid ), representado y defendido por su Letrado Consistorial Don . Es ponente de esta Sentencia el Magistrado Don que expresa el parecer de la Sala.

### **Antecedentes de Hecho**

**Primero.-** Por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, con fecha 27 de junio del año 2022 se dictó la Sentencia número 212/2022 en el Procedimiento Ordinario número 12/2021, promovido por . contra la desestimación por silencio administrativo, de la solicitud de la referida mercantil de fecha 7 de octubre de 2019, relativa a la resolución del contrato administrativo suscrito con fecha 29 de marzo de 2005, siendo el fallo de la Sentencia la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, imponiendo las costas a la parte recurrente limitando su importe a la cantidad de euros.

**Segundo.-** Notificada la Sentencia anterior a las partes, por recurrente en la instancia se interpuso contra aquella Recurso de apelación en el que, tras exponer las razones en las que lo fundaba, terminaba suplicando una Sentencia que, estimándolo, revocase la Sentencia apelada, estimando en su integridad el recurso contencioso-administrativo promovido en su día ante el Juzgado de conformidad con las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

**Tercero.-** El Letrado del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón impugnó el recurso de apelación anterior, interesando su íntegra desestimación, condenando en costas a la parte apelante.

**Cuarto.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y Sección, y al no interesar las partes el recibimiento a prueba de la apelación, ni la celebración de vista o el despacho del trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 9 de octubre de 2024.

### Fundamentos de Derecho

**Primero.-** La Sentencia apelada expone en sus Fundamentos de Derecho, en lo que ahora interesa, lo que sigue textualmente:

“ PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución desestimatoria presunta relativa a la solicitud de fecha 7 de octubre de 2019 relativa a la resolución del contrato administrativo suscrito en fecha 29 de marzo de 2005.

SEGUNDO.- La parte recurrente ejercita pretensión de nulidad de la actuación administrativa impugnada, si como que se declare la resolución del contrato suscrito entre las partes en fecha 29 de marzo de 2005, así como que “Se condene al AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN al pago de las cantidades restitutorias e indemnizatorias de los daños y perjuicios que su absoluta inacción ha irrogado a y que ascienden a las siguientes cantidades: - La cantidad de €, a que asciende el valor “actual” a fecha 16 de noviembre de 2020, de los gastos/costes incurrido por la demandada vinculados al contrato, y que deberá ser actualizada, en la forma y manera que se establece en el Informe Pericial aportado por esta parte a la fecha en que efectivamente se produzca el pago o, alternativamente, incrementada con sus correspondientes intereses legales y de mora procesal desde la fecha arriba referida. - La cantidad de €) a que ascienden la totalidad de los beneficios dejados de percibir por mi representada como consecuencia de no haber podido ejecutar el Contrato objeto de resolución, todo ello de conformidad con lo referido en el Hecho Sexto anterior, que igualmente deberá ser incrementada con sus correspondientes intereses, legales y de mora procesal, desde el 16 de noviembre de 2020. (c) Se condene al Consistorio a devolver las garantías constituidas a su favor según el Expositivo Tercero del Contrato.”

Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Por la entidad recurrente se manifiestan, en síntesis, los siguientes hechos y motivos de impugnación:

1.- Que resultó adjudicataria de un concurso público promovido por el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN para la redacción y tramitación de los instrumentos de desarrollo, ejecución y posterior realización de unas obras para la construcción de una escuela de golf, en el término municipal de dicho municipio, que también según el referido concurso tendría derecho a explotar posteriormente, suscribiéndose el correspondiente contrato administrativo en fecha 29 de marzo de 2005 para la “redacción y tramitación de los instrumentos de ordenación, así como el desarrollo y ejecución de las de Pozuelo de Alarcón, la construcción de las instalaciones para una mediante concesión del servicio público así como la construcción y gestión mediante concesión de dominio público, en su caso, de un equipamiento sobre una zona destinada a tales usos, previa redacción de los correspondientes proyectos”.

