



Roj: **STS 322/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:322**

Id Cendoj: **28079130052020100022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **05/02/2020**

Nº de Recurso: **2128/2016**

Nº de Resolución: **146/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 1067/2016,**  
**STS 322/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 146/2020**

Fecha de sentencia: 05/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2128/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2128/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 146/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina  
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy  
D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano  
D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 5 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 2128/2016 interpuesto por la SOCIEDAD CONCESIONARIA AEROPUERTO DE MURCIA, S.A., representada por el procurador D. Gabriel de Diego Quevedo, bajo la dirección letrada de D. Juan José Zabala Guadalupe contra la sentencia núm. 347/2016, de 29 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo nº 101/2014 referido a reembolso al Tesoro Público Regional de la cantidad correspondiente a la liquidación. Ha comparecido como recurrida la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Ruth María Oterino Sánchez y defendida por el Letrado de dicha Comunidad Autónoma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida de fecha 29 de abril de 2016 contiene la parte dispositiva del siguiente tenor literal:

<<Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por "Sociedad Concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A.", contra la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 24 de febrero de 2014, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra Orden de 17 de enero de 2014, por ser dichos actos conformes a derecho en lo aquí discutido; con imposición de costas a la parte actora >>

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la Sociedad Concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A. presentó escrito ante la Sala de instancia preparando el recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la representación procesal de la recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, fundamentado en los siguientes motivos de casación:

1º [c)] al haber intervenido, formando Sala, un magistrado que previamente se había abstenido, vulnerándose lo dispuesto en el art. 221.4 LOPJ, art. 102.4 LEC y 24 CE.

2º [c)] por cuanto que la Sala a quo denegó el recibimiento a prueba del procedimiento, solicitado por la recurrente, con infracción de los arts. 24 CE y 265, 270 y 332 LEC.

3º [c)] por incongruencia omisiva de la sentencia, con infracción de los arts. 24 CE, 33.1 y 67.1 LJCA y 218.1 LEC, al no pronunciarse concretamente sobre la vulneración del art. 1.124 CC.

4º [c)] por incongruencia omisiva de la sentencia, con infracción de los arts. 24 CE, 33.1 y 67.1 LJCA y 218.1 LEC, al no pronunciarse sobre la falta de acreditación del pago y de la fijación de las cantidades abonadas por la Comunidad de Murcia a las entidades financiadoras.

5º [d)] por infracción de los arts. 1.281, 1.282, 1.285 y 1.288 CC y la jurisprudencia que los interpreta. En síntesis, la sentencia obvia la existencia y efectos de la compensación convencional. Elude el carácter accesorio de la fianza respecto de la obligación principal y desconoce que el aval se integró en el régimen jurídico y económico del contrato al haberse acordado la compensación de lo que cada parte se adeudara por razón de la eventual resolución del contrato y ejecución del aval. Alude entonces a distintos criterios sobre la interpretación del contrato.

6º [d)] por infracción del art. 54 de la LRJ-PAC, al considerar la sentencia que constan debidamente las razones de la decisión de la Administración en las resoluciones impugnadas entremezclando el defecto de falta de acreditación de las cantidades satisfechas por la avalista con el vicio de la insuficiente motivación, obviando las exigencias de motivación de los actos administrativos.

Se termina suplicando a este Tribunal de casación que <<...se dicte en su día Sentencia estimatoria del recurso por la que se revoque íntegramente la Sentencia recurrida.>>



**CUARTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, se emplazó a la Sra. Oterino Sánchez en representación de la Comunidad Autónoma de Murcia, para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando que <<... lo desestime y confirme la resolución recurrida.>>

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia el día 29 de enero de 2020, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. OBJETO DEL RECURSO Y MOTIVOS.

Se interpone el presente recurso de casación por la mercantil "Sociedad Concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A." (en adelante SCAM), contra la sentencia 347/2016, de 29 de abril, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo 101/2014, que había sido promovido por la mencionada mercantil, en impugnación de la Orden de 24 de febrero de 2014, dictada por la Consejería de Economía y Hacienda, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia, por la que se desestimó el recurso de reposición y se confirmaba otra anterior de dicha Consejería, de 17 de enero del mismo año, por la que se declaraba la obligación de pago de la cantidad de 182.628.215,73 €, en concepto de reembolso del pago efectuado por la Administración Autonómica a terceros en nombre de la ahora recurrente, con fundamento a la relación contractual de afianzamiento que les vinculaba.

La sentencia de instancia desestimó la pretensión y declara ajustada a Derecho la resolución impugnada. La decisión de instancia parte de los hechos que subyacen en la actuación administrativa objeto de revisión, que se reseñan en el fundamento segundo, relatando los siguientes:

*"... La Orden FOM 1252/2003, de 21 de mayo, dispuso, entre otros extremos, autorizar a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la construcción del <<Aeropuerto de la Región de Murcia>> sobre terrenos de titularidad no estatal, que la titularidad del aeropuerto y la gestión de los servicios consignados en los apartados 4 y 5 del artículo 20 del Real Decreto 2858/ 1981, de 27 de noviembre , correspondía a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.*

*"Por acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de marzo de 2004 se declaró como Actuación de Interés Regional, de titularidad pública y carácter inmediato, la implantación del aeropuerto (BORM de 19 de abril de 2004).*

*"El Plan Director del Aeropuerto de la Región de Murcia fue aprobado por Orden FOM/ 1067 / 2006, de 29 de marzo, definiendo las grandes directrices de ordenación y desarrollo del mismo, y delimitando su zona de servicio aeroportuaria.*

*"En virtud de anuncio de licitación publicado en el DOUE y en el BOE de 8 de junio de 2006 la Comunidad Autónoma convocó procedimiento para la contratación de la <<Concesión Administrativa para la Construcción y Explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia>>, por procedimiento abierto, estableciendo el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el régimen jurídico del contrato y la legislación aplicable.*

*"El contrato fue adjudicado por Orden del Consejero de Obras Públicas de 23 de abril de 2007, previa autorización concedida por acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de mayo de 2006, siendo el concesionario el Consorcio Aeromur, integrado por Caja Murcia, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Cementos la Cruz, Grupo Fuertes, Grupo Monthisa, Inocsa y Sacyr, S.A. teniendo ésta mercantil la participación mayoritaria con un 60%, y cada uno de los demás integrantes del grupo un 6,66 0/0. El Consorcio se constituyó en fecha 31 de mayo de 2007 en sociedad concesionaria y adoptó el nombre de <<Sociedad Concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A.>> (SCAM), produciéndose algunas variaciones en las entidades integrantes.*

*"Mediante resolución de la Dirección General de Aviación Civil de 3 de junio de 2008 se autorizó el Proyecto Constructivo del Aeropuerto de la Región de Murcia, que fue aprobado el día 24 de junio de 2008 por la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.*

*"El calendario para la construcción y puesta en funcionamiento del aeropuerto aportado por la concesionaria en su oferta contemplaba 21 meses de período de construcción y tres meses para la fase de pruebas, y a la conclusión de las mismas la puesta en marcha de las instalaciones. Habida cuenta que el Acta de Comprobación del Replanteo fue levantada el día 24 de julio de 2008, inicialmente el plazo de ejecución finalizaba el 24 de julio de 2010, pero al aprobar la Administración el día 24 de junio de 2010 un nuevo calendario de las obras, a petición de la concesionaria, el plazo para su finalización quedó fijado para el día 28 de enero de 2012.*



"El Acta de Comprobación de las obras fue levantada con fecha 28 de abril de 2012. A la vista de la misma la Dirección de Explotación requirió a la concesionaria el día 7 de mayo siguiente para que a no más tardar el día 28 de julio de 2012 el aeropuerto estuviera abierto al tráfico civil y en explotación. El Acta de Comprobación de las obras no fue aprobada y el aeropuerto no ha entrado en funcionamiento.

