



Roj: **STS 4013/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4013**

Id Cendoj: **28079130042020100314**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **03/12/2020**

Nº de Recurso: **578/2019**

Nº de Resolución: **1666/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4054/2018,**
ATS 10479/2019,
STS 4013/2020,
AATS 427/2021,
AATS 429/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.666/2020

Fecha de sentencia: 03/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 578/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/11/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 578/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1666/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 3 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-578/2019, interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2018 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso contencioso-administrativo nº 570/2016 interpuesto por NEOPISTAS S.A.U., contra tres resoluciones de 5 de agosto de 2016 del Ministerio de Fomento.

Han sido partes recurridas NEOPISTAS, S.A.U. y HAITONG BANK, S.A., representadas respectivamente por las procuradoras doña Inés Tascón Herrero y Doña Adela Cano Lantero.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el procedimiento contencioso-administrativo número 570/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 15 de octubre de 2018, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de NEOPISTAS, S.A.U., en liquidación, contra tres resoluciones del Ministerio de Fomento de fecha 5 de agosto de 2016 descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales anulamos por no ser conformes a Derecho. Y declaramos que procede la resolución de los contratos de concesión litigiosos desde la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores de NEOPISTAS, así como la improcedencia de la incautación de las garantías. Con condena en costas a la Administración demandada."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 10 de enero de 2019 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 4 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero.- admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 15 de octubre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en procedimiento ordinario 570/2016.

Segundo.- Precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es: si en casos de concursos de contratistas, la única causa de resolución aplicable sería la apertura de la fase de liquidación del concurso, o si, por el contrario, deben aplicarse otras causas que sean anteriores en el tiempo y persistan en el momento en que se abra la fase de liquidación, en especial el incumplimiento continuado del contrato.

Tercero.- Identificamos como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en los artículos 111 y 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y el artículo 111 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la ley de contratos, en relación con el artículo 43 de dicha ley. Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de instancia la decisión adoptada en este auto.



Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2019, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Abogado del Estado por escrito de fecha 13 de diciembre de 2019, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPLICO: "dicte sentencia por el que estimándolo case la sentencia recurrida, dictándose nuevo fallo por el que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto en la instancia."

QUINTO.- Por providencia de 18 de diciembre de 2019, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas a fin de que, en el plazo común de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de NEOPISTAS, SAU en escrito de 7 de febrero de 2020, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, terminó suplicando se desestime íntegramente el recurso.

Asimismo, la representación procesal HAITONG se opone al recurso mediante escrito de 7 de febrero de 2020, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando se desestime el recurso con imposición de costas a la Administración recurrente.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 23 de septiembre de 2020 se señala este recurso para votación y fallo el día 24 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia estimatoria de 15 de octubre de 2018, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en procedimiento ordinario 570/2016 deducido por la representación de NEOPISTAS S.A.U. en liquidación contra resoluciones dictadas por el Ministro de Fomento el de 5 de agosto de 2016, por la que se acuerda la resolución del contrato para la construcción y explotación del Área de Servicio de Alberique (Valencia), la incautación de la garantía definitiva por importe de 144.242,90 euros y la iniciación de un expediente para la determinación de los eventuales daños y perjuicios que pudiesen ser exigidos; Resolución de 5 de agosto de 2016, por la que se acuerda la resolución del contrato para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz (Lugo), la incautación de la garantía definitiva por importe de 145.226,76 euros y la iniciación de un expediente para la determinación de los eventuales daños y perjuicios que pudiesen ser exigidos; Resolución de 5 de agosto de 2016, por la que se acuerda la resolución del contrato para la construcción y explotación del Área de Servicio de Valdáliga (Cantabria), la incautación de la garantía definitiva por importe de 197.235,51 euros y la iniciación de un expediente para la determinación de los eventuales daños y perjuicios que pudiesen ser exigidos.

La sentencia (completa en cendoj Roj. SAN 4054/2018 - ECLI: ES.AN:2018:4054) identifica la Resoluciones recurridas en su PRIMER fundamento mientras en los SEGUNDO Y TERCERO refleja La posición de la demandante y la oposición del Abogado del Estado.

