

Concesiones demaniales, derecho de indemnización y principio de confianza legítima

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 2014 por la que se casa y anula la Sentencia de 28 de junio de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, sobre responsabilidad patrimonial (que reconoció a la entidad recurrente una indemnización de 2.406.427, 50 euros + intereses), recuerda los contornos del principio de confianza legítima, insiste en que la mera presentación de una solicitud de concesión no atribuye a sus signatarios el derecho a ser indemnizados, caso de que no se acceda a ella y añade que la selección de un proyecto relativo a una infraestructura cuya construcción y explotación se articula mediante concesión, no permite confiar en el otorgamiento de ésta.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

De los antecedentes y fundamentos de la STS resulta que en octubre de 1999, una Sociedad Promotora del Plan Especial de un Puerto situado en una provincia costera (SPPEP¹) promovió una selección entre empresas interesadas en intervenir en el Plan Especial del Puerto, para la construcción y explotación de las actuaciones contempladas en los muelles 1 y 2, mediante invitación a aquellas empresas que previamente habían mostrado interés en el proyecto, y mediante anuncios en la prensa, concurriendo a la convocatoria 9 empresas, entre ellas la "EMPRESA X", y el Consejo de Administración de la SPPEP de 24 de febrero de 1999, acordó "aprobar el proyecto para los muelles 1 y 2 presentado por la "EMPRESA X" en los términos que han quedado expuestos, sin perjuicio de continuar negociando con dicha empresa los aspectos urbanísticos y otros relativos al canon, calidades y demás anteriormente referidos".

En el siguiente Consejo de Administración de SPPEP, de 23 de marzo de 2000, el Presidente de la Sociedad Promotora pasó a informar al Consejo sobre los distintos asuntos tratados en las negociaciones con la empresa, indicando que, a su juicio, el estado de las negociaciones era satisfactorio y estaban cerrados la mayoría de los puntos pendientes de concretar, por lo que estimaba oportuno que el Consejo de Administración de SPPEP propusiera a la Autoridad Portuaria (en adelante AP) que fuera "EMPRESA X" la seleccionada para solicitar la concesión de los muelles 1 y 2, de acuerdo con el Proyecto, y el Consejo de Administración de SPPEP, de conformidad con dicha propuesta, acordó: "*proponer al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria (...) que la empresa "EMPRESA X" sea la seleccionada para que solicite la concesión sobre los muelles 1 y 2, de acuerdo con el Proyecto presentado por la misma y con las modificaciones y condiciones que han sido pactadas con dicha empresa por esta Sociedad*".

El 6 de octubre de 2000, la "EMPRESA X" presentó escrito ante la AP solicitando la concesión administrativa para la ocupación y explotación de los Muelles nº 1 y 2 del Puerto con usos comerciales, de ocio, restauración y similares, indicando en el apartado 4 de dicho escrito que la solicitud de concesión respondía al contenido básico del proyecto seleccionado por la SPPEP para su posterior instrumentalización en régimen de concesión administrativa.

¹ Sociedad mercantil, con forma de sociedad anónima, constituida por la Autoridad Portuaria, el Ayuntamiento, una Empresa Pública de Suelo, y una Caja de Ahorros, con el objeto social descrito en el artículo 2 de sus Estatutos de acometer actuaciones que articularan e hicieran eficaces la gestión y ejecución del Plan Especial del Puerto, llevando a buen fin la realización del mismo, en todos sus aspectos portuarios, comerciales y ciudadanos.

Finalmente, tras la suspensión del procedimiento de otorgamiento acordada por la AP el 2 de mayo de 2001, la solicitud de 14 de octubre de 2003 de "EMPRESA X", de continuación de tramitación de la solicitud de concesión, y después de diversas vicisitudes de política municipal urbanística, (que supusieron la no disponibilidad del muelle 2 para la concesión y la limitación urbanística con rebaja de la edificabilidad comercial y usos comerciales en el muelle 1), "EMPRESA X" solicitó en escrito de 12 de mayo de 2004 la conclusión del procedimiento de otorgamiento con alguna de las resoluciones que expresaba en dicho escrito, y el Consejo de Administración de la AP, de fecha 20 de mayo de 2004, acordó denegar la petición concesional.

Interpuesto recurso contencioso administrativo por "EMPRESA X", la sentencia impugnada consideró que existía responsabilidad patrimonial de la AP, pero no derivada del derecho que la entidad recurrente pudiera tener al otorgamiento de la concesión, y que habría sido desconocido por la denegación de la concesión por la AP, lo que constituyó el objeto de otro recurso contencioso administrativo (autos 1127/2004, y que fue desestimado), sino del quebrantamiento por dicha Administración de la confianza legítima que había infundido en la entidad demandante, a partir de la selección del Proyecto².

