



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **291/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de octubre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torre Pacheco, mediante oficio registrado el día 27 de julio de 2017, sobre resolución del contrato de construcción de la Casa Consistorial, remodelación de parte del Paseo de Villa Esperanza y construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo (expte. **229/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 29 de mayo de 2008 el Pleno del Ayuntamiento de Torre Pacheco adjudicó a "--" el contrato de concesión de obra pública para la construcción de la Casa Consistorial, remodelación de parte del Paseo de Villa Esperanza y construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, por un precio, para las obras, de 14.544.267,11 euros, y un canon a satisfacer al Ayuntamiento, por la explotación del aparcamiento, de cuatro millones de euros, siendo el plazo de ejecución de las obras de 11 meses y de 40 años el de explotación del aparcamiento, de conformidad con la oferta (incluidas mejoras) de dicha empresa (No se remiten los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas particulares ni la referida oferta).

SEGUNDO.- El 25 de septiembre de 2008, tras la prestación por la adjudicataria de garantías por importe de 581.770,68 euros por la ejecución de las obras y de 160.000 euros por la explotación del aparcamiento, se formalizó el correspondiente contrato.

TERCERO.- El 16 de noviembre de 2016, el administrador concursal de la contratista presenta un escrito en el que comunica que, mediante Auto de 10 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, se abre la fase de liquidación del concurso y se disuelve la entidad concursada, entre otras determinaciones. Solicita del Ayuntamiento que *"acuerde iniciar los trámites que en Derecho procedan en relación con el contrato referido"*. Adjunta copia del citado Auto.

CUARTO.- El mismo día, la Sección de Asuntos Generales y Personal emite un informe en el que, en síntesis, expresa que, a la vista del referido Auto judicial y conforme con lo establecido en el 245,b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), procede que el Ayuntamiento ejerza su prerrogativa de resolución del contrato, previo inicio del correspondiente procedimiento.

QUINTO.- El 24 de noviembre de 2016 el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar un procedimiento para declarar la resolución del contrato por causa de haberse acordado judicialmente la fase de liquidación del concurso en cuya situación fue declarada en su día la contratista, fundado en que el artículo 246 LCSP establece que la apertura de la fase de liquidación del concurso en que estuviera inmersa la contratista originará siempre la resolución del contrato.

SEXTO.- El 9 de diciembre de 2016 el citado administrador concursal presenta un escrito ante dicha Corporación en el que *"reitera ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Torre Pacheco la petición de resolución del contrato de concesión de la explotación del aparcamiento subterráneo (...) por causa no imputable a la concesionaria"* y que *"se proceda a la adopción de las medidas oportunas en evitación de perjuicios, referidas al mantenimiento, control y gestión del servicio objeto de la concesión a partir del 31 de diciembre de 2016"*.

SÉPTIMO.- El 30 de diciembre de 2016 el Ayuntamiento notifica a dicho administrador el acuerdo plenario del 24 de noviembre anterior.

OCTAVO.- El 4 de enero de 2017 el administrador concursal presenta nuevo escrito en el que, en síntesis, manifiesta que la empresa no estará en condiciones económicas de mantener la explotación del aparcamiento más allá del 31 de enero de 2017, por lo que si en tal fecha el Ayuntamiento no se ha hecho cargo de las instalaciones, procederá a cerrar todos los accesos al aparcamiento, como medida de seguridad, y le entregará los medios para el control de aquéllos.

NOVENO.- Solicitado en su día un informe por el Concejal Delegado de Hacienda y Comunicación sobre si procedía incautar las garantías prestadas por la empresa relativas a la explotación del aparcamiento, a fin de aplicar a las mismas la indemnización que pudiese exigírsele posteriormente, fue emitido por el Interventor municipal el 26 de enero de 2017, en el que, en síntesis, expresa lo siguiente.