En el FJ CUARTO se remite a otra, dictada por la misma Sala y Sección de fecha 22 de enero de 2018, " *en relación con el fondo del asunto, y por unidad de criterio dada la identidad sustancial de las pretensiones litigiosas y de las partes en ambos recursos, procede resolver en el mismo sentido en que se hizo en la sentencia dictada en el recurso 579/2016, aunque dicha sentencia haya sido recurrida en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo*". Debemos añadir nosotros que dicho recurso fue inadmitido por providencia de 13 de septiembre de 2018 por no haber fundamentado que concurra alguno de los supuestos que permiten apreciar el interés casacional objetivo.

La sentencia reproduce literalmente los fundamentos de la citada sentencia de 22 de enero de 2018 e interpreta los artículos 111 y 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y artículos 265 y 266 de su reglamento. Es de destacar su aserto sobre que " *resulta de los anteriores preceptos que la declaración en concurso de acreedores de la concesionaria da lugar "siempre" a la resolución del contrato. Mientras que el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales es potestad de la Administración el ejercicio o no del derecho a resolver el contrato*"..... " *en el momento en que la Administración optó por primera vez por ejercitar su potestad de resolver el contrato, diciembre de 2014, habían pasado cerca de seis años desde que se había producido el incumplimiento, por la concesionaria, de su obligación de presentar el proyecto y, tras su aprobación, comenzar las obras desde septiembre de 2010 la concesionaria iba poniendo en conocimiento de la Administración contratante sus dificultades económicas para ejecutar otros contratos de concesión adjudicados años antes*



del que es objeto de este recurso, solicitando medidas de reequilibrio económico de las concesiones. Con fecha 12 de marzo de 2012, NEOPISTAS instó de la Administración la resolución por mutuo acuerdo de este contrato, cuando habían transcurrido más de cuatro años desde la adjudicación. Desestimada tal petición por silencio administrativo, solo se opta por iniciar procedimiento de resolución del contrato cuando la concesionaria ya había sido declarada en concurso y ya se había iniciado la fase de liquidación. Por tanto, en el inicio del primer procedimiento -que ningún efecto ha desplegado, pues se declaró caducado- se había producido causa de resolución del contrato que no era optativa para la Administración, conforme con los artículos 112.2 y 265.2 TRLCAP. Hemos de concluir, pues, que el procedimiento para la resolución del contrato debió iniciarse por la causa establecida en los artículos 111.b) y 264.b) TRLCAP. .La incautación de la garantía definitiva, como hemos visto, es consecuencia aneja, accesoria y en principio inseparable de la resolución contractual, cuando se produce por incumplimiento del contratista. Y, si bien en el presente caso se ha producido un claro incumplimiento por parte de la contratista de sus obligaciones contractuales, es lo cierto que, tal como se han desarrollado las actuaciones por parte de la Administración, ese incumplimiento no es que determina la resolución del contrato".

En relación a la incautación de la garantía, razona: "Y, dicho esto, hemos de estimar la última de las pretensiones deducidas en la demanda, pues la incautación de la garantía definitiva, como hemos visto, es consecuencia aneja, accesoria y en principio inseparable de la resolución contractual, cuando se produce por incumplimiento del contratista. Y, si bien en el presente caso se ha producido un claro incumplimiento por parte de la contratista de sus obligaciones contractuales, es lo cierto que, tal como se han desarrollado las actuaciones por parte de la Administración, ese incumplimiento no es que determina la resolución del contrato. Ese incumplimiento, existente y acreditado, pudo, efectivamente, haber sido la causa de la resolución del contrato, pero la Administración optó por no ejercitar su derecho a tal fin. Y cuando inició su actuación tendente a la resolución del contrato ya se había producido otra causa determinante de la resolución, cuya apreciación no era optativa para la Administración. La cual no conlleva la incautación de la garantía, salvo que el concurso se hubiera calificado como culpable o fraudulento, conforme con lo dispuesto en el art. 111 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ."

SEGUNDO.- La cuestión sometida a interés casacional en ATS 4 de octubre de 2019

Precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es: si en casos de concursos de contratistas, la única causa de resolución aplicable sería la apertura de la fase de liquidación del concurso, o si, por el contrario, deben aplicarse otras causas que sean anteriores en el tiempo y persistan en el momento en que se abra la fase de liquidación, en especial el incumplimiento continuado del contrato.