"En cuanto al aspecto económico o financiero de la concesión es de destacar que con fecha 18 de mayo de 2007 el consorcio adjudicatario presentó en concepto de Garantía Definitiva un total de siete Cartas de Pago, por importe de 7.407.190,06 euros, acompañadas del respectivo aval entregado en la Caja General de Depósitos.

"El día 22 de octubre de 2010 la sociedad concesionaria presentó siete Cartas de Pago a nombre de la misma, dos de ellas por un importe de 2.222.171,84 euros cada una de ellas, y las otras cinco por un importe individual cada una de 493.807,73 euros, con una suma total de 6.913.382,33 euros, quedando pendiente de regularización la garantía presentada a nombre de <<Montoro e Hijos, S.A.>> por importe de 493.807,73 euros.

"Con fecha 28 de enero de 2010 se celebró contrato de préstamo por importe de 200.000.000 euros entre varias entidades financieras y la concesionaria, para financiar parcialmente la construcción del Aeropuerto Internacional de Murcia.

"La Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2010 incluyó una Disposición Adicional Decimoctava que autorizaba al Consejo de Gobierno a conceder un aval de hasta 200.000.000 euros a la sociedad concesionaria. Fue otorgado con fecha 24 de junio de 2010, previa Decisión de la Comisión Europea de 9 de junio de 2010, que acordó no formular objeciones al aval. El contrato de aval fue firmado por la Comunidad Autónoma y por la concesionaria en la fecha antes citada.

"Por Orden de la Consejería de 20 de mayo de 2013 se inició el procedimiento para la resolución del contrato de concesión, por considerar la Administración que se habían producido determinados incumplimientos por la concesionaria. El procedimiento finalizó por Orden de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 16 de septiembre de 2013, por la que se resolvió el contrato de <<Concesión Administrativa para la Construcción y Explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia>>. La Orden fue impugnada en el recurso contencioso administrativo no 601/2013, en que por esta Sección se dictó sentencia no 813/2015, de dos de octubre, desestimatoria del recurso, recurrida en casación por la parte actora y cuya ejecución provisional se ha acordado por auto de 2 de marzo de 2016, rectificado por el del día 3. En incidente de medidas cautelares de dicho recurso se acordó la siguiente:

"<<Suspender la ejecución de la Orden impugnada en el presente recurso contencioso-administrativo en los siguientes términos:

"1) No procede la entrega inmediata de las instalaciones del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, sin perjuicio de que por la Administración se lleven a cabo las actuaciones que estime pertinentes para la adjudicación del contrato para la explotación de dicho aeropuerto, y sin perjuicio también de lo que pueda acordarse por esta Sala si dichos trámites finalizan mediante la correspondiente adjudicación antes de dictarse sentencia firme o de que finalice el presente procedimiento por cualquier otra causa.

"2) La medida cautelar se condiciona a que por la entidad mercantil recurrente se mantengan las instalaciones aeroportuarias existentes en debido estado de conservación y mantenimiento, a cuyo efecto se otorga facultad a la Administración demandada para llevar a cabo su inventario a través del personal técnico que designe así como el control y vigilancia periódica del estado de las instalaciones, debiendo programarse y planificarse dichas actuaciones de común acuerdo entre ambas partes y con intervención, asimismo, del personal técnico designado por la recurrente>>.

"Dicha medida se dejó sin efecto por auto de 3 de marzo de 2016.."

Se deja constancia también en la sentencia de instancia, en relación con el debate suscitado sobre la legalidad de la resolución impugnada, la incidencia que en relación con ello tiene lo establecido en la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley Autonómica 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el Año 2010, conforme a la cual se establece lo siguiente:

"Autorización para la concesión de un aval a la sociedad "Sociedad concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A."

"I. Autorización de la concesión de un aval.

"Se autoriza a que, con renuncia al beneficio de excusión, la Administración pública regional conceda un aval solidario y ejecutable a primer requerimiento a la sociedad "Sociedad concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A." en garantía de la operación de préstamo que pueda concertar con entidades de crédito legalmente establecidas para la financiación de la construcción de la infraestructura Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia. El préstamo a concertar tendrá las condiciones que seguidamente se detallan:



- "1.º El préstamo podrá ser concedido por una sola entidad o bien sindicado por varias entidades financieras, españolas o extranjeras.
- "2.º El importe del préstamo no podrá exceder de 200 millones de euros.
- "El Gobierno se compromete para que a la formalización del aval se vele por el cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y economía en la financiación de la construcción de la infraestructura aeroportuaria.
- "3.º El plazo de vencimiento del préstamo se extenderá hasta un máximo de treinta y seis meses después de la finalización de la obra. Se entenderá que la obra ha finalizado cuando se levante el acta de comprobación a la que se refiere la cláusula 45.15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador de la concesión administrativa para la construcción y explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia.
- "4.º La formalización del préstamo deberá producirse antes de que transcurra un mes a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor de la presente ley, decayendo la autorización para la concesión del aval al día siguiente de ese plazo.
- "II. Extensión y condiciones de la garantía
- "1.º El aval garantizará el principal del préstamo así como los intereses. Será causa de ejecución a favor de las entidades financieras la falta de devolución del préstamo concedido tanto a la fecha de vencimiento establecida en el apartado 3.º anterior como a la de su vencimiento anticipado, independientemente del motivo que originara, en su caso, el vencimiento anticipado del préstamo y/o la no devolución de la deuda.
- "2.º La inclusión de causas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo estará sujeta a su previa autorización por la Administración pública regional.
- "3.º El aval reportará a favor de la Administración pública regional una comisión que sea conforme con el precio de mercado de una garantía similar.
- "4.º La vigencia del aval se extenderá hasta un máximo de treinta y siete meses después de la finalización de la obra.
- "5.º Para la ejecución del aval bastará la comunicación por escrito de la entidad o entidades financieras con notificación fehaciente describiendo el incumplimiento que la origina.
- "III. Contra aval.
- "1.º La ejecución del aval otorgado en virtud de la presente ley será considerada causa de resolución imputable a "Sociedad concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A." del contrato suscrito el 31 de julio de 2007 para la construcción y explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia.
- "2.º El importe que en caso de resolución del contrato hubiera de abonar la Administración pública regional a la sociedad concesionaria se compensará con los derechos de crédito de los que aquélla sea titular derivados de la ejecución del aval autorizado por esta ley, así como con la cantidad que tuviera que percibir de la concesionaria en concepto de daños y perjuicios>>.
- "Notificada a la Comisión Europea la intención de conceder el aval, dictó Decisión en fecha 9 de junio de 2010 acordando no formular objeciones.
- "En fecha 28 de enero de 2010 se suscribió contrato de préstamo por la concesionaria con determinadas entidades bancarias (consorcio bancario) por un importe de 200.000.000 euros, que comprendía un tramo por importe máximo de 197.200.000 euros con el fin de financiar parcialmente la construcción, puesta en marcha y explotación del proyecto y un tramo por importe máximo de 2.800.000 euros, destinado a financiar el IVA que la concesionaria soportase como consecuencia de las inversiones destinadas a la construcción del proyecto. Condición para la disposición del préstamo, entre otras, era un aval a primer requerimiento otorgado por la Región de Murcia a favor de las entidades, en garantía del cumplimiento del 100% de las obligaciones de pago de principal e intereses asumidas por la concesionaria en virtud del contrato de préstamo.
- "El aval se otorgó el día 24 de junio de 2010 por la Consejera de Economía y Hacienda, con carácter solidario y ejecutable al primer requerimiento y con renuncia al beneficio de excusión, siendo causa de ejecución a favor de las entidades financieras la falta de devolución del préstamo concedido tanto a la fecha de vencimiento como a la de su vencimiento anticipado, independientemente del motivo que originara el vencimiento anticipado y/o la no devolución de la deuda. El contrato de aval se firmó en la misma fecha por la Consejera y por la concesionaria pactándose, entre otras condiciones, que la ejecución del aval sería considerada causa de resolución del contrato imputable a la concesionaria.