En primer lugar, considera que el régimen sustantivo aplicable al contrato es el establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y, en cuanto al procedimiento resolutorio, el establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Además, con cita del artículo 264 TRLCAP, afirma que la causa de resolución de los contratos de concesión de obra pública consistente en la declaración de quiebra (hoy de concurso) del contratista puede calificarse como un supuesto de resolución contractual culpable imputable al contratista, y que tal causa se encuentra *"en el mismo apartado normativo que otros supuestos de incumplimiento contractual igualmente imputables al contratista, como es el incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales"*. Añade que la petición del concesionario de abandono de las instalaciones no es un derecho del mismo y es causa de resolución del contrato. Asimismo, expresa que la situación financiera del contratista entra dentro del riesgo y ventura que es propio de la ejecución de los contratos administrativos, por lo que existe incumplimiento culpable del mismo, sin que existan circunstancias que justifiquen el abandono de la concesión. Añade que la concesionaria ha formalizado contratos de cesión de uso temporal de diversas plazas de aparcamiento (incluido el Ayuntamiento), ingresando las correspondientes cantidades y sin comunicarle sus términos, lo que *"sin duda repercutirá económicamente en la resolución del contrato y la reversión de las instalaciones, debiendo el Ayuntamiento tras la resolución contractual afrontar los compromisos asumidos por la concesionaria en cuanto al mantenimiento de las mismas, sin disponer de las cantidades ingresadas por aquélla por dichas cesiones de uso"*.

Por todo ello, y con cita de los artículos 113.4 y 5 y 266.4 TRLCAP, concluye que procede incautar las garantías prestadas por la explotación del aparcamiento (dos, por importe total de 160.000 euros), sin perjuicio del resarcimiento por el Ayuntamiento de los posibles mayores daños y perjuicios, a determinar en un posterior procedimiento.

DÉCIMO.- El 26 de enero de 2017, el Pleno del Ayuntamiento acuerda asumir lo expresado en el anterior informe del Interventor municipal, lo que se notificó a la contratista, cuyo administrador concursal presentó el 6 de febrero siguiente un escrito en el que manifiesta su oposición a la pretendida incautación de las garantías.

A tal efecto, y en síntesis, expresa que la causa de resolución contractual consistente en la apertura de la fase de liquidación del concurso de la contratista acaeció en virtud del Auto judicial dictado al efecto el 10 de octubre de 2016, sin que aquélla abandonara en ningún momento la concesión, sino que el 1 de febrero de 2017 hizo una entrega ordenada de las instalaciones al Ayuntamiento, como consta en el Acta de Recepción de Documentación suscrita entre dicho administrador y el Ayuntamiento. Añade que ni la declaración de concurso ni la apertura de su fase de liquidación son causas de resolución por incumplimiento culpable del contratista, sino causas autónomas y diferentes de aquélla, y que, en el caso, mediante Auto de 15 de diciembre de 2016 del Juzgado que conoce del concurso, se acuerda, de conformidad con el Ministerio Fiscal, calificar el concurso como fortuito, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 111 del Reglamento del TRLCAP (RD 1098/2001, de 12 de octubre), procede la devolución de las garantías.

A todo lo anterior añade que, en virtud de la doctrina recogida en la sentencia de 15 de diciembre de 2016, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo (STCJ), debe considerarse que los contratos administrativos quedan resueltos automáticamente y por ministerio de la ley mediante la resolución judicial que acuerde la apertura de la fase de liquidación del concurso, de forma que la Administración contratante debe reconocer tal situación jurídica y limitarse a adoptar las medidas procedentes en orden a la liquidación del contrato ya resuelto.

Por todo ello, solicita al Ayuntamiento que acuerde reconocer que el contrato de referencia quedó resuelto por ministerio de la ley en virtud del Auto judicial de 10 de octubre de 2016; que no ha existido abandono de la concesión; que no procede la incautación de las garantías prestadas ni indemnización alguna de daños y perjuicios al Ayuntamiento; y que proceda a abonar a la empresa el importe de las inversiones realizadas en la ejecución de las obras.

A dicho escrito de alegaciones adjunta varios documentos: a) copia del referido Auto de 15 de diciembre de 2016; b) escrito presentado ante el Ayuntamiento el 1 de febrero de 2017 en el que el administrador expresa que acompaña diversa documentación (relación de contratos de cesión de uso de plazas del aparcamiento, relación de abonados para el uso de plazas de aparcamiento e inventario de las instalaciones); c) una denominada Acta de Recepción de Documentos, suscrita el 1 de febrero de 2017 por dicho administrador y por el antes referido Concejal Delegado, en el que se refleja la entrega de la indicada documentación y se establece como fecha límite para la comprobación del estado de las instalaciones por parte del Ayuntamiento el 10 de febrero de 2017; d) escrito dirigido en su día al Juzgado del concurso, al que se adjunta un denominado Plan de Liquidación de la empresa.