Así resulta con toda claridad de los razonamientos de la sentencia impugnada:

- (FJ3º) *En sesión celebrada el 24 de marzo de 2000, el Consejo de Administración de la AP aprobó el proyecto seleccionado, reconociendo a "EMPRESA X" como la que se otorgaría la correspondiente concesión administrativa, una vez se materializara la necesaria modificación del Plan Especial del Puerto.*
- (FD 4º): *"...Y no es que la acción de responsabilidad nazca de la negativa final a la concesión por causa de "interés general", sino de la creencia racional y fundada en un acto administrativo - el de aprobación del Proyecto-, que situaba a la sociedad actora en un escenario generador de esperanzas fundadas en su mantenimiento y que se vieron frustradas sorpresivamente por el devenir causal de los acontecimientos..."*

Frente a esto, señala el Tribunal Supremo que del acta de la sesión del Consejo de Administración de la AP de 24 de marzo de 2000 resulta que aquél no aprobó ningún proyecto, como equivocadamente estima la sentencia impugnada, sino que en dicho Consejo el Presidente informó a los consejeros de la selección de un proyecto por la SPPEP, así como las actuaciones previstas en el proyecto seleccionado, que exigían la modificación del Plan Especial del Puerto, por lo que el Presidente solicitó del Consejo su delegación para formular la modificación del Plan Especial del Puerto y realizar su tramitación de acuerdo con la legislación urbanística, lo que fue aprobado por el Consejo.

Añade que el principio de confianza legítima comporta, según la jurisprudencia de esa misma Sala, representada entre otras muchas por la sentencia de 6 de julio de 2012 (recurso 288/2011), que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, y en expresión de la sentencia de 30 de octubre de 2012 (recurso 167/2010), más próxima al caso que examinamos, la confianza legítima se basa en la

² La Sala de instancia consideró que en la producción de los daños que reclamaba la parte recurrente concurrieron la conducta de la Administración demandada (la AP) y, además, la del propio recurrente, y así lo razona en el FD1º, donde describe las conductas intervinientes en la generación de los daños, de un lado, la conducta de la AP, que desde el momento en que seleccionó el proyecto, generó una expectativa de derecho a favor de la recurrente, que confió fundadamente en que desplegaría la actividad necesaria para ofertar la concesión definitiva en los términos previamente aprobados, no siendo así, y de otro lado, la conducta de la propia entidad recurrente en la instancia, que respaldada por la expectativa real de negocio que le generó la conducta de la AP, desplegó una actividad comercial más allá de lo que le era exigible, que agravó los daños ocasionados. El TS en cambio insiste en que el Consejo de Administración de la AP no "aprobó el proyecto seleccionado", ni tampoco "reconoció a "EMPRESA X" como la EMPRESA X la que se otorgaría la correspondiente concesión administrativa", sino que la SPPEP seleccionó inicialmente el proyecto de la entidad recurrente entre otras empresas interesadas y acordó proponer a la AP que dicha empresa "sea la seleccionada para que solicite la concesión sobre los muelles 1 y 2", y en consecuencia con dicha selección, la empresa "EMPRESA X" solicitó a la AP la concesión administrativa para la ocupación y explotación.

actuación administrativa en el procedimiento, en el que por las decisiones que se han adoptado, existe la creencia racional y fundada en que la decisión definitiva, la resolución, tendrá un determinado sentido para el ciudadano que, en esa creencia, ha realizado unos gastos y generado unas expectativas.

Ese elemento psicológico de la confianza legítima se erige en elemento esencial de la institución y al respecto la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la sentencia de 3 de julio de 2012 (recurso 6558/2010), viene insistiendo en que "... *La protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella "confianza" sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes...*"³.

La STS no pudo afirmar la presencia de esos signos externos suficientemente concluyentes, o esas garantías concretas, procedentes de la Administración demandada, y ello porque (según la propia Sentencia):