"En fecha 3 de agosto de 2012 el Consejero de Economía y Hacienda dirigió requerimiento a la concesionaria para que en el plazo de diez días hábiles aportara garantías adicionales suficientes a favor de la Comunidad Autónoma por importe de 197.200.000 euros, cantidad dispuesta del préstamo a esa fecha. El día 30 de agosto se hizo nuevo requerimiento en los mismos términos, solicitando la concesionaria la suspensión de lo acordado. Por Orden de la Consejería de 21 de septiembre de 2012 se desestimó la solicitud de suspensión. La concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo, tramitado en esta Sala y Sección con el no 818/2012.

El día 15 de junio de 2012 la concesionaria había solicitado el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, concretamente mediante el alargamiento del período concesional en 39 meses debido al retraso padecido en la finalización de las obras y en cinco años. La petición fue desestimada por Orden de 7 de agosto siguiente de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio. Formulado recurso de reposición por la interesada fue desestimado por Orden de 18 de marzo de 2013. Contra la misma interpuso recurso contencioso-administrativo seguido en esta Sala y Sección con el no 230/2013.

"Por Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 2013, confirmada por la de 12 de julio siguiente, se declaró la insuficiencia de las garantías ofrecidas por la concesionaria para el aplazamiento de deuda respecto de la comisión devengada en favor de la Hacienda Regional en virtud del contrato de aval.

"En fecha 20 de septiembre de 2013 las entidades financiadoras comunicaron a la concesionaria la resolución y vencimiento anticipado del contrato de préstamo y fue requerida de pago de las cantidades debidas. No habiendo sido atendido el requerimiento se procedió a la ejecución del aval prestado por la Comunidad Autónoma, a cuyo efecto fue requerida en fecha 4 de octubre de 2013 para el pago en el plazo de veinte días de la cantidad de 180.852.837,07 euros, correspondiendo de esa cantidad 180.497.103,34 euros a principal y 355.729,73 euros a intereses de demora. La liquidación definitiva fue de 182.628,215,73 euros, para cuyo abono tuvo que suscribir la Comunidad Autónoma un contrato de préstamo con entidades bancarias, encontrándose en la actualidad la Administración demandada abonando dicho préstamo mediante los correspondientes plazos.

"Por la Consejería de Economía y Hacienda se inició expediente para la liquidación de la cuantía que debía reembolsar la concesionaria, solicitando ésta la suspensión de dicha obligación, a lo que se accedió por Orden de la citada Consejería de 5 de febrero de 2014, si bien con prestación de garantía."

Por lo que se refiere a las condiciones del mencionado contrato de fianzamiento, se declara en el fundamento sexto de la sentencia :

"...En el contrato de aval se recogen las siguientes cláusulas: <<Segunda.- Cuando la Comunidad Autónoma efectúe el pago de la cantidad garantizada se subrogará en todos los derechos que el acreedor principal ostente contra el avalado, a quien se le exigirá el reembolso por la vía administrativa de conformidad con las reglas que para el ingreso de los débitos de derechos públicos no tributarios establece el vigente Reglamento General de Recaudación, procediéndose, en su caso, por la vía de apremio.

"Los gastos que pudieran producirse como consecuencia del ejercicio de las acciones derivadas del presente contrato serán en todo caso, de cuenta del avalado (...)>>

"<<Séptima.- La ejecución del aval otorgado será considerada causa de resolución imputable a <<Sociedad concesionaria Aeropuerto de Murcia, S.A." del contrato suscrito el 31 de julio de 2007 para la construcción y explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia.

"El importe que en caso de resolución del contrato hubiera de abonar la Administración pública regional a la sociedad concesionaria se compensará con los derechos de crédito de los que aquélla sea titular derivados de la ejecución del aval autorizado por esta ley, así como la cantidad que tuviera que percibir de la concesionaria en concepto de daños y perjuicios.>>

"Cada una de las cláusulas contempla situaciones distintas. Así, la segunda prevé el supuesto del pago por la Comunidad Autónoma de la cantidad garantizada y la séptima la ejecución del aval. En el primer caso la Comunidad Autónoma se subrogará en todos los derechos que el acreedor ostente contra la avalada a quien, por tanto, se exigirá el reembolso. Se trata de la regla general establecida en el artículo 1839 del Código Civil para contrato de fianza (<<El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor>>). Por tanto, ni está previsto legalmente ni se pactó por las partes que el reembolso quede condicionado a liquidación alguna. Sin embargo, en la cláusula séptima si pactaron las partes unas determinadas consecuencias en caso de resolución del contrato por la ejecución del aval. No son de aplicación al supuesto enjuiciado pues el contrato se resolvió con anterioridad a la ejecución del aval y las causas fueron la demora en el cumplimiento de los plazos y la renuncia unilateral a la ejecución del contrato. Por tanto, producida dicha resolución se producirán los efectos previstos en el artículo 266 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 y, en su caso, la liquidación del contrato, en donde se determinarán las cantidades a compensar si procede. Lo que desde luego no autoriza la pendencia



*de esa posible liquidación es a dejar de abonar una cantidad que ha sido pagada por la Comunidad Autónoma, no como consecuencia de la resolución del contrato sino por falta de pago del préstamo por la prestataria, dando lugar con ello a la necesidad de obtención de financiación por la Administración demandada para pagar el préstamo que fue otorgado a la recurrente con objeto de financiar las obras de construcción del aeropuerto."*

A la vista de tales presupuestos, la sentencia de instancia concluye que no son atendibles las razones que se aducen por la recurrente para la estimación de la ilegalidad de la decisión administrativa impugnada, desestimando el recurso, decisión contra la que se alza la mercantil recurrente ante esta Sala del Tribunal Supremo en recurso de casación que se articula por los siguientes motivos, al amparo de lo que autorizaba el artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015:

Primero, por la vía casacional que autorizaba el párrafo c) del mencionado precepto, se denuncia infracción de las normas procesales, en concreto, de los artículos 221.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 102.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello en relación con el artículo 24 de la Constitución. El reproche procesal se funda en que, a juicio de la defensa de la recurrente, uno de los Magistrados integrado en la Sala sentenciadora al inicio del procedimiento se había abstenido siendo admitida la abstención por el Tribunal, no obstante lo cual, dicho Magistrado intervino en la votación y fallo del proceso y firmó la sentenciadora recurrida.

