



Roj: **STS 859/2022 - ECLI:ES:TS:2022:859**

Id Cendoj: **28079130032022100049**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/03/2022**

Nº de Recurso: **4599/2019**

Nº de Resolución: **295/2022**

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

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1930/2019,**  
**ATS 4608/2021,**  
**STS 859/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 295/2022**

Fecha de sentencia: 08/03/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4599/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4599/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 295/2022**

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 8 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4599/2019, interpuesto por la Administración del Estado, que ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de 7 de mayo de 2019, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 495/2017, contra la resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, de fecha 10 de marzo de 2017, desestimatoria del recurso de reposición contra la resolución de fecha 5 de agosto de 2016, por la que se acordó resolver el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz (Lugo), se dispone la incautación de la garantía definitiva por importe de 145.226,76 euros, por incumplimiento del abono del canon concesional y se acuerda iniciar expediente para la determinación de los eventuales daños y perjuicios.

En el recurso de casación ha intervenido como parte recurrida Haitong Investment Ireland Public Limited Company, representado por la procuradora Dña. Adela Cano Lantero, con la asistencia letrada de D. David Antón Vega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia de 7 de mayo de 2019 con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"PRIMERO.- ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de "HAITONG INVESTMENT IRELAND PUBLIC LIMITED COMPANY" frente a Resolución del Ministerio de Fomento de 10 de marzo de 2017, desestimatoria del recurso de reposición deducido respecto de la resolución del mismo Departamento ministerial de 05 de agosto de 2016, sobre resolución de contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz. Y en consecuencia, anulamos las mencionadas resoluciones administrativas, por contrarias a Derecho y, en su lugar, declaramos que procede la resolución del referido contrato de concesión desde la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores de la concesionaria, y declaramos la improcedencia de la incautación de garantía. SEGUNDO.- Con imposición, a la Administración demandada, de las costas procesales causadas en esta instancia. TERCERO.- Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma puede prepararse recurso de casación ante esta Sección, mediante escrito en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción ex Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el interés casacional objetivo que el recurso preparado presenta. Habiendo de realizarse la presentación de dicho escrito en el plazo de 30 días, a contar desde el siguiente al de su notificación, y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo."

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentó escrito por el abogado del Estado, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 24 de junio de 2019 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 25 de marzo de 2021, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

"Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 7 de mayo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en recurso 495/2017.

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si, en casos de concursos de contratistas, la única causa de resolución aplicable sería la apertura de la fase de liquidación del concurso, (en su caso), 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.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos, son los artículos 111, 112 y 43 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 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

**CUARTO.-** Por el abogado del Estado, se presentó, en fecha 19 de mayo de 2021, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó, en síntesis, que la disposición del artículo 112 de la LCAP, que establece que la apertura de la fase de liquidación originará siempre la resolución del contrato, no puede interpretarse en el sentido de que la causa de resolución haya de ser obligatoriamente la declaración de concurso, si en ese momento concurren otras causas para declarar extinguido el contrato, y como establece la norma posterior, el artículo 211.2 de la Ley 9/2017, 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.

Finalizó el abogado del Estado su escrito de interposición solicitando a la Sala que dicte sentencia declarando haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas al recurrido.

**QUINTO.-** Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación de Haitong Investment Ireland Public Limited Company por escrito de 6 de julio de 2021, en el que alegó: i) el TRLCAP es la norma aplicable (*lex contractus*), que contiene su propio régimen de resolución contractual y la Administración contratante no incoó ningún expediente por incumplimiento previamente a la apertura de la fase de liquidación de la concesionaria; en este apartado la parte recurrida señala que este recurso presenta diferencias con dos sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que han resuelto recursos similares, tanto de carácter fáctico, ya que el Ministerio nunca llegó a incoar un procedimiento de resolución por incumplimiento culpable antes de la apertura de la fase de liquidación, como de carácter jurídico, pues en este caso los contratos se rigen por el TRLCAP y no por la LCSP; ii) 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*, de conformidad con el TRLCAP (*lex contractus*), como es la apertura de la fase de liquidación de la concesionaria; y iii) la ejecución de la garantía no es posible debido a la vinculación de este efecto con la causa de resolución aplicable, bajo la *lex contractus* (TRLCAP), y atendiendo a que el concurso fue declarado fortuito.

Propuso la parte recurrida que en respuesta a la cuestión de interés casacional se declare que, en los casos en que, resultando de aplicación del TRLCAP, se declare la apertura de la fase de liquidación, la única causa de resolución aplicable sea ésta, aunque se constate, como en el presente caso, que previamente la Administración contratante no ejerció sus potestades al no incoar ningún expediente de resolución por otras causas, entre ellas el incumplimiento, que hubieran podido aparecer previamente, e incluso aunque persistieren en el momento en que se abrió la fase de liquidación.