2.- Que la adjudicación tuvo lugar a propuesta de la Mesa de Contratación en el Pleno del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 16 de febrero de 2005, estableciéndose en el Contrato entre otras cosas y en lo que se refería a los parámetros económicos, fundamentalmente lo siguiente en su Expositivo Segundo: 1º.- Que la oferta admitida era la de las propuestas por mí representada, que implicaba una inversión de total de euros. 2º.- Que la resultante iba a ser destinada a la construcción de una euros. 3º.- Que el canon anual fijado era el de euros (neto de impuestos), de los que euros correspondía a la p euros a la

En el Expositivo Tercero se determinaba que había constituido las garantías exigidas por los siguientes importes: 1º.- Por euros, que era el importe equivalente al del presupuesto de las obras a realizar. 2º.- Por un importe de euros en garantía de la gestión del servicio de 3º.- Por euros, por la concesión demanial de la zona de equipamiento, que era el importe equivalente al del valor del dominio público ocupado y del presupuesto de las obras.

En lo que respectaba a las actuaciones a llevar a cabo se establecía en la Estipulación Primera del Contrato que se le contrataban las que debían llevarse a cabo con arreglo a la oferta presentada y de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas y el de Prescripciones Técnicas (que eran los Anexos 1 y 2 del Contrato<sup>4</sup>), concretamente las siguientes: - Redacción y tramitación de los instrumentos de ordenación, así como el desarrollo y ejecución de las de Pozuelo de Alarcón. - Construcción de las instalaciones para una e. - Gestión, mediante concesión, del - Construcción y gestión mediante concesión de dominio público, previa redacción de los correspondientes proyectos de una

En la Estipulación Segunda y sobre la base de que se había adoptado la de las propuestas por se establecían los proyectos y documentación técnica que debían redactarse, que eran: - Avance del - Anteproyecto de obras de - Anteproyecto de . - Anteproyecto de

En la Estipulación Quinta se establecía que debía destinar: “la , con un presupuesto de ejecución de euros, conforme a la documentación técnica presentada.”

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el Anexo I relativo a la “Duración del Contrato” y el, relativo al “Canon”, se estipulaba en el art. 7 que “la duración del contrato se fija en AÑOS, contados a partir de la formalización del contrato”, lo que significa que al día de la fecha, ya ha transcurrido más de un tercio de la duración del mismo sin que haya podido empezar, no ya a explotar el negocio, sino ni siquiera a construir la

Asimismo las partes contemplaban que comenzaría la explotación del negocio a lo largo del año,

Que el Artículo 8, relativo al “Canon”, determinaba es su párrafo tercero que mi la recurrente debía satisfacer el mismo “desde el mes natural inmediato siguiente a la aprobación del Proyecto de

Que el artículo 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se fijaban las “causas de resolución del contrato” estableciendo, entre otras, las siguientes: “f) La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.” Y, sobre todo, “l) El incumplimiento grave de los plazos contenidos en el presente pliego”.

Considera la recurrente que habiendo resultado adjudicataria de y suscrito el oportuno contrato en fecha 29 de marzo de 2005, al poco tiempo resultó evidente que el Consistorio había perdido totalmente el interés en la realización de las citadas obras y que no iba a colaborar en absoluto en la puesta en marcha de las mismas. Que sin perjuicio de que no puede, lógicamente, conocer a ciencia cierta los motivos de esa pérdida de interés, esta falta de interés pudo deberse a un doble motivo. “Por un lado porque el concurso fue promovido, con una participación muy directa, , posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo, lo que motivó (...) “como quiera que durante todos los años transcurridos desde la suscripción del Contrato, el , bien parece que ha existido en el seno de los distintos y sucesivos una cierta prevención a seguir adelante con los proyectos que fueron aprobados , y especialmente éste que, como a continuación veremos, no era el más popular. Nada de ello puede ser una excusa para la no ejecución de los compromisos que habían sido contractualmente asumidos con En segundo lugar, (...) el Contrato adjudicado a mi representada lo era, principalmente, para la construcción de relacionadas con tal su posterior explotación, lo que siempre ha sido objeto de duras críticas y ataques por parte de quien primero cuestionó la adjudicación del Contrato a mi representada y luego, constantemente, ha mostrado su oposición al proyecto. Que de esa manera, bien por esos motivos o por cualesquiera otros que hayan motivado la inactividad del Ayuntamiento, al día de la fecha, más de 16 años después de suscrito el Contrato entre las partes, lo cierto y verdad es que no se ha

iniciado ninguna de las obras previstas, por sucesivos retrasos y modificaciones, y que el Consistorio ha permanecido impasible durante muchísimos años.