Segundo.- Por la misma vía casacional que el anterior del error in procedendo, se denuncia la vulneración de las garantías procesales, en concreto, de los artículos 265, 270 y 332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también en relación con el antes mencionado artículo 24 de la Constitución, al considerar que se denegó indebidamente por el Tribunal a quo el recibimiento del proceso a prueba, conforme se había solicitado por la recurrente en tiempo y forma, de donde se concluye que se le ha ocasionado la indefensión proscrita en el mencionado precepto constitucional.

Tercero y cuarto.- Por la misma vía del error in procedendo que los anteriores, se denuncia en ambos motivos, que se han vulnerado las garantías procesales, ahora en relación con la propia sentencia recurrida, respecto de la cual se alega que incurre en vicio de incongruencia omisiva, generadora de indefensión, con vulneración del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 33.1º y 67.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; todo ello en relación con el artículo 1124 del Código Civil, por lo que respecta al motivo tercero; y por la omisión de toda referencia en la sentencia a la acreditación del pago por la Administración a las entidades financiadoras y acreedoras, en el motivo cuarto.

Quinto.- Ya por la vía del error in iudicando del párrafo d) del antes mencionado artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se denuncia que la sentencia de instancia vulnera los artículos 1.281, 1282, 1285 y 1288 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta.

Sexto.- También por la vía del error in iudicando, se denuncia la vulneración de lo establecido en el artículo 54 de la LRJ, así como de la Jurisprudencia que lo interpreta, referido a la necesaria motivación de los actos administrativos.

Se termina por suplicar a este Tribunal de Casación que se estimen los motivos del recurso, se " dicte en su día sentencia estimatoria del recurso por la que se revoque íntegramente la sentencia de instancia."

Ha comparecido y se ha opuesto al recurso la Comunidad Autónoma del Región de Murcia, cuyo Letrado se opone a la estimación de los motivos en que se funda el recurso, suplicando que se desestime el mismo y se confirme la sentencia objeto de casación.

A la vista de los mencionados motivos debemos examinar las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación, no sin antes dejar constancia de que la ahora recurrente ha desplegado una intensa actividad procesal en la relación que le vinculaba con la Administración Autonómica de Murcia, por cuanto, que se tenga constancia en este proceso y lo que en él se hace constar; se han dictado ya cuatro sentencias por la Sala territorial de Murcia en cuestiones relacionadas con el objeto del recurso que, si bien tiene peculiaridades propias, no pueden ser desconocidas. Tales pronunciamientos son los siguientes: en primer lugar la 368/2018, de 5 de octubre, dictada en el procedimiento 230/2013 en el que se impugnó la Orden de la Consejería que desestimó la reposición de otra anterior referida la denegación de reconocer el equilibrio financiero en el contrato a que se ha hecho referencia; en segundo lugar, la sentencia de 2 de octubre de 2015, dictada en el recurso 601/2013, en que se impugnó la Orden de la Consejería declarando la resolución del contrato de concesión (confirmada en la sentencia de esta Sala Tercera 748/2018, de 24 de abril, dictada en el recurso de casación 3581/2015, que desestimó dicho recurso); en tercer lugar, la sentencia de la Sala territorial de Murcia, de 18 de diciembre de 2015, dictada en el recurso 94/2014, en que se impugnó la Orden sobre requerimiento de pagos efectuados a los avalistas de la recurrente una declarada la resolución del contrato de concesión (confirmada por la de esta Sala Tercera 727/2019, de 30 de mayo, al desestimar el recurso de casación



227/2016); y en cuarto lugar, la sentencia de 29 de enero de 2016, dictada en el procedimiento 616/2013, en que se impugnó las Ordenes de la Consejería por las que se declaró la insuficiencia de las garantías ofrecidas por la recurrente para el aplazamiento de la comisión que se devengaría en el contrato de aval suscrito con la Administración Autonómica (Confirmada por la sentencia de esta Sala Tercera 869/2019, de 18 de junio, al desestimar el recurso de casación número 671/2016).

## **SEGUNDO. EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- DEFECTUOSA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR. -**

Como ya se dijo antes, el primero de los motivos, por la vía del error in procedendo y, por tanto, de examen preferente, denuncia que la sentencia de instancia adolece del vicio de nulidad, con vulneración de los artículos 24 de la Constitución, 221.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 102.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El reproche procesal se funda en que, a juicio de la defensa de la recurrente, se integró en el Tribunal de instancia para dictar sentencia uno de los magistrados cuya abstención se había producido con anterioridad y, no obstante lo cual, formó parte de la Sala en los trámites de votación y fallo, firmando la sentencia recurrida.

En la fundamentación del motivo se deja constancia de que la Sala de instancia había acordado, por Auto de fecha 20 de marzo de 2014 (folio 396), aceptar la abstención que había propuesto el Magistrado Ilmo. Sr. Don Indalecio Cassinello Gómez-Pardo, designado ponente del procedimiento. A pesar de dicha abstención, es lo cierto que, por Providencia de la misma Sala sentenciadora de 23 de febrero de 2015 (folio 877), estimando que había desaparecido la causa de abstención, se acuerda reintegrar al mencionado Magistrado a la Sala, siendo nuevamente designado ponente del proceso, por lo cual formó Sala para dictar la sentencia, si bien no actúa como ponente que lo fue la Ilma. Sra. Magistrada Doña María Consuelo Uris Lloret. La mencionada providencia no fue objeto de recurso de reposición por la parte recurrente en la instancia, si bien si se recurrió en reposición la providencia posterior en la que se acuerda traer los autos para sentencia y el cambio de la ponencia.

Suscitado el motivo en la forma expuesta, el planteamiento requiere alguna matización porque hay circunstancias relevantes que no se contiene en la fundamentación del mismo. Es cierto, como se ha expuesto, que la propia Sala de instancia admitió la causa de abstención solicitada por el referido magistrado que la componía y que en el Auto de marzo de 2014 se le tuvo por separado del Tribunal que debía conocer del proceso. Es cierto también que, habiéndose fundado la causa de abstención en una relación familiar con personal directivo de la sociedad recurrente, la propia Sala dicta la providencia de febrero de 2015 por la que se vuelve a reintegrar a dicho Magistrado en el Tribunal, dado que ese familiar había, al parecer, dejado de formar parte de los órganos de dirección de la mercantil recurrente. Ahora bien, la referida providencia no fue recurrida en tiempo y forma por la defensa de la recurrente, hecho que se oculta en la fundamentación del motivo; porque el recurso de reposición al que se hace referencia en el razonamiento del motivo no se interpone hasta el día 4 de abril de 2016 (sello de presentación que obra al folio 1174).

En efecto, como se razona en el mencionado escrito del recurso de reposición (folio 1.171) lo que se impugna es la providencia de 28 de marzo de 2016 (folio 1165), que no era la antes mencionada reintegrando al Magistrado en el Tribunal, sino que lo decidido en ella era, además de señalar fecha para votación y fallo, designar como ponente a la Magistrada a que antes se ha hecho referencia, pero sin mención alguna a que el Magistrado cuya abstención había sido admitida se reintegrase con dicha resolución a la Sala. De ahí que en el Auto que resuelve el recurso de reposición, de 18 de abril de 2016, se razone que, dado que el recurso de reposición se fundaba en la improcedente integración del Magistrado abstenido, lo cual no había sido objeto de decisión en la providencia allí recurrida, se desestima el recurso. Decisión acorde con la fundamentación de los hechos en la forma en que acontecieron porque, como ya se ha visto, la decisión sobre tener por decaída la causa de abstención y la reintegración del Magistrado para formar Sala, había sido adoptada en la ya mencionada providencia de febrero de 2015, que se dejó firme y consentida.