En el suplico de su escrito de oposición, la parte recurrida solicitó a la Sala que desestime el recurso de casación en todos sus extremos, con imposición de costas a la Administración recurrente.

**SEXTO.-** Por providencia de 7 de septiembre de 2021 se dispuso, de conformidad al acuerdo de fecha 6 de abril de 2021 del Excmo. Sr. Presidente de la Sala, que pasaran las actuaciones del presente recurso a esta Sección Tercera para continuar su sustanciación.

**SÉPTIMO.-** Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 22 de febrero de 2022, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- La sentencia impugnada.

1.- Se interpone por la abogacía del Estado recurso de casación contra la sentencia de 7 de mayo de 2019, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso contencioso administrativo promovido por la representación de Haitong Investment Ireland Public Limited Company, ahora parte recurrida, frente a la resolución del Ministerio de Fomento, de 10 de marzo de 2017, desestimatoria del recurso de reposición deducido respecto de la resolución del mismo Departamento ministerial de 5 de agosto de 2016, sobre resolución de contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz (Lugo), anuló las mencionadas resoluciones



administrativas por contrarias a derecho y, en su lugar, declaró que procedía la resolución del referido contrato de concesión desde la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores de la concesionaria y la improcedencia de la incautación de la garantía, con imposición a la Administración demandada de las costas procesales causadas en esa instancia.

2.- La sentencia impugnada fijó los antecedentes de hecho de la resolución administrativa desestimatoria impugnada en la forma siguiente:

*"1. En fecha 31 de mayo de 2001, se adjudicó el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz (Lugo) a SACYR, S.A.*

*2. Con fecha 25 de noviembre de 2004, se autorizó la subrogación de los derechos y obligaciones dimanantes del citado contrato a favor de la mercantil NEOPISTAS, S.A.U. En fecha 14 de febrero de 2014, el Juzgado nº 10 de lo Mercantil de Madrid declara a NEOPISTAS, S.A.U, en concurso de acreedores voluntario (procedimiento nº 24/2014), dictando en fecha 13 de noviembre de 2014, Auto (557/2014) por el que se abre la fase de liquidación de la sociedad NEOPISTAS, S.A.U, declarándose su disolución.*

*3. En fecha 5 de agosto de 2016, el Secretario General de Infraestructuras, por delegación del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, acuerda resolver el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz (Lugo), incautar la garantía definitiva por importe de 145.226,76 Euros, por incumplimiento del abono del canon concesional, e iniciar expediente para la determinación de los eventuales daños y perjuicios ocasionados exigibles en los que excedan del importe de la garantía.*

*4. En fecha 9 de septiembre de 2016, D. Candido interpone en nombre y representación de HAITONG INVESTMENT IRELAND PLC, quien suscribió contrato de préstamo con NEOPISTAS, S.A.U, recurso de reposición, contra la resolución del Secretario General de Infraestructuras, de 5 de agosto de 2016, recurso en el que tras alegar lo que estima procedente en defensa de su pretensión, solicita la anulación de la citada resolución".*

3.- Además, a lo largo de su fundamentación jurídica, la sentencia impugnada también tiene acreditados los siguientes extremos: i) la impugnación en vía administrativa de la resolución del contrato de concesión por parte de Haitong Investment, obedecía a la relación jurídica que mantenía con la concesionaria Neopistas SAU, al tener constituida la recurrente a su favor una prenda sobre las cantidades resultantes de la liquidación de los contratos de concesión suscritos entre el Ministerio de Fomento y la indicada concesionaria (FD 1º), y ii) Existió un incumplimiento acreditado de las obligaciones esenciales por parte de la concesionaria, anterior a la declaración de concurso de acreedores e inicio de la fase de liquidación.

4.- La sentencia impugnada indica que Haitong Investment había impugnado ante la Sala de instancia tres resoluciones del Ministerio de Fomento, de la misma fecha 5 de agosto de 2016, sobre resolución por incumplimiento culpable de la concesionaria Neopistas SAU de los contratos de concesión de tres áreas de servicio de Alberique (P.O. 494/2017, finalizado por sentencia de 15 de marzo de 2019), Valdáliga (P.O. 496/2017, finalizado por sentencia de 17 de diciembre de 2018 y Guitiriz, al que se refiere este recurso de casación (P.O.495/2017, finalizado por la sentencia aquí impugnada) y, además, la concesionaria Neopistas SAU en liquidación también impugnó otras resoluciones del Ministerio de Fomento de la misma fecha que las anteriores, sobre resolución por incumplimiento culpable del contrato de concesión de áreas de servicio en el P.O. 579/2016, finalizado por sentencia de 22 de enero de 2018 y P.O. 570/2016, finalizado por sentencia de 15 de octubre de 2018.