Que las demoras en la aprobación inicial del y su aprobación definitiva en el año 2013, no pueden ser imputables a la recurrente que ha cumplido con todos los requerimientos efectuados por el Ayuntamiento.

Que sin que se haya siquiera llevado a cabo el Plan Parcial de Reforma Interior, se ha consumido ya el del plazo de la concesión, y ello estando previsto entre las partes que el mismo estaría finalizado en el año 2006. Un acortamiento, ya verificado, de un tercio de la concesión, cuando además no hay la más mínima perspectiva de que pueda empezar a explotar en varios años las instalaciones deportivas previstas, que era su contraprestación contractual, necesariamente deben suponer un incumplimiento sustancial del contrato que faculta para pedir la resolución del mismo. Sinceramente parece imposible que pueda existir un supuesto más claro.

Que la consecuencia implícita de la resolución es la recíproca restitución de las prestaciones entregadas por las partes para volver a la situación de equilibrio patrimonial inmediatamente anterior a la celebración del Contrato, en aplicación de los artículos 113.3 del TRLCAP y 1.106 y 1.124 del Código Civil.

TERCERO.- La defensa de la Administración se opone a las pretensiones ejercitadas por la parte recurrente e interesa la declaración de conformidad a derecho de la actuación administrativa impugnada. Con carácter previo se plantea la inadmisibilidad del recurso por incurrir la parte recurrente en desviación procesal.

CUARTO.- La cuestión a decidir “thema decidendi” consiste en determinar en primer término si concurre la desviación procesal en los términos que señala la defensa de la Administración. Y para el supuesto de que no se considere la inexistencia de la causa obstativa de desviación procesal planteada por la defensa municipal, si a la luz de la documentación obrante en el expediente administrativo, así como de la prueba practicada, si concurren las circunstancias previstas legalmente para acordar la resolución del contrato administrativo, así como la indemnización en su caso de los daños y perjuicios producidos por la inacción del Ayuntamiento de Pozuelo.

QUINTO.- Atendiendo al orden procesal lógico procede abordar en primer término las causas de inadmisión invocadas por la Administración demanda y cuya estimación daría lugar a la declaración de inadmisibilidad de este recurso.

(.....)

Señala acertadamente la defensa del Ayuntamiento demandado que la parte recurrente nunca solicitó en vía administrativa la resolución del contrato.

Del expediente administrativo cabe constatar que efectivamente en el escrito presentado por la recurrente en vía administrativa, en fecha 7 de octubre de 2019, cuya desestimación presunta constituye la actuación impugnada, se planteaba en el solicito que “Se sirva admitir este escrito teniendo por hechas las manifestaciones a que el mismo se contrae, especialmente aquellas relativas a la reclamación a instar por este parte como consecuencia del anormal funcionamiento de la Administración en lo que respecta a la ejecución del contrato suscrito, a la ya lejana fecha de 29 de marzo de 2005, por ser así de Justicia que pido”, sin que tampoco en el cuerpo del escrito si efectuara referencia alguna a la pretensión de la resolución del contrato

administrativo, limitándose la pretensión ejercitada en vía administrativa a la indemnización de daños y perjuicios producidos sin cuantificación.

El art. 112 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, que resulta aplicable, señala expresamente que: “la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine», estando el procedimiento regulado en el art. 109 del entonces vigente Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo primer apartado se expresa, sustancialmente en los mismo términos indicando que «la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del art. 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes».

Asimismo el art. 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dispone que: “la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulta de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos”.

Concurre la causa de inadmisibilidad del art. 69 c), en relación con el art. 25, de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998, planteada por la defensa de la Administración en base a las razones señaladas, por cuanto la pretensión efectuada en esta vía judicial no fue debidamente planteada en vía administrativa, sin que la Administración haya tenido oportunidad de manifestarse.. “