Lo antes concluido comporta una importante objeción al debate suscitado en este motivo pues, sin perjuicio de la atípica decisión del Tribunal de instancia de excluir una abstención ya declarada en un mismo proceso, es lo cierto que se trata de una cuestión procesal y como tal se articula el motivo en el recurso de casación.

Pues bien, ello es decisivo porque el artículo 88.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción aplicable al caso, declaraba que para poder sustentar el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con infracción de las normas reguladoras de la sentencia o los actos procesales, sería necesario haber solicitado la subsanación durante la tramitación y de manera inminente a tener conocimiento del vicio procesal; es decir, en palabras del precepto, " *que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello*". Siendo ello así, es indudable que en el caso de autos, habiéndose dictado la providencia reintegrando al Magistrado abstenido a formar Sala durante la tramitación del proceso (antes de fase de contestación), había momento



procesal oportuno para pedir la subsanación de la pretendida transgresión de las normas procesales que ahora se invocan; momento procesal que no era otro que el recurso de reposición que debió interponerse, no contra la providencia de marzo de 2016 designando ponente y fijando votación y fallo, sino la ya mencionada de febrero de 2015 que es a la que cabe imputar la vulneración de las normas invocadas ahora en el recurso de casación.

A la vista de la circunstancia expuesta, debe señalarse que la exigencia formal de la previa petición de subsanación de las irregularidades procesales generadoras de indefensión, como requisito esencial para el recurso de casación, ha sido reiteradamente exigida por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo que, en relación con los supuestos de casación del párrafo c) del artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se declara que *"está condicionado por una doble exigencia: petición de subsanación en la misma instancia, de existir momento procesal oportuno para ello, y producción de indefensión a la parte, como establece el artículo 88.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, prevención que no ha sido observada, pues la recurrente consintió el Auto de la Sala de instancia de fecha 7 de octubre de 2005 que, entre otros pronunciamientos, inadmitió la prueba testifical-pericial propuesta. Es evidente, al efecto, que si la parte recurrente discrepaba de lo expuesto en la citada resolución, pudo y debió haber interpuesto el pertinente recurso de súplica, tal y como se le indicó al ser la misma notificada, razón por la que ahora no cabe plantear dicha cuestión en casación"*. ( STS de 20 de julio de 2011. RC 2961/2008).

Si bien el defecto formal expuesto justifica la desestimación del motivo no quiere silenciarse la contradictoria argumentación del motivo porque, en definitiva, la abstención estaba propiciada por una posible pérdida de imparcialidad del Magistrado, pero precisamente por la relación familiar con personal de la propia recurrente y, en lógica conclusión, en perjuicio de la parte demandada, que nunca puso objeción a la ciertamente impropia decisión de la Sala de instancia. Es más, el mismo comportamiento de la defensa de la sociedad recurrente en la instancia, y ahora en queja de la defectuosa composición del Tribunal que dictó sentencia, deja mucho que desear porque no ha puesto objeción alguna a la reincorporación del Magistrado al Tribunal durante un dilatado periodo de tiempo –incluido el periodo de suspensión por intentos de resolución extraprocesal de la controversia– en el que, además, estuvo actuando como ponente del proceso y es precisamente cuando en el último trámite, en que deja de estar designado como ponente de la sentencia, es cuando se interpone el recurso de reposición que era improcedente a todas luces porque suscitaba una cuestión muy anterior.

Y las consideraciones expuestas, a juicio de este Tribunal, aconsejan rechazar la invocación de la recurrente de que hubiera una pérdida de imparcialidad en la composición del Tribunal, siendo de aplicación la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en relación con dicha pérdida de imparcialidad, siguiendo lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que puede citarse la sentencia del Pleno 133/2014, de 22 de julio (ECLI:ES:TC:2014:133) cuando al referirse al régimen de la recusación y abstención, se declara que *"su objetivo es eliminar cualquier apariencia de parcialidad y así fortalecer la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar en el público (ver Meñaric citado arriba, ap. 27). El Tribunal tomará esas normas en cuenta cuando haga su propia valoración sobre si un tribunal es imparcial y, en particular, si los temores del demandante pueden pasar por objetivamente justificados (ver, mutatis mutandis, Pescador Valero contra España, núm. 62435/00, ap. 24-29, TEDH 2003-VII). A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; <<esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra>>"* Y atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso de autos no se considera que existiera esa pérdida de imparcialidad que aconsejara la nulidad de la sentencia, por lo que el motivo primero debe ser rechazado.

Y es que no puede silenciarse la peculiaridad de la posición de las partes en esta casación que concluye en la irregular situación de que sea la recurrente la que invoque la nulidad de la sentencia, frente a la posición de la parte contraria –en realidad, perjudicada por la reincorporación del magistrado abstenido– que solicita precisamente que se rechace la defectuosa composición del Tribunal de instancia.

### **TERCERO. MOTIVO SEGUNDO DEL RECURSO. DENEGACIÓN DE PRUEBA.**

El segundo de los motivos en que se funda el recurso, por la misma vía del error in iudicando que el anterior, denuncia la vulneración de las normas procesales que han generado a la recurrente la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución, al haberse denegado la práctica de las pruebas que fueron propuestas en



tiempo y forma. Se considera que se han vulnerado las garantías procesales que se recogen en los artículos 265, 270 y 332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la fundamentación del motivo se aduce por la recurrente que en el escrito de demanda y mediante el oportuno otrosí, interesó la aportación de varios documentos (" *Más documental pública*", folio 467), respecto de los cuales ya se habían previamente objetado que se debían haber aportado en el expediente remitido por la Administración demandada, en cuyo poder obraban dichos documentos; habiendo declarado el Tribunal de instancia que no procedía hacer la ampliación del expediente remitido, sin perjuicio de solicitarse tales documentales como prueba. No obstante, se dicta por la Sala de instancia Auto en fecha 28 de abril de 2015 (folios 1063 y siguientes) en el que expresamente se rechaza dichas documentales; decisión contra la que se interpone recurso de reposición (folios 1069 y siguientes) que se desestima por Auto de la Sala sentenciadora de 30 de julio (folios 1.087 y siguientes).

Pues bien, lo que centra el reproche que se hace en el motivo que examinamos es considerar la defensa de la recurrente que, de una parte, la propia Sala estima en el mencionado Auto que tales documentos son " *pertinentes y útiles*" para el debate; de otra parte, que se deniega la prueba porque no se había propuesto en tiempo y forma, al considerar el Tribunal de instancia que, tratándose de documentos que obraban en el expediente, cuando menos, debió la recurrente articular la documental por la vía que impone el artículo 265.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor " *Sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación. Si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior.*" Y en relación con dicha argumentación, lo que se opone en el motivo casacional es que los documentos interesados no están incorporados a expediente alguno y que debían expedirse ex novo.