Identifica como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en los artículos 111 y 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y el artículo 111 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la ley de contratos, en relación con el artículo 43 de dicha ley. Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere

TERCERO.- El recurso de casación del Abogado del Estado.

Invoca quebranto de los artículos 111 y 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, sobre resolución de los contratos y en lo relativo a la incautación de la garantía, el artículo 111 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la ley de contratos, en relación con el artículo 43 de dicha ley.

Considera que la redacción de estos preceptos derogados, siguen vigentes en el artículo 211 de la ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público en el que, se mantiene la dicción, añadiendo que 2. En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo, lo que no ha impedido la admisión del recurso de casación, que conserva todo el interés objetivo al mantenerse la necesidad de determinar si la causa de resolución aparecida con prioridad en el tiempo, debe prevalecer sobre la posterior consistente en la apertura de la fase de liquidación del concurso.

Considera que la sentencia recurrida ha infringido los citados preceptos en cuanto que:

a) Otorga preferencia a una causa de resolución que aparece en el tiempo con posterioridad al incumplimiento del contratista, constante y persistente, desde el inicio del contrato, para garantía precisamente se constituyó la garantía.

La sentencia confunde la obligación de resolver en caso de apertura de la fase de liquidación, con una pretendida obligación de aplicar prioritariamente y precisamente esa causa de resolución y no otras que hayan podido intervenir antes y que se mantienen.



Alega que el artículo 112 de la LCAP establece que la apertura de la fase de liquidación "originará siempre la resolución del contrato"; pero una cosa es que el contrato deba resolverse obligatoriamente al estar la empresa contratista en liquidación y otra distinta que la causa de resolución tenga que ser "obligatoriamente" la declaración de concurso, pese a que en ese momento concurren las circunstancias para declarar extinguido el contrato también por otras causas que, además, hubieran aparecido antes en el tiempo.

De tal modo que se reconoce una implicación del artículo 112 de la LCAP que no deriva necesariamente de la misma. El precepto impone, en efecto, que el contrato se dé por resuelto, pero no señala una prioridad de las causas de resolución.

b) Por otra parte, la sentencia recurrida obliga a devolver la garantía definitiva por el solo hecho de que el concurso de acreedores haya sido declarado fortuito, efecto que no se deriva del artículo 111 del RCAP.

Es decir, a la vez que la sentencia admite el hecho de que la Administración contratante tiene iniciado un expediente para penalizar por retraso al contratista, pero no permite incautar la garantía definitiva para hacer efectiva esa penalización, lo que contraviene el artículo 47 de la LCAP.

El efecto que produce la doctrina de la sentencia recurrida es que, por la apertura de la fase de liquidación del concurso, el contratista quedaría exonerado y de responder por los incumplimientos previos del contrato.

De acuerdo con la doctrina tradicional del Consejo de Estado, expresada en numerosos dictámenes -ej. dictámenes números 37.688, de 14 de julio de 1971, 681/2009, de 21 de mayo, 13.711/2012, de 24 de enero de 2013, 181/2016, así como en el emitido en el expediente-, la resolución de un contrato procede al acaecer el evento previsto por la Ley, siendo irrelevantes las causas que sobrevenga y cuando concurren varias causas de resolución se aplicará la primera que apareciera en el tiempo.

El propio Tribunal Supremo ha declarado "obiter dicta" en Sentencia de 9 de enero de 2012 (recurso de casación número 1523/2009) que "la primera causa de resolución en el tiempo fue la paralización de las obras, por lo que debió de aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido prime-ro desde el punto de vista cronológico", lo que respalda el criterio de prioridad temporal que se postula.

Concluye que la norma posterior sigue presentando el margen interpretativo en el que se sitúa el interés casacional del presente recurso pues el Art. 211 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) que en lo demás contiene una dicción análoga al invocado Art. 112.

Defiende que la causa del incumplimiento aparecida con prioridad en el tiempo pero todavía no declarada, debe prevalecer una vez iniciada la fase de liquidación del concurso.

CUARTO.- *La oposición de la representación de NEOPISTA SA.*

Alega que las áreas de servicio están operativas mas la empresa se declaró en concurso por ser deficitarias al cambiar los hábitos sociales respecto a las mismas.