**Segundo.-** El núcleo argumental de la parte apelante se expone textualmente a continuación:

“ 3.4.-En segundo lugar, la correcta exégesis del planteamiento procesal de exige determinar si, como declara la Sentencia recurrida (aunque sin motivar esta afirmación), lo único que se planteó en vía administrativa fue la indemnización de daños y perjuicios, analizando para ello, ya que la Sentencia no lo hace, si en un supuesto como el que nos ocupa se explica, justifica o es jurídicamente posible que sólo proceda la solicitud de indemnización de daños y perjuicios (por los conceptos a los que hemos aludido) de forma desvinculada, independiente y alternativa o excluyente de la resolución del contrato. Porque si no fuese posible sostenerlo así en Derecho, si no cupiera desvincular ambas cuestiones deberá convenirse en la invalidez, por una razón más, de la apreciación que efectúa la Sentencia recurrida de que la Administración no tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre la resolución del contrato, cuando se le pedían los daños y perjuicios derivados de ello.

Para comprobarlo es preciso acudir a la regulación de la Ley de Contratos (la aplicable, por razón temporal, es el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). La regla general indica que la indemnización de daños y perjuicios constituye, en la economía de la Ley, una consecuencia de la resolución del contrato: así se establece en la regulación general de la resolución (artículos 151, 193-suministro-, 215-servicios- y 218 y 219-proyectos-) y se especifica para los supuestos de resolución por no formalización del contrato (artículo 54) y de demora en el pago del precio superior a meses (artículo 99). Sólo en supuestos concretos se contempla expresamente la indemnización como alternativa a la resolución del contrato (así, en el ejercicio del ius variandi del artículo 146 que, desde luego, no resulta aplicable al caso que nos ocupa).



En este contexto de regulación, parece razonable considerar que, cuando se requiere y se advierte de la indemnización en caso de no ejecutar el contrato, con una demora de trece años, está insito el planteamiento de la resolución del contrato por incumplimiento y, además, como consecuencia, la indemnización o, mejor dicho, que la indemnización será la necesaria consecuencia de la resolución, pues solo en el caso de que se verifique la primera, procederá la segunda.

Interpretar que sólo se planteaba obtener una indemnización, pero no la resolución del contrato, habría exigido justificar, explicar o motivar no sólo la razón que permitiría exceptuar la regla general (que en nuestro caso no existe, ni por ello ni lo intenta la Sentencia recurrida, que se limita a afirmar, de forma apodíctica, que no se ha planteado la resolución), sino también la fundamentación de tal petición, su base, y la finalidad perseguida. Tampoco desde esta perspectiva es posible convenir con la Sentencia recurrida. ¿Podría reconocerse una indemnización por los costes asumidos y efectuados? ¿y por el beneficio dejado de percibir, incluyendo el *“importe del lucro cesante total que sufriría en el caso de no ejercitarse el contrato”*, sin declarar la resolución del contrato?; ¿realmente podrían admitirse tales conceptos indemnizatorios manteniendo la vigencia del contrato, sin incurrir en duplicidad?; ¿qué fundamento jurídico podría encontrarse a la solicitud de una indemnización por el beneficio dejado de percibir si no se ejecuta el contrato manteniendo la vigencia del mismo, y por ello su ejecución, y el correlativo derecho del contratista a obtener las contraprestaciones pactadas?. Y, además, ¿qué finalidad podría perseguir el contratista con una exclusiva solicitud de indemnización en las circunstancias indicadas? No parece razonable considerar que, después de trece años sin poder ejecutar el contrato, lo único que se pretenda y plantee es la obtención de una indemnización manteniendo la vigencia del contrato, que en nada beneficia a la sociedad contratista, para la que ya el contrario sería absolutamente oneroso y gravoso.

A la vista de todo lo anterior, sinceramente no creemos que pueda ofrecer la más mínima duda que, desde cualquier perspectiva de análisis que se adopte, la Administración recurrida en instancia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución del contrato, con motivo de lo planteado por mi representada, y no lo hizo: tanto si se interpreta -como procede, en nuestra opinión- que está planteada inequívocamente en la solicitud, como si se considera que sólo se hubiese formulado una solicitud de indemnización, porque para pronunciarse sobre la misma era preciso, e imprescindible, analizar si era consecuencia de la resolución o si era incompatible con mantener la vigencia del contrato. Pero recordemos que la Administración no contestó absolutamente nada, ni a la resolución que claramente se planteaba ni, desde luego, a la indemnización que, según la sentencia, era la única que se le pedía, es decir, incumplió con su obligación de dar respuesta a aquello que se le presente por la contratista, lo que resulta una actuación ciertamente negligente, y más en un supuesto de la importancia del que aquí se trababa.