El motivo requiere una previa delimitación que debe tener como presupuesto la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, conforme a la cual, las cuestiones sobre denegación de prueba como motivo casacional han de examinarse partiendo de la premisa de que sea apreciable una auténtica indefensión con la omisión procesal, en el sentido de que las pruebas denegada realmente hayan ocasionado una efectiva indefensión, por privar a las partes de la exigencia de acreditar los hechos en que fundan sus pretensiones y ello, claro está, siempre que se hayan observado los trámites procesales en materia de prueba; premisas que, en efecto, comportan la proscripción de la indefensión que se garantiza en el precepto constitucional en que se funda el recurso.

Con tales presupuestos debemos examinar el motivo dejando ya constancia que la misma defensa de la recurrente acepta que dos de las pruebas documentales que habían sido solicitadas en la proposición de la prueba fueron aportadas con la contestación a la demanda, ciertamente las dos documentales más relevantes y a ellas claramente se refiere la motivación del Auto denegatorio de la reforma de la denegación de prueba, por estar referidas precisamente a la actuación previa del pago por subrogación, como se dice por la Sala de instancia; es decir, la pertinencia y utilidad de la prueba estaba referida a esa concreta circunstancia.

Es más, en puridad de principios, el debate queda ya centrado en la prueba interesada sobre los " *documentos relativos a las negociaciones mantenidas entre la Administración y la Entidades Acreditantes*" (acreedoras). Y debe hacerse costar que, ya reducido el debate a esa concreta prueba documental, la prueba, en efecto, se refiere a " *documentos*"; es decir, la prueba no se dirige a requerir el resultado o desarrollo de esa pretendidas " *negociaciones mantenidas*", sino a los documentos que las debieran recoger. Y es indudable que si documentos hubo debían estar en el expediente y debió haberse hecho la indicación que sirve de fundamento a la Sala de instancia para denegar la prueba.

Pero es que, además de lo expuesto, deberá convenirse que ordenar la retroacción de las actuaciones al momento procesal que se pretende, hacer ese requerimiento para aportar, si existen, esos documentos sobre esas pretendidas negociaciones, es manifiesto que nada añadiría a la causa, que se vería demorada en un tiempo dilatado que no beneficia a ninguna de las partes, menos a la propia recurrente. Y es que, en definitiva, nada podría aclarar, de existir, ni los documentos que incorporasen esas negociaciones ni incluso las mismas negociaciones, dado que, en el fondo, esas negociaciones solo podrían tener interés, en la argumentación de la recurrente, sobre si a la postre la Administración realizó el pago de toda la deuda que le había sido reclamada por los acreedores o negoció dicho pago. Y a los efectos de ese debate resultan inanes los documentos en que se recogieran esas negociaciones e incluso las mismas negociaciones, en sí mismas consideradas, como tendremos ocasión de examinar al estudiar los motivos de fondo. Incluso no está de más recordar que ya propia defensa de la recurrente, en el hecho tercero de la demanda (folios 446 y 447), da por ciertos los hechos



base de la decisión administrativa, lo cual no puede desconocerse al realizar el examen de este motivo y la necesaria relevancia de la prueba a efectos de evitar la indefensión.

En definitiva, en lo que, a la postre, ha quedado referido el debate sobre la denegación de prueba no tiene entidad alguna a los efectos de la defensa de los intereses de la recurrente y el motivo debe ser desestimado.

#### **CUARTO. MOTIVOS TERCERO Y CUARTO. INCONGRUENCIA OMISIVA.**

Los dos motivos, por la misma vía que los antes examinados, denuncia que la sentencia de instancia adolece de un mismo vicio procesal, el de incongruencia omisiva, con vulneración de los artículos 24 de la Constitución; artículos 33.1º y 67.1º de la LJ y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 1124 del Código Civil, que, a juicio de la defensa de la recurrente, le han generado la indefensión que proscribiera el primero de los preceptos invocados.

Suscitado el debate en la forma expuesta, es necesario que este Tribunal deje constancia del alcance, en sede de casación, de la incongruencia como vicio de las sentencias, en cuanto se contradice la necesidad de que se resuelvan todas las cuestiones suscitadas por las partes, conforme exige el artículo 67 de nuestra Ley procesal, o en ámbitos de mayor generalidad, que sean congruentes con las pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, como impone el artículo 218 de la Ley Procesal General.

Como vicio de las sentencias, la incongruencia, en sus distintas modalidades, ha sido examinada por una abundante doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera que, con insistencia, ha declarado que, en su modalidad omisiva, comporta una discordancia entre las pretensiones accionadas oportunamente por las partes en el proceso y la decisión dictada por los Tribunales, y que conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional, ese desajuste afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque se deja de prestar esa protección cuando algunas de las pretensiones de las partes no son resueltas en las sentencias. En ese sentido se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala –por todas, sentencia de 19 de junio de 2012, dictada en el recurso 3934/2010, con abundante cita– que no solo las pretensiones pueden suponer el vicio examinado, también los motivos aducidos por las partes en defensa de sus pretensiones, si tienen sustantividad propia, requieren una debida respuesta de los Tribunales y, por tanto, su omisión comporta el vicio de incongruencia por omisión.

Ahora bien, como todo vicio procedimental, y como ya se examinó antes, lo relevante para que pueda apreciarse la incongruencia es que real y efectivamente se hubiese ocasionado indefensión a las partes, lo cual supone que la exigencia de la congruencia que se impone en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no comporta que necesariamente los Tribunales hayan de dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones suscitadas en sus escritos de alegaciones porque, así como con relación a las pretensiones concretas accionadas en la demanda –también en la contestación, en su caso– requieren ese pronunciamiento expreso y concreto; en relación con los motivos, cuando puedan integrar el contenido de congruencia, puede resultar suficiente una respuesta global o genérica, como se declara en la sentencia de 19 de junio de 2012 (recurso de casación 3934/2010), siendo suficiente una decisión y motivación ajustada a la normativa aplicable, porque el principio "*iura novit curia*" comporta que ni el Tribunal ha de adaptarse exhaustivamente a los razonamientos de las partes ni, por tanto, existe esa obligación de atender de manera minuciosa a lo razonado por ellas, sino que basta con que la decisión adoptada aparezca plenamente ajustada a las normas que se consideran aplicables.

Sentado lo anterior debemos examinar si en el supuesto ahora enjuiciado cabe reconocer a las omisiones que se denuncian en los dos motivos que se examinan, concurren esos presupuestos de efectividad del silencio que se reprocha al Tribunal de instancia, de las alegaciones y peticiones de la recurrente, que es quien invoca el defecto procesal.

Planteado el debate en la forma expuesta, a juicio de este Tribunal, no pueden ser acogidos los motivos que se examinan porque no puede apreciarse que existan las omisiones que se denuncian, a la vista de lo antes expuesto, ni, menos aún, que se haya ocasionado la indefensión que sirve de presupuesto a los motivos; pese al esfuerzo argumental que se hace en el escrito de interposición.