Aduce que en 2010 intereso reequilibrio económico financiero que fue denegado lo mismo que en 2012 por lo que posteriormente interesó concurso de acreedores que fue declarado fortuito por auto del juzgado de lo mercantil 10 de Madrid de 8 de abril de 2015.

Indica que el Ministerio de Fomento permitió durante varios años la continuación de los tres contratos a pesar del impago de determinados cánones y, sólo cuando ya habían transcurrido casi dos años más desde que el Juzgado de lo Mercantil había ordenado la apertura de la fase de liquidación del concurso fortuito de NEOPISTAS, que determinó que los contratos se entendieran resueltos, despertó de su pasividad y decidió entonces resolverlos basándose en tal impago, desobedeciendo con ello los efectos de la apertura de la fase de liquidación ordenada judicialmente mucho tiempo antes.

Recalca que ese incumplimiento tolerado por parte de la Administración durante años es, por consiguiente, la circunstancia que directamente explica que se llegase a la situación objeto de discusión en la instancia y, sin embargo, es la única a la que el escrito de interposición al que se opone omite deliberadamente realizar referencia alguna.

Dados tales antecedentes reputa conforme a derecho la sentencia de instancia.

Resalta que el recurso omite del debate que, cuando el Juzgado de lo Mercantil ordenó la apertura de la fase de liquidación, quedando con ello resuelto el contrato *ope legis*, el Ministerio de Fomento no había incoado aún expediente de resolución culpable alguno, por lo que su pasividad frente al impago de determinados cánones por NEOPISTAS es, el hecho que realmente determinó que se llegase a la situación descrita y que luego la



Administración pretendió revertir extemporáneamente mediante las Resoluciones anuladas por la Sala de instancia.

Mantiene que, a diferencia de lo que estableció para el resto de causas de resolución, el legislador quiso que, producida la apertura de la fase de liquidación, el contrato se entendiera automáticamente resuelto por esa específica causa y no por ninguna otra, y de ahí que ni la configurase como potestativa ni facultase en forma alguna a la Administración para llevar a cabo a partir de entonces otra actuación que no fuera realizar lo conducente a la liquidación del contrato.

Defiende que, declarada judicialmente la apertura de la fase de liquidación, ni queda ni puede quedar a la voluntad de la Administración acatarla o no, ni, por ende, se le permite estar a otra causa de resolución que, aunque pudiera haber surgido antes, no hubiera dado lugar hasta entonces a la incoación de expediente de resolución alguno.

Así, por lo demás, se desprende del criterio aplicado en reiteradas ocasiones por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como, por ejemplo, en su Sentencia 3/2016, de 5 de diciembre (CJ 6/2016). En similares términos, la Sentencia 5/2016, de 15 de diciembre (CJ 5/2016). Y el mismo criterio mantuvo dicho Tribunal, en fin, en la Sentencia 3/2017, de 12 de julio (CJ 1/2017).

No cabe oponer, como pretende el escrito de interposición en sus párrafos finales, que la nueva Ley de Contratos del Sector Público establece la regla de que, cuando concurren diversas causas de resolución se atenderá a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo, pues, desde el momento en el que dicha ley, por respeto a la legislación concursal, sigue confiriendo carácter obligatorio a la causa de resolución representada por la apertura de la fase de liquidación del concurso (art. 212.2), distinguiéndola así del resto de causas, es claro que esa regla general se encuentra prevista para los casos en los que concurren diversas causas potestativas, pero no una causa que es de aplicación obligatoria y respecto de la cual la Administración carece de toda potestad para decidir aplicarla o no.

QUINTO.- *La oposición de Haitong, Bank, S.A.*

Desarrolla una argumentación similar a la otra parte recurrida.

Insiste en que no puede aceptarse que resulte de aplicación una causa de resolución preexistente en aquellos casos en que la Administración contratante no ejerció su potestad de resolver incoando el correspondiente expediente mientras pudo y acaba sobreviniendo una causa de resolución que se impone *ope legis*, como es la apertura de la fase de liquidación de la concesionaria.

Recalca que la ejecución de la garantía no es posible debido a la vinculación de este efecto con la causa de resolución aplicable, y atendiendo a que el concurso fue declarado fortuito.