A la vista de los anteriores antecedentes, la sentencia recurrida estimó que debía resolver el recurso contencioso administrativa en línea con lo resuelto por el mismo órgano jurisdiccional en los recursos anteriores 579/2016, 494/2017 y 496/2017, reproduciendo para ello los fundamentos de derecho de la sentencia dictada por la Sala el 22 de enero de 2018 (P.O. 579/2016).

5.- En sus razonamientos jurídicos, y siguiendo como se dice el criterio de las sentencias precedentes, la sentencia impugnada señaló, con cita de los artículos 111 y 113 del Real Decreto Legislativo 2/2000, que la declaración en concurso de acreedores de la concesionaria da lugar "siempre" a la resolución del contrato, mientras que en el caso de incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales, es potestad de la Administración el ejercicio o no de derecho a resolver el contrato.

En este caso, en la fecha de incoación del expediente en el que se acuerda la resolución, la sociedad concesionaria llevaba más de dos años en concurso de acreedores, y aunque la concesionaria había incurrido en incumplimientos anteriores a la apertura de la liquidación del concurso, no consta que la Administración iniciara un expediente de resolución por incumplimiento antes de dicha apertura de la fase de liquidación, de manera que la causa de resolución a aplicar preferentemente debe ser la apertura de la fase de liquidación, que opera imperativamente por ministerio de la ley ( artículo 112 TRLCAP).



Razona la Sala de instancia que *"no parece admisible, preexistiendo desde años antes causa de resolución del contrato, por incumplimiento -culpable o no- de las obligaciones esenciales por parte de la concesionaria, que otorgaba a la Administración la potestad de iniciar procedimiento de resolución, no lo hiciese sino después de producirse otra causa, la declaración de concurso de acreedores e inicio de la fase de liquidación, que determinaba ex lege la resolución del contrato. Y se acudiese a aquella causa inicial, que había sido obviada durante años..."*

Por ello, la sentencia impugnada concluyó que procedía estimar el recurso, declarando no conforme a derecho la resolución impugnada, que declaraba la resolución del contrato de referencia por incumplimiento culpable de la concesionaria y, por el contrario, declarar la procedencia de la resolución del contrato por la causa establecida en el apartado b) del artículo 111 y del artículo 264 TRLCPA, con la consecuencia de que no era procedente la incautación de la garantía, pues el Juzgado de lo Mercantil había declarado el concurso como fortuito y no culpable.

## **SEGUNDO.- La posición de la Sala.**

1.- Como hemos indicado, la sentencia impugnada siguió los criterios fijados en una serie de sentencias anteriores de la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en las que estimó los recursos interpuestos bien por la concesionaria Neopistas SAU en liquidación, bien por la acreedora pignoratícia Haitong Investment, de impugnación de distintas resoluciones del Ministerio de Fomento sobre resolución de contratos de concesión de obra pública para la construcción y explotación de diversas áreas de servicio, por incumplimiento culpable de la concesionaria Neopistas SAU de los contratos, y en particular, hemos citado entre las sentencias seguidas por la sentencia impugnada las dictadas en fechas 15 de octubre de 2018 (P.O. 570/2016) y 17 de diciembre de 2018 (P.O. 496/2017).

2.- Pues bien, la Sección 4ª de esta Sala, en sus sentencias 1653/2020 y 1666/2020, ambas de 3 de diciembre de 2020 (casaciones 1861/2019 y 578/2019), ha estimado los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado contra las dos últimas sentencias que acabamos de citar, cuyo criterio siguió la sentencia aquí impugnada, por lo que planteándose este recurso en los mismos términos a los dos precedentes resueltos por la Sala, debemos seguir ahora nuestros anteriores razonamientos, por razón de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley.

Decíamos en nuestra sentencia 1653/2020 en relación con las cuestiones que se plantean es este recurso de casación:

*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 inexecución, 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.

3.- Como hemos indicado en los antecedentes de hecho al resumir las alegaciones de las partes, la parte recurrida, que en la fecha de su escrito de oposición al recurso ya conocía el criterio de la Sala manifestado en las sentencias 1653/2020 y 1666/2020, ambas de 3 de diciembre de 2020, advierte que este recurso presenta diferencias con los casos resueltos en las dos sentencias que acabamos de citar, tanto de carácter fáctico, ya que el Ministerio nunca llegó a incoar un procedimiento de resolución por incumplimiento culpable antes de la apertura de la fase de liquidación, como de carácter jurídico, pues en este caso los contratos se rigen por el TRLCAP y no por la LCSP.

Sin embargo, tales alegaciones no pueden prosperar, pues en las sentencias que resuelven los recursos de casación precedente no existe referencia alguna a que el Ministerio de Transporte llegara a incoar un procedimiento por incumplimiento antes de la apertura de la fase de liquidación, sino al contrario, como se indica en la STS 1653/2020 (casación 186172019) , "en el caso de autos hubo un incumplimiento esencial por el contratista consistente en dejar de abonar los cánones concesionales desde el año 2011, lo que fue constatado por la Administración antes de la declaración de concurso el 4 de febrero de 2014 aunque el expediente de resolución fuera formalmente incoado en fecha posterior."