Y lo antes concluido queda evidenciado con la misma argumentación del motivo quinto del recurso, en el que se acepta nítidamente que la recurrente conoce de todo punto el argumento que lleva al Tribunal de instancia a la desestimación de su pretensión –no se denuncia incongruencia con las pretensiones–, que no es otro que la eficacia del contrato de aval suscrito y los efectos del mismo. Porque ese es el auténtico debate de autos y el fundamento de la sentencia, que la recurrente conoce y combate, pero por la vía sustantiva y no por la vía de los defectos formales, reprochando a la sentencia unos silencios u omisiones que solo serían tales a la vista de la posición que se sustenta por la defensa de la recurrente. En la argumentación del Tribunal de instancia, es cierto que la Sala no examina el pretendido restablecimiento del equilibrio económico del contrato concesional o el tema sobre las cantidades real y efectivamente entregadas por la Administración a las acreedoras de la



recurrente o las obligaciones que, en esa obligación por subrogación, habría realizado; pero ello es porque para la sentencia, la relación de la Administración y la recurrente se ciñe exclusivamente en el mencionado contrato de aval, sin comunicación alguna con la concesión. Y la recurrente conoce ese argumento que, insistimos, combate en el aludido motivo quinto. Pero por ello precisamente la Sala de instancia no estaba obligada a examinar esas cuestiones de manera concreta, su rechazo ya estaba implícito, o incluso podría decirse que, de manera expresa, en la argumentación de vincular ambas relaciones contractuales. Y esa argumentación se podrá combatir, pero no por la vía elegida de imputar a la sentencia una incongruencia que no es tal y que obliga a la desestimación de los motivos tercero y cuarto.

#### **QUINTO. MOTIVO SEXTO. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS.**

Al delimitar el objeto del recurso ya se dijo que los dos últimos motivos, el quinto y sexto, se acogían a la vía casacional del error in iudicando del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción anterior a la Ley de Reforma ya mencionada. De tales motivos merece un primer estudio el segundo de los mencionados por estar referidos también a motivos formales, ahora vinculados a la actividad administrativa que se impugnaba en el proceso. En efecto, se adujo en la demanda (fundamento tercero, folios 461 y sgtes.), que las ordenes de la Consejería que se impugnaban estaban viciadas de nulidad de pleno derecho, al amparo de lo establecido en el artículo 62.1º a), en relación con el 54, ambos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aun aplicable al caso de autos.

En la fundamentación del motivo, lo que en realidad se viene cuestionar es el examen que se hace en la sentencia de esa invocación del defecto formal de la actividad administrativa impugnada. Y, en efecto, la sentencia examina ese debate en el fundamento octavo en el que, en síntesis, se rechaza esa pretendida falta de motivación de las Ordenes de la Consejería impugnadas, en cuanto la motivación de las mismas fue suficiente a los efectos de garantizar la defensa de los derechos de la recurrente. Se señala al respecto, y es oportuno recordarlo, que *"constan debidamente las razones de la decisión de la Administración en las resoluciones impugnadas, y la actora ha tenido pleno conocimiento de todas ellas, como se desprende de los antecedentes expuestos con anterioridad. Es significativo que se alegue ahora que se desconocía el pago o las cantidades cuando durante meses se ha estado negociando entre las partes para llegar a un acuerdo amistoso que pusiera fin a la controversia, encontrándose entre tales condiciones la concesión de un préstamo participativo por la Comunidad Autónoma a la concesionaria. En cuanto a las cantidades reclamadas constan debidamente justificadas, sin que la actora haya acreditado ningún tipo de error o incorrección..."*

A la vista de lo expuesto es necesario hacer una aclaración previa, dada la fundamentación del motivo. No referimos a que la motivación de los actos administrativos es un requisito con el alcance y extensión que se establecía, para el momento de autos, en el ya mencionado artículo 54 de la Ley de 1992. Ahora bien, en cuanto requisito formal, nuestra Legislación ha seguido tradicionalmente la doctrina sustancialista, conforme a la cual, los defectos de forma no comporta, como regla general, la nulidad radical de los actos, sino la anulabilidad. Que ello es así lo pone de manifiesto, para la legislación ahora aplicable, que el artículo 62 de la Ley de 1992 –el que se invoca en el motivo– no recoge los defectos forma como causa de nulidad, salvo para el supuesto de ausencia total y absoluta de procedimiento, lo cual ni se invoca ni es apreciable en el caso de autos. Sería suficiente lo expuesto para el rechazo del motivo a la vista de su fundamentación.

Pero es que, además de lo expuesto, sabido es que las forma no tienen en nuestro Derecho una finalidad en sí mismas, sino en cuanto son garantía del acierto de la Administración y de efectividad del derecho de defensa de los ciudadanos. De ahí que las omisiones de esos requisitos de forma solo afectan a la eficacia de los actos por la vía de la anulabilidad, para lo que constituye presupuesto esencial que el defecto formal haya impedido al acto alcanzar su fin o hubiesen ocasionado indefensión a los ciudadanos. Así se declaraba, para el caso de autos en el artículo 63 de la ya citada Ley de Procedimiento Administrativo.

Lo expuesto evidencia que examinó y decidió correctamente la Sala de instancia el debate suscitado por la recurrente y el motivo examinado debe ser rechazado.

#### **SEXTO. MOTIVO QUINTO. INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES.**

El motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1.281, 1.282, 1285 y 1288 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta. La vulneración de esa normativa de Derecho Privado se vincula, en el razonar del motivo, a la interpretación que se hace por la Sala de instancia del contrato de aval que vinculaba a la recurrente con la Administración Autonómica, del que trae causa las resoluciones objeto de impugnación. En concreto, se centra el reproche en la interpretación conjunta de las cláusulas segunda y séptima del mencionado contrato. En aquella se establecía el derecho de reembolso, caso de que debiera la Administración atender el pago de la deuda por impago de la mercantil; y la segunda, el denominado contra aval. De dichas cláusulas se concluye por la defensa de la recurrente que se vinculaba el incumplimiento del pago y ejecución



del contrato de aval a la resolución de la concesión de construcción y explotación del Aeropuerto objeto de la misma, estableciéndose expresamente que, en el supuesto de dicha resolución, se compensaría de la deuda que debiera reembolsar a la Administración por el pago de la deuda afianzada, los derechos de crédito de la concesionaria. En el razonar de la asistencia jurídica de la recurrente, existía una clara vinculación entre el contrato de concesión y el de aval, que, además, quedaba reflejado en la Orden de la Consejería de 24 de junio de 2010, que integraba ambos contratos. De esa premisa se concluye en que debía haberse procedido a una compensación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil ( STS 568/2014).

Como ya se ha dejado constancia en alguno de los motivos antes examinados, lo que ciertamente constituye el núcleo de la argumentación esgrimida por la recurrente en apoyo de su pretensión es, en síntesis, que si bien dejó de atender el pago de la deuda que constituía el aval prestado por la Administración, cuyo importe es el que se reclama en las resoluciones objeto de impugnación, es lo cierto que ese contrato de aval estaba vinculado al contrato de concesión. De esa premisa obtiene dos relevantes conclusiones para su pretensión; de una parte, que conforme a la pretendida cláusula de contra aval, debieron ser descontadas las cantidades adeudadas por la Administración por la resolución de la concesión; de otra, que la recurrente, en cuanto que había desatendido el pago, solo estaba obligada a satisfacer a la Administración la cantidad que efectivamente hubiera pagado a las sociedades prestamistas y que no se ha acreditado que real y efectivamente se hubiera realizado ese pago, de donde se concluye que la deuda no era exigible en la cantidad que se reclama.