SEXTO.- *La posición de la Sala ha sido expresada en STS de...noviembre de 2020, casación 1861/2019, cuyo criterio se sigue en unidad de doctrina y seguridad jurídica.*

Tanto la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en los autos de que trae causa el presente recurso de casación como la dictada en los autos antecedente del recurso de casación 1861/2019 hacen mención al mismo precedente de la Sala de instancia, esto es la SAN de 22 de enero de 2018, recurso contencioso administrativo 579/2016, razón por la que expresan similar argumentación. Aquella sentencia devino firme al inadmitirse mediante providencia de 13 de septiembre de 2018 el recurso de casación 2702/2018 preparado por el Abogado del Estado.

Otro aspecto común en ambos recursos de casación, 1861/2019 y 578/2019 es la presencia de Haitong Bank SA como parte recurrida en ambos recursos si bien el presente recurso tiene también como parte recurrida a la administración concursal de Neopistas SA (actora en instancia) que si bien también figura como concesionaria en el recurso del que trae causa la casación 1861/2019 no consta como parte recurrida en el mencionado recurso.

Así en los FJ quinto y sexto de la STS de 3 de diciembre 2020, casación 1861/2019 se ha dicho:

" QUINTO.- JUICIO DE LA SALA

1. Al contrato de autos es aplicable al caso el TRLCAP, norma ya derogada y que preveía como causas de resolución la declaración de concurso del contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales distintas de las que regulaba previamente [artículo 111.b) y g) del TRLCAP]. A su vez se preveía que si en el concurso se ha procedido a la apertura de la fase de liquidación, la resolución es imperativa a diferencia de si procede por incumplimiento del contratista (cfr. artículo 112.1 y 2 TRLCAP); o si en el concurso no se hubiera abierto la fase de liquidación, la Administración podía decidir su continuación pero previa garantía (artículo 112.7 TRLCAP).



2. Esta regulación se mantiene en la normativa posterior, esto es, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en el texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo el panorama cambia con la vigente LCSP 2017 antes citada, en cuyo artículo 212.5 la declaración de concurso como causa de resolución pasa a ser siempre de apreciación potestativa, sin referencia a la fase de liquidación, por lo que se generaliza que la Administración opte por la continuación del contrato si lo aconsejan razones de interés público, previa prestación por el contratista de garantías adicionales.

3. Dicho lo anterior, la declaración de concurso como causa de resolución responde a la tutela del interés público que satisface el contrato, cuando el contratista pierde el presupuesto de solvencia exigible para concurrir y seguir cumpliendo con su prestación; ahora bien, esto no quitaba para que pudiese continuar ejecutándolo, a juicio de la Administración previa garantía (cf. artículo 112.7 TRLCAP). Por tanto que en el TRLCAP -hasta la vigente LCSP 2017, artículo 213.3)-, fuese imperativo resolver el contrato una vez abierta la fase de liquidación, obedecía a que a partir de ese momento ya no cabía seguir con la ejecución del contrato por razón de las consecuencias de la liquidación en la personalidad del concursado y en su patrimonio.

4. Esa imperatividad tenía su lógica de concurrir sólo esa causa de resolución y de haberse abierto la fase de liquidación, luego lo que se enervaba era la potestad de la Administración de optar entre resolver o mantener la ejecución del contrato si sólo hubiese declaración de concurso. Ahora bien, cosa distinta es que concurriese con una situación de incumplimiento esencial y persistente del contrato, en particular su inejecución, luego la finalidad buscada con la resolución imperativa carecía ya de virtualidad: si el incumplimiento del contrato supuso que se inejecutase, no tenía sentido considerar si procedía mantener o no su ejecución ni, desde luego, tenía ya virtualidad práctica imponer la resolución.

5. Lo dicho exigía, no obstante, ponderar caso a caso cuál de las causas de resolución debía prevalecer, lo que lleva a valorar respecto del incumplimiento qué se estipuló en las cláusulas, qué circunstancias concurrían, la entidad, y alcance del incumplimiento o la reacción del contratista ante las dificultades de ejecutar el contrato.