Precisamente esa absoluta falta de respuesta por parte del Ayuntamiento, ese claro incumplimiento (una vez más) de sus más elementales obligaciones, fue lo que llevó al Juzgado, en su Auto de 21 de mayo de 2021, a desestimar la pretensión de inadmisión inicialmente planteada por el Ayuntamiento *“sobre la base de que no se ha solicitado ante el mismo la resolución del contrato en su día suscrito”* y al entender que ello constituía *“un nuevo ejemplo de la irregular forma en la que el Consistorio se conduce y de su incapacidad para asumir las responsabilidades en las que sus acciones y omisiones le sitúan”*.

No olvidemos que lo que determina la adecuación entre vía administrativa y recurso contencioso, conforme a la interpretación jurisprudencial del carácter revisor, no es que se hubiese planteado de forma explícita y formalista la pretensión, sino que la Administración hubiese tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la que se instrumenta en el seno del

contencioso. Y en el caso que nos ocupa, desde todas las hipótesis interpretativas y puntos de vista posibles, la Administración pudo -y debió- pronunciarse sobre lo que se le planteaba y, especialmente sobre la inconcusa resolución del contrato. De forma que, en conclusión, la declaración de inadmisibilidad que incorpora la Sentencia no es ajustada a Derecho, es contraria al principio pro actione, limita indebidamente el derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada (lo que se manifiesta a los efectos oportunos, incluidos los del artículo 44 LOTC) y por ello procede su revocación.

4. Una consideración complementaria: la obligatoriedad de interpretar de forma razonable los escritos presentados, sin que proceda una interpretación meramente formalista e injustificadamente restrictiva.

La Sentencia apelada declara que en vía administrativa se limitó la pretensión a la indemnización de daños y perjuicios producidos sin cuantificación. Ya hemos hecho notar que la Sentencia aprecia mal el supuesto de hecho, porque existe cuantificación y concreción de los diferentes conceptos, de una manera más que pormenorizada y absolutamente coincidente con la que luego se planteó en vía judicial.

También procede destacar que la formulación que emplea es sustancialmente formalista (no argumenta, razona o explica el motivo por el que considera que el contenido de la solicitud se limita a solicitar una indemnización, cuando el análisis de aquella pone de manifiesto lo contrario, como se ha razonado precedentemente) y que prescinde de argumentar sobre lo relevante, desde la perspectiva de la inadmisibilidad, que es si la Administración tuvo la oportunidad de pronunciarse o no sobre la resolución del contrato.

Ahora es preciso añadir, para complementar el razonamiento señalado de que la afirmación que efectúa la Sentencia sobre que sólo se ha pedido una indemnización es mera y marcadamente formal, que la misma ha prescindido de realizar un análisis material, sistemático y coherente de lo solicitado y que, por lo tanto, no constituye una justificación adecuada a efectos de la decisión de inadmitir el recurso. Para sostener que sólo se ha pedido una indemnización era imprescindible justificar en qué título o concepto se fundaba la solicitud de indemnización; en particular, si era alternativa a la resolución del contrato por incumplimiento o si era consecuencia de la resolución por incumplimiento, como todo indica y encaja sistemáticamente en la petición inicial. Incluso tendría que haberse planteado si, como se deslizó en aquella, se estaba solicitando una indemnización en ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial (la referencia al art. 106 CE parecería indicarlo) hipótesis interpretativa que habría obligado a determinar si es admisible ejercer una acción de responsabilidad extracontractual en el seno de una relación contractual, lo que no parece muy coherente ni lógico.

La ausencia de análisis material, coherente y sistemático de lo planteado en la petición inicial, asumiendo exclusivamente el nomen empleado (“indemnización”) determina también la invalidez de la Sentencia recurrida, que inadmite el recurso con base en la afirmación referida (“sólo se pidió la indemnización”), pero prescindiendo del análisis necesario del contenido material de la petición y su significación y correcta interpretación en el marco de regulación legal. Ello lo hace, además, sin justificar, cual es el motivo por el que considera que la Administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución (presupuesto previo necesario para la indemnización, como hemos visto), que es el motivo fundamental por el que inadmite el recurso, introduciendo así un criterio formal, rigorista y restrictivo del derecho de acceso a la Jurisdicción.