Así suscitado el debate es necesario, en apoyo de los argumentos que ya se han dado para rechazar los motivos examinados con anterioridad que a la vista de esos argumentos que ahora constituyen el fundamento del motivo que se examina, carecen de relevancia los antes examinados motivos formales que se articulan en este recurso de casación, porque desconocen precisamente que la sentencia de lo que hace es rechazar la premisa de que se parte en esa argumentación.

En efecto, lo que se razona en la sentencia de instancia, ya se expuso anteriormente, es que no hay vinculación entre el contrato de aval y el de concesión y, por tanto, que la denominada cláusula de contra aval (la séptima) no autoriza a la reducción de la cantidad que la Administración debiera abonar a la concesionaria por la resolución contractual propiciada por su incumplimiento, cuestión que no está de más recordar, como se deja constancia en la misma fundamentación de la sentencia recurrida; la resolución del contrato concesional se había decretado por una resolución muy anterior -de 16 de septiembre de 2013-, resolución que, por cierto, y como se declara por la Sala sentenciadora, fue declarada ajustada a Derecho por la sentencia de la misma Sala 813/2015, de 2 de octubre (ECLI:ES:TSMU:2015:2217), sentencia que, debemos ahora añadir, había sido confirmada por la de esta Sala Tercera, Sección Cuarta, sentencia 748/2018, de 8 de mayo, dictada en el Recurso de Casación 3581/2015, en que se desestimó el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Territorial.

Pues bien, así delimitado el debate en sede de interpretación de las cláusulas contractuales, es necesario dejar constancia que una doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal Supremo, de la que se hacen eco con abundante cita ambas partes, también la recurrente; viene declarando que la interpretación de las cláusulas de los contratos es una cuestión que debe dejarse al criterio de los Tribunales de instancia que por conocer con mayor amplitud el material probatorio, están en mejores condiciones para realizarla. Así pues, solo en aquellos supuestos en que fuera apreciable una interpretación manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal.

Lo expuesto delimita el debate de autos porque lo que ahora nos corresponde es determinar si en el caso de autos, la interpretación que se hace por el Tribunal de instancia del contrato de aval ya mencionado y que la misma sentencia transcribe casi en su totalidad, adolece de esos graves defectos de valoración. En especial, las cláusulas segunda y séptima del mismo.

Y a la vista de lo expuesto este Tribunal ha de concluir en que, no solo no se han incurrido en esos extremos vicios de interpretación de las dos mencionadas cláusulas, sino que la que se hace es la más ajustada a las reglas de interpretación que son aplicables. Porque, en efecto, que en la cláusula segunda existe un tan lógico como congruente con la finalidad del contrato suscritos, derecho de reembolso para el supuesto de que la sociedad avalada no atendiera el pago, no cabe la menor duda. Así cabe concluirlo de sus términos cuando vincula el pago por la Comunidad Autónoma de la deuda comporta que " *se subrogará en todos los derechos que el acreedor principal ostente contra el avalado...*" Y no otra cosa hizo la Administración una vez que el pago no fue atendido por al recurrente con sus deudores.

Donde se quiere centrar la duda por la defensa de la recurrente es en vincular dicha cláusula segunda, con la séptima, en la cual se pactó lo siguiente: " *La ejecución del aval otorgado será considerada causa de resolución imputable a <<Sociedad Concesionaria del Aeropuerto de Murcia SA>>, del contrato suscrito el 31 de julio de 2007 para la construcción y explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia. El importe que en caso de resolución del contrato hubiera de abonar la Administración pública regional a la sociedad concesionaria*



*se compensará con los derechos de crédito de los que aquella sea titular derivados de la ejecución del aval autorizado por esta ley, así como la cantidad que tuviera que percibir de la concesionaria en concepto de daños y perjuicios".*

Pues bien, pretender, como se sostiene durante todo el proceso, ahora también en casación, que existe una vinculación entre ambas cláusulas y que, precisamente por ello, el ejercicio del derecho de reembolso debía comprender la reducción de las cantidades que en caso de resolución del contrato originario de concesión debiera entregar la Administración a la contratista que había incumplido, no puede aceptarse como acertadamente consideró la sentencia de instancia. Es cierto que el impago de la deuda a que se vinculaba el contrato de aval comportaba la resolución del contrato de concesión y que, en dicho supuesto, se deberían compensar las deudas que aquella debiera a la concesionaria en virtud de dicha resolución. Ahora bien, ese era un régimen específico para cuando fuese precisamente el impago de la deuda la causa de la resolución de la concesión, supuesto en el cual era lógica la compensación.

Pero no fue eso lo acontecido en el caso de autos y fuera de ese supuesto la cláusula no puede tener el régimen pretendido. La resolución de la concesión, en el caso de autos, no lo fue por el impago de la deuda de la recurrente, se había producido con anterioridad y por causa bien diferente (como ya se declaró en las sentencias a que antes se hizo referencia), como se ha dicho, que fue ajustada a Derecho y no precisamente por el impago de la deuda avalada, sino por incumplimiento de obligaciones dimanantes directamente del contrato de concesión y en la propia sentencia de instancia se transcribe gran parte de aquella otra sentencia en que se declaró ajustada a Derecho la resolución por incumplimiento contractuales por la recurrente de la misma concesión pactada con la Administración y con ocasión de ello tendrían debida atención las obligaciones inherentes a ese supuesto de resolución por incumplimiento. Pero si la resolución del contrato de concesión no era debido a la efectividad del aval, no entraba en juego la cláusula séptima, como concluye la sentencia de instancia, por lo que no procede hacer las deducciones pretendidas, sino el contenido del derecho de reembolso en su integridad.

Es más, si nos atenemos a los fundamentos de las sentencias, la de instancia y casación, en que se decidió la legalidad de la resolución del contrato de concesión, lo que ahora pretende la defensa de la recurrente, con ocasión de las resoluciones aquí recurridas –muy posteriores a la que en esas sentencias se debatía–, es suscitar nuevamente una reducción de sus obligaciones pecuniarias que ya han quedado decididas en aquellas decisiones jurisdiccionales.

Y, en fin, si lo que se está pretendiendo con alguna argumentación que se hace en el motivo del recurso que se examina, en especial al referirse a la prueba, es que la Administración no ha procedido al pago de la totalidad de la deuda avalada, sino que ha pactado con las entidades acreedoras otros medios para dicho pago, es lo cierto que esos pactos, no es ya solo que no se haya probado, como declara la sentencia de instancia, sino que si existió pacto específico para hacer efectivo el pago a que se vio obligado la Administración de la importante deuda desatendida por la recurrente con acuerdos parciales, en modo alguno comporta ello que dejara de asumir la obligación de pago que como avalista le venía impuesto y, por tanto, se generaba ya desde esa modalidad del pago el referido derecho de reembolso que se había pactado en el contrato.

Lo expuesto comporta la desestimación del motivo examinado y, con él, de la totalidad del recurso.

#### **SÉPTIMO. Costas procesales.-**

La desestimación íntegra del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a la recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del indicado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4.000 €), más IVA, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos y para cada una de las partes recurridas.

#### **FALLO**

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

No ha lugar al presente recurso de casación número 2128/2016 interpuesto por la "SOCIEDAD CONCESIONARIA AEROPUERTO DE MURCIA, S.A.", contra la sentencia número 347/2016, de 29 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con imposición de las costas del recurso a la recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Segundo Menéndez Pérez Rafael Fernández Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Wenceslao Francisco Olea Godoy

Inés Huerta Garicano Francisco Javier Borrego Borrego

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