6. Ese juicio de proporcionalidad revestía interés respecto de la incautación de la garantía definitiva. Así, de declararse el concurso culpable o fraudulento procede siempre tal incautación (artículo 111 RGLCAP) regla que no rige si se califica como fortuito; por el contrario, si la resolución es por incumplimiento de obligaciones esenciales, al pronunciamiento exigible ex artículo 113.5 del TRLCAP, se añade un juicio valorativo en el que debe precisarse si el incumplimiento del contratista es culpable (artículo 113.4 del TRLCAP).

7. A estos efectos añádase que en caso de concurso la apreciación de tal causa y, en especial su calificación, depende de una decisión extracontractual, del juez del concurso y atendiendo a la situación global del contratista. Por el contrario el juicio sobre si el incumplimiento es esencial y, además, culpable, implica ya una situación patológica en la concreta relación contractual apreciada por la Administración sin depender de lo decidido en sede concursal, ponderando las circunstancias y el interés público en la ejecución del contrato (cf. artículos 62.2 y 67.1 de la Ley Concursal).

8. Finalmente la Abogacía del Estado apoya su tesis en el artículo 211.2 de la LCSP 2017, que prevé que de concurrir " *diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo* " , precepto que recoge de manera literal la doctrina del Consejo de Estado (vgr. dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985). Ciertamente esta novedad encaja más bien con otra: la supresión de la imperatividad de la resolución si el concurso está en fase de ejecución (cf. artículo 213.3); pero no deja de ser ilustrativa cuando en las circunstancias expuestas en este Fundamento de Derecho, cabe ponderar qué causa de resolución prevalece.

SEXTO.- ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Expuesto lo razonado en el anterior Fundamento, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA sobre la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, se concluye que en caso de haber sido declarado en concurso del contratista, con apertura de la fase de liquidación, si tal causa de resolución concurre con el incumplimiento culpable del contratista como causa de resolución anterior y que persiste, cabe apreciar que procede resolver por esta segunda causa. Y aplicada al caso lleva a la estimación del recurso de casación toda vez que la sentencia de instancia sostiene que, mediando la declaración de concurso y una vez abierta la fase de liquidación, sólo cabe apreciar esa causa de resolución.

2. A estos efectos y resolviendo las cuestiones planteadas en la instancia, debe añadirse que la propia sentencia impugnada -así como la parte recurrida- basa su decisión estimatoria sólo en el carácter imperativo de la resolución en caso de concurso una vez abierta la fase de liquidación, si bien declara expresamente que " *hubo un claro incumplimiento del contratista* " anterior a su declaración del concurso y a la apertura de la fase de liquidación. No consta que en su día NEOPISTAS SAU hubiese impugnado ni la negativa de la Administración



de su solicitud de mantener el equilibrio financiero, ni a la solicitud de resolución del contrato, lo que llevaría a juzgar la realidad del incumplimiento atribuible al contratista."

Lo acabado de reflejar resulta también aquí aplicable por respeto a los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica al no existir elementos que contravengan tal razonamiento.

Se acaba de exponer que no consta que la concesionaria hubiere impugnado la denegación del equilibrio financiero.

Y en el caso aquí examinado manifiesta Neopistas SAU al oponerse al recurso de casación que en licitaciones recientes el Ministerio de Fomento aplica cánones treinta veces inferiores al aquí concernido y que solicitó tal reequilibrio en septiembre de 2010 y marzo de 2012 que fueron rechazados por lo que acabó en concurso de acreedores en 2014.

No es este el momento para examinar la cuantía de los cánones fijados en unas y otras explotaciones.

Estamos en situación análoga a la descrita en el precedente recurso de casación 1861/2019 respecto a la realidad del incumplimiento atribuible al contratista que pudiendo impugnar la negativa al reequilibrio económico no lo hizo, mas dejó de satisfacer los cánones pactados.

En consecuencia, también aquí se estima el recurso de casación y se desestima el recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4, de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En cuanto a las de la instancia se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de instancia (artículo 93.4 en relación con el artículo 139.1 de la LJCA).

FALLO

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

PRIMERO.- Se estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de 15 de octubre de 2018, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo 570/2016, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de NEOPISTAS S.A.U. contra las tres resoluciones de 5 de agosto de 2016 del Ministerio de Fomento, que se confirman por ser conformes a Derecho.

TERCERO.- Se fija como doctrina lo reflejado en el Fundamento de Derecho Sexto.

CUARTO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.