5. Y una consideración final: el comportamiento administrativo contrario a Derecho no debe producir un beneficio espurio a la Administración y un correlativo perjuicio al interesado. La Administración tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución del contrato.



5.1.- Aunque de lo razonado precedentemente resulta con claridad, en nuestro respetuoso criterio de defensa, que es inequívoco que se planteó en vía administrativa la resolución del contrato (porque la indemnización solicitada sólo puede entenderse como una consecuencia de la misma) y que la Administración tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución del contrato, a la vista del escrito presentado y las circunstancias concurrentes, planteamos ahora como hipótesis interpretativa, y a los solos efectos dialécticos, que en la petición inicial no se hubiese planteado la resolución del contrato, sino únicamente -como afirma la Sentencia- una indemnización. En tal hipótesis, ¿habría tenido la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución del contrato?

5.2.- El razonamiento que empleamos a estos efectos exige recordar que la Administración no adoptó decisión alguna en vía administrativa con motivo de la petición formulada: no resolvió sobre la misma (fue desestimada por silencio) y no adoptó acto de trámite alguno, en aras a dar algún tipo de cumplimiento efectivo al contrato que llevaba varios años paralizado. Se trata de un supuesto claro de absoluta pasividad o inactividad formal. Esta absoluta pasividad, con manifiesto incumplimiento de las obligaciones legales que sobre ella pesan, tanto en lo que respecta a la de una resolución expresa sobre todo aquello que se le plantea, como las que se agrupan bajo el “principio de buena administración” y de “lealtad frente al administrado”. Tampoco parece ocioso referir que no es admisible en nuestro Ordenamiento Jurídico que la Administración se beneficie de su propio comportamiento contrario a Derecho y negligente. También reclama su aplicación el principio general conforme al cual nadie se puede beneficiar de su propia torpeza, lo que lógicamente también es predicable en el ámbito de la actuación administrativa, como tiene declarado la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STS -Sección Segunda- de 31 de mayo de 2022 -recurso 5964/2020- en la que, con motivo de un comportamiento descoordinado de órganos administrativos, declaró (sus consideraciones son perfectamente aplicables a nuestro supuesto de hecho) que *“tal proceder negligente entraña una grave patología indebida del funcionamiento desde la perspectiva del principio de buena administración -y la buena fe- del que no puede obtener la Administración ventaja alguna, conforme al aforismo de que nadie se puede beneficiar de su propia torpeza (allegans turpitudinem propriam non valet)”*.

5.3.- Conforme a estas consideraciones, y en la hipótesis planteada, si la Administración hubiese actuado de forma diligente, como el Ordenamiento Jurídico exige, no habría duda alguna de que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución del contrato, pues efectivamente lo hubiera o no lo hubiera hecho.

Efectivamente, en tal caso, tan solo se hubieran podido producir dos decisiones/resoluciones expresas con motivo de la petición inicial formulada por

- (i) o bien se hubiese dictado resolución expresa desestimatoria, incluso argumentando que no se habría planteado la resolución, supuesto en el que la sencilla interposición del recurso potestativo de reposición habría incluido indiscutiblemente la cuestión en la vía administrativa, de forma que no podría haberse suscitado por la propia Administración la causa de inadmisibilidad que estima la Sentencia recurrida;
- (ii) o bien la Administración podría haber cuestionado el fundamento de la indemnización solicitada (en particular por no quedar claro si se planteaba como alternativa a la resolución o como consecuencia de la misma, que es la cuestión nuclear) e incluso, de forma específica, si se planteaba o no la resolución del contrato, supuesto en el que estaba jurídicamente obligada a requerir a la sociedad

que represento para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, aclarase los términos de la solicitud.

En cualquiera de ambas hipótesis, la actuación de la Administración habría obviado cualquier duda respecto a lo planteado por pero, sin embargo, no actuó en ninguno de los dos sentidos indicados, limitándose a no actuar, lo que por su propia negligencia imposibilita que pueda beneficiarse de su negativo comportamiento (sería mejor decir de su inacción), frontalmente contrario a Derecho, lo que una vez más debe determinar, en nuestro criterio de defensa, la procedencia de estimar el presente recurso y revocar la Sentencia de instancia.