- La selección del proyecto no fue efectuada por la AP, que es la única Administración contra la que la entidad recurrente dirigió su recurso, sino por la SPPEP. En las deliberaciones del Consejo de Administración quedó claro que el propósito de los consejeros fue el ofrecimiento a todas las empresas que habían mostrado interés para que presentaran sus propuestas, al objeto de que la SPPEP pudiera, tras un estudio detallado, determinar cuál o cuáles resultaban más interesantes, a fin de proponer a la autoridad portuaria "*la iniciación del procedimiento de otorgamiento de la concesión o concesiones administrativas correspondientes*", y efectivamente la SPPEP advirtió en el documento base de convocatoria para la elaboración de las propuestas por los interesados, que la selección del Proyecto tenía el alcance de su presentación a la AP, y nuevamente reiteró la SPPEP, en el acuerdo adoptado el 23 de marzo de 2000, que la selección del Proyecto tenía el alcance de proponerlo al Consejo de Administración de la AP, que era la Administración competente para adoptar la decisión de otorgar la concesión.
- La AP demandada, en el acuerdo de su Consejo de Administración (...) dejó claro que fue informada de la propuesta de SPPEP y delegó en su Presidente para formular y tramitar las modificaciones del Plan Especial del Puerto, de acuerdo con la legislación urbanística, sin que adoptara acuerdo alguno del que pueda deducirse la aprobación del proyecto.
- La entidad demandante no tuvo ninguna duda de que la selección de su proyecto por la SPPEP no suponía el otorgamiento de la concesión, como se deduce de forma evidente de sus propios actos, en particular de su solicitud a la AP de la concesión administrativa para la ocupación y explotación de los Muelles nº 1 y 2 del Puerto, al amparo del artículo 56 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Costas, efectuada en escrito de 6 de octubre de 2000.

Insiste por ello la STS en que no existen signos externos concluyentes, ni garantías concretas de la AP de la concesión administrativa solicitada, sino al contrario, muy pronto se hizo ver a la entidad recurrente las dificultades que impedían la tramitación del procedimiento de otorgamiento de la concesión, derivadas de las necesarias modificaciones del Plan Especial del Puerto, cuya aprobación correspondía al Ayuntamiento de esa ciudad; y la entidad recurrente, conoció las dificultades que enfrentó la aprobación del referido plan, como resulta de sus propios escritos (parte de los cuales se transcribe).

³ En términos similares se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como resulta de las sentencias de 17 de marzo de 2011 (asunto C-221/2009, apartado 72), 14 de marzo de 2013 (asunto C-545/2011, apartado 25) y 18 de junio de 2013 (asunto C-681/2011, apartado 41), que establece que "*nadie puede invocar la violación del principio de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas.*"

Por ello concluye la STS que no existe en las actuaciones ningún sustrato fáctico que permita sostener que la AP demandada ofreciera signos externos suficientemente concluyentes o diera garantías concretas a la parte recurrente sobre el otorgamiento de la concesión para la explotación de los Muelles 1 y 2 del Puerto, (conclusión que entiende presente en la misma sentencia recurrida).

Por ello no se aprecia la quiebra del principio de confianza legítima, que es el presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la AP declarada por la sentencia impugnada, y por ello falta el nexo causal entre el daño cuya reparación pretende la entidad recurrente y la actuación de la AP, requisito básico en el artículo 139.1 LRJPAC para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial, que exige la existencia de un daño imputable, en relación de causa a efecto, al funcionamiento del servicio, que permite atribuir la responsabilidad de su reparación a la Administración.

A este motivo de estimación añade otro, derivado de la infracción de la doctrina jurisprudencial de la Sala en materia del derecho a indemnización que genera una solicitud de concesión.

Señala al respecto que la Sala ha declarado, en sentencia de 2 de junio de 2010 (recurso 4124/2007), que la mera presentación de una solicitud de concesión no atribuye a sus signatarios el derecho a ser indemnizados, caso de que no se acceda a ella, y en similar sentido, la sentencia de 2 de noviembre de 2010 (recurso 5215/2006), añade que el solicitante de una concesión no es titular de un derecho a obtener la concesión solicitada, de donde se sigue que *"quien no consigue aquello a lo que no tiene derecho no sufre -por el mero hecho de no conseguirlo- un daño...y ello porque, al no exigir la ley que se otorgue al particular lo solicitado, la eventual lesión económica derivada de la denegación no podrá ser calificada de antijurídica..."*

Por todo lo anterior entiende la STS que la inexistencia de quiebra de la confianza legítima, y la falta del requisito de relación causal entre el daño reclamado y la actuación de la Administración demandada, determinan que no quepa imputar a la AP la responsabilidad de reparación de los daños, y con condena en costas a "EMPRESA X" (por no haber lugar al recurso de casación, aunque limitando a 4.000 € el importe máximo a reclamar por todos los conceptos), falló que:

- Había lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Portuaria contra la sentencia de 28 de junio de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, que por tanto se anula.
- No había lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "EMPRESA X", S.L. contra la sentencia de 28 de junio de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.
- Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "EMPRESA X", S.L. contra la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, de 30 de mayo de 2006, desestimatoria de la reclamación de indemnización de daños y perjuicios.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.