Tampoco puede compartirse que las sentencias precedentes de esta Sala aplicaran a los hechos por ellas enjuiciados una normativa distinta a la que resulta de aplicación en este recurso, que hemos tenido en cuenta y aplicado en este recurso, que constituye en marco de referencia de este recurso. En efecto, la STS 1653/2020 señala expresamente (FJ 5º.3, antes transcrito) que "Al contrato de autos es aplicable al caso el TRLCAP", y con estas iniciales la referida sentencia se está refiriendo según expresa en su FJ 1º.5. al "texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP)", que es la norma aplicable en este caso, como señala la propia parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso de casación (Fundamento 1º).

La cita que efectúa la STS 1653/2020 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) se efectúa no como la norma aplicable al caso, sino para indicar (FJ 5º.8) que "...la Abogacía del Estado apoya su tesis en el artículo 211.2 de la LCSP 2017, [...] precepto que recoge de manera literal la doctrina del Consejo de Estado"... y efectivamente, como es de ver en el dictamen del Consejo de Estado de 14 de abril de 2016 (expediente 179/2016), recaído en este asunto, el Consejo de Estado ha venido manteniendo en multitud de dictámenes, "desde el dictamen número 37.688, de 14 de julio de 1971 hasta el dictamen nº 681/2009, de 21 de mayo, por citar dos de ellos, alejados en el tiempo", que "cuando concurren varias causas de resolución se aplicará la primera que aparezca en el tiempo."

**TERCERO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional.**



La cuestión de interés casacional que delimitó el auto de admisión del presente recurso de casación, fue planteada en los mismos términos que en los autos de admisión de los recursos de casación 1861/2019 y 578/2019, resueltos por las sentencias de la Sala 1653/2020 y 1666/2020, ambas de 3 de diciembre de 2020, antes citadas, por lo que reiteramos ahora el mismo criterio jurisprudencial, sin ninguna matización ni modificación, en el sentido de 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."*

#### **CUARTO.- Conclusión.**

De acuerdo con lo razonado, procede estimar el recurso de casación y anular la sentencia de instancia.

En cuanto a las cuestiones planteadas en la instancia, la propia sentencia impugnada reconoce (FJ 3º) que, desde años antes de la declaración en concurso de acreedores e inicio de la fase de liquidación, preexistía la causa de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte de la concesionaria. Y reitera la sentencia impugnada, en el mismo FJ 3º que, *"en el presente caso, se ha producido un claro incumplimiento por parte de la contratista de sus obligaciones contractuales"*, incumplimiento que califica de *"existente y acreditado"* y que anterior a la apertura de liquidación del concurso.

Alega a este respecto la parte recurrida que los motivos que llevaron a Neopistas a dejar de abonar varios cánones concesionales no son atribuibles a la concesionaria sino a distintas circunstancias, entre las que se encuentra la negativa del Ministerio de Fomento al reequilibrio contractual y a modificar el importe de los cánones.

Nos encontramos, entonces, en situación análoga a la descrita en las precedentes sentencias de esta Sala antes citadas, respecto a la realidad del incumplimiento atribuible al contratista, en las que señalamos que no existe constancia de que el contratista impugnara la negativa al reequilibrio económico, por lo que se impone la desestimación del recurso contencioso administrativo, siguiendo el criterio de las sentencias precedentes de esta Sala y lo razonado en esta sentencia.

#### **QUINTO.- Costas.**

En cuanto a las costas de casación, por disposición del artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, y en cuanto a las costas de la instancia, de conformidad con el artículo 139.1 del mismo texto legal no se hace imposición de las mismas a ninguna de las partes.

### **FALLO**

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

- 1.- Reiterar, en respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión, el criterio jurisprudencial expresado en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.
- 2.- Ha lugar y, por tanto, estimar el presente recurso de casación número 4599/2019, interpuesto por la Administración del Estado, contra la sentencia de 7 de mayo de 2019, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 495/2017, que casamos y anulamos.
- 3.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Haitong Investment Ireland Public Limited Company contra la resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda 10 de marzo de 2017, que desestimó el recurso de la indicada parte recurrente contra la resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, de fecha 5 de agosto de 2016, por la que se acuerda resolver el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Área de Servicio de Guitiriz (Lugo), se dispone la incautación de la garantía definitiva por importe de 145.226,76 euros, por incumplimiento del abono del canon concesional y se acuerda iniciar expediente para la determinación de los eventuales daños y perjuicios.
- 4.- No imponer las costas del recurso de casación ni las de la instancia a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.