5.4.- Aunque somos conscientes de que no es objeto de este recurso, creemos que procede dejar constancia del hecho (ya anticipado en este escrito) de que una vez el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón tuvo conocimiento del Auto del Juzgado de fecha 21 de mayo de 2021, procedió en fecha 22 de septiembre de 2021 a incoar expediente para la resolución del contrato adjudicado en su día mi representada por causa imputable a la misma, respecto del que procede hacer las siguientes sucintas consideraciones:

- (i) Al día de la fecha el Ayuntamiento, no ha dictado resolución expresa a la petición de resolución del contrato formulada por mi representada, lo que sin duda debería ser un acto previo, desde un punto de vista jurídico, para siquiera poder acordar una posterior resolución a su instancia;
- (ii) El Ayuntamiento nunca antes había adoptado, pese a los muchos años transcurridos, acuerdo alguno en el que se pusiese de manifiesto la existencia de incumplimiento alguno imputable a mi representada, sencillamente porque jamás había existido;
- (iii) El Consistorio invocaba como justificación de dicha resolución dos presuntos e inexistentes incumplimientos, pues se trataba de extremos a los que ya muchos años antes se había dado cumplimiento.

A día de hoy, tras haber realizado las oportunas alegaciones, esta parte desconoce en qué estado se encuentra dicho procedimiento.

TERCERA. -Las consecuencias aplicables.

La estimación del presente recurso de apelación debe determinar, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.10 LJCA (*“cuando la Sala revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto”*), que la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos se pronuncie sobre el fondo del asunto, conforme a lo que resulta de las actuaciones procesales de instancia. “

**Tercero.-** En primer lugar reproducimos literalmente el escrito de solicitud en vía administrativa que, con fecha 7 de octubre de 2019, formuló la mercantil recurrente:

“ (.....) ”

*III.- Que viene sufriendo todo tipo de perjuicios por lo que consideramos un retraso absolutamente injustificado que, en nuestra opinión, supone un anormal funcionamiento de la Administración ( pues sin duda no puede calificarse de normal un plazo superior a años para iniciar unas ), generador de*

responsabilidad para la misma, y ello de conformidad con lo establecido en los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, **verificándose en este caso todos y cada uno de los requisitos que jurisprudencialmente se han venido exigiendo para la exigencia de tal responsabilidad, como son:**

1.- *La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.*

2.- *Que el daño o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa o indirecta y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolos, el nexo causal.*

3.- *Ausencia de fuerza mayor, que no de caso fortuito.*

4.- *Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia naturaleza.*

5.- *Que no haya transcurrido más de un año desde que el daño en cuestión se produjo o desde que éste pudo ser evaluado y determinado.*

IV.- *Que los daños y perjuicios sufridos por , pueden resumirse en los siguientes:*

1º.- *Costes incurridos desde el día de la firma del Contrato en marzo de 2005 hasta la fecha, de euros, con un “valor actual” de euros.*

2º.- *Importe del beneficio actual ( lucro cesante ) dejado de percibir por*

3º.- *Importe del beneficio mensual que se dejará de percibir por*

4º.- *Importe del beneficio que dejaría de percibir en caso de no ejecutarse el Contrato, es decir, importe del lucro cesante total que sufriría en caso de no ejercitarse el Contrato, de*

V.- *Que el presente escrito se remite a este Ayuntamiento a los efectos legales y de comunicación oportunos, queriéndose dejar constancia de que si en el plazo de los dos meses siguientes a la remisión de la presente comunicación no se recibe de este Ayuntamiento comunicación ninguna tendente a dar efectiva ejecución al Contrato, por parte de se entenderá que se renuncia a dar cumplimiento al mismo y procederá a reclamar los importes señalados ante la jurisdicción correspondiente, por lo que sin duda resulta de un anormal funcionamiento de la administración. “ ( las negritas y los subrayados anteriores son nuestros )*

De la lectura del escrito anterior, de ninguna manera se desprende que la mercantil recurrente esté solicitando, ni expresa ni tácitamente, la resolución del contrato. Ello es así al

punto que el término “*resolución*” no aparece ni una vez en el escrito. Por el contrario lo que sí aparece en él reiteradas veces son alusiones a la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento que surgiría en el caso de no dar efectiva ejecución al contrato, que es lo que en rigor pide

La resolución de los contratos administrativos es un procedimiento formalizado que se inicia a instancia del contratista o de la Administración contratante y que culmina con una resolución del órgano de contratación ( artículos 112.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y 109 del Real Decreto 1098/2001 ), lo que implica necesariamente que si es el contratista quien lo promueve, debe solicitarlo a la Administración de forma expresa, no siendo exigible a la Administración contratante que adivine ante un escrito como el que acabamos de reproducir, que lo que en realidad se está pidiendo es la resolución del contrato, cuando de la lectura del escrito, lo único que resulta es que se pide la ejecución del contrato con la secuela de que si no se ejecuta, se reclamará por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La conclusión anterior se confirma si se tiene en cuenta que la cláusula 21 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que regía el contrato, disponía que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, de forma que no puede la recurrente alegar desconocimiento sobre la forma de pedir la resolución.

Por otra parte no compartimos el argumento de apelante relativo a que la indemnización de daños y perjuicios que solicitó en su escrito de 7 de octubre de 2019, sólo tiene cabida en un procedimiento de resolución contractual por causa imputable a la Administración contratante, y que por tanto este era el único entendimiento que debía darse a lo solicitado en aquel escrito.

El instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal y como está configurado en la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, y antes en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no excluye que ante un determinado incumplimiento de una Administración contratante en un concreto contrato administrativo, el contratista perjudicado pueda optar por pedir la resolución del contrato y la correspondiente indemnización, o bien sin necesidad de solicitar la resolución del contrato, reclame los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante. La amplitud con la que aparece configurada en las Leyes mencionadas la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y la interpretación que de esta institución lleva a cabo la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, permiten al contratista utilizar la vía de reclamación que considere más conveniente para sus intereses.

Ahora bien, tanto la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como la resolución de los contratos administrativos, no sólo se hallan reguladas en Leyes diferentes, sino que tienen sus propios presupuestos y requisitos cada una de ellas, lo que implica que cuando se reclama ante la Administración con fundamento en una o en otra, no se trata de reclamaciones intercambiables a la voluntad del peticionario, sino que deberá estar perfectamente identificada en tales presupuestos y requisitos la concreta reclamación de que se trate.

Es por esta razón por la que tampoco compartimos la afirmación de apelante de que el ante la concreta reclamación que hemos transcrito más arriba, al no plantearse de forma expresa la resolución del contrato, estaba

jurídicamente obligado a requerir a la sociedad para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, aclarase los términos de la solicitud. La subsanación y mejora de la solicitud que regula el precepto anterior no es aplicable a la reclamación que formuló la ahora apelante, sino que lo que allí se regula es tan solo aplicable a si a lo reclamado de forma concreta le falta algún presupuesto o requisito, o dicho de otra manera, que cabrá subsanar una determinada solicitud de responsabilidad patrimonial o una determinada solicitud de resolución de un contrato administrativo, pero lo que no es posible a tenor del precepto, es cambiar el fondo de la pretensión que se ejercita, pasando de reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial, a hacerlo con fundamento en la resolución de un contrato administrativo.

Así pues, la Sentencia apelada al apreciar la desviación procesal entre lo solicitado al lo pedido en el proceso contencioso-administrativo, no infringió el derecho a la tutela judicial efectiva de la mercantil contratista, en la medida en que resolvió sobre una causa de inadmisión planteada por la parte contraria, y lo hizo fundándola adecuadamente, por lo que se desestima el recurso de apelación.

**Cuarto.-** Conforme a lo establecido en el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, procede imponer las costas de la apelación a la parte apelante, si bien, por aplicación de lo dispuesto en el número 3 del artículo citado, la cifra máxima por el concepto de costas de la apelación se limita a euros mas el IVA correspondiente.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

### Fallamos

Que desestimamos el Recurso de apelación promovido por la contra la Sentencia número 212/2022 de 27 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 12/2021, reseñada en el Antecedente de Hecho Primero, imponiendo las costas a la parte apelante.

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con el expediente administrativo, al órgano de origen de éste.

La presente Sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº especificando en el campo

“concepto” del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de