UNDÉCIMO.- El 1 de marzo de 2017 el Interventor municipal emite informe sobre las alegaciones del

administrador concursal, en las que, en síntesis, se ratifica en su previo informe, expresando que existió un abandono de la concesión por el contratista, lo que puede ser considerado como incumplimiento culpable, considerando que debe acordarse la *"incautación provisional"* y *"retener"* las garantías para que el Ayuntamiento pueda resarcirse de los daños y perjuicios que se determinen en un posterior procedimiento.

DUODÉCIMO.- El 30 de marzo de 2017 el Pleno del Ayuntamiento acuerda declarar la caducidad del procedimiento iniciado mediante su acuerdo de 24 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que se inicie uno nuevo incorporando al mismo las actuaciones del caducado.

DECIMOTERCERO.- El 27 de abril de 2017 el Pleno acordó iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato, asumiendo e incorporando el contenido de los informes emitidos en el procedimiento caducado, otorgando trámite de audiencia al contratista y avalistas del mismo.

DECIMOCUARTO.- El 13 de junio de 2017 el administrador concursal de la contratista presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, reitera lo expresado en su escrito presentado el 6 de febrero anterior.

DECIMOQUINTO.- El 20 de julio de 2017 el Interventor municipal reitera lo expresado en su informe de 1 de marzo anterior en el sentido de que procede retener las garantías *"con carácter provisional y cautelar en tanto se tramita el expediente de resolución del contrato, responsabilidad y, en su caso, exigencia de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios con fundamento en lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP..."*.

DECIMOSEXTO.- El 24 de julio de 2017, la responsable del Servicio de Contratación emite un informe-propuesta de resolución del contrato en el que, en síntesis, expresa, vista la fecha de su adjudicación, que es aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato de referencia la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), invocando su artículo 247.4 y considerando que, conforme con el mismo, la incautación de la garantía procede cuando el contrato de concesión de obras públicas se resuelve *"por causa imputable al contratista"*, no siendo relevante que exista o no culpa del mismo. Afirma, asimismo, que la declaración de concurso es una causa imputable al contratista, y que la apertura de la fase de liquidación del mismo es la causa resolutoria que debe aplicarse en el caso, al acaecer en primer lugar, según reiterada doctrina. Por todo ello, y negando que el contrato haya de considerarse resuelto mediante el Auto judicial que acordó la apertura de la fase liquidatoria del concurso, concluye que el Ayuntamiento debe *"resolver"* dicho contrato, por causa imputable al contratista, con fundamento en haberse acordado judicialmente la apertura de la fase de liquidación del concurso en el que está inmerso; y, asimismo, que procede *"retener"* la garantía prestada, *"determinándose en expediente contradictorio posterior el importe de los daños y perjuicios que la contratista deba indemnizar al Ayuntamiento y que, en su caso, se ejecutará en primer lugar sobre el importe de la garantía depositada"*.

DECIMOSÉPTIMO.- El 24 de julio de 2017 el Alcalde acuerda suspender el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento resolutorio, con fundamento en la solicitud del preceptivo Dictamen que ha de recabarse del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, lo que fue notificado a los interesados.

DECIMOCTAVO.- En la fecha y por el órgano expresado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución mediante la que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por un Ayuntamiento de esta Comunidad Autónoma, habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal tanto en lo atinente a la declaración municipal, con efectos constitutivos, de la resolución del contrato (según lo que posteriormente se analizará), como en lo relativo a uno de los pronunciamientos que legalmente debe contener el acto que, en su caso, declare la resolución contractual, como es el de la incautación o no de la garantía, concurriendo con todo ello el supuesto establecido en el artículo 211.3, a) TRLCSP, norma adjetiva aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo), y en el artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; preceptos determinantes, como se dice, de la preceptividad de nuestro Dictamen en lo atinente a los referidos aspectos.

En efecto, conforme con los mencionados preceptos y doctrina consultiva, el alcance del presente Dictamen, en su carácter preceptivo, se refiere exclusivamente a la propuesta de resolución contractual y su determinación sobre el destino de las garantías, sin perjuicio todo ello de la conveniencia de hacer alguna observación final sobre ciertas cuestiones a las que se refieren los informes municipales, relativas a posibles daños y perjuicios, o sobre la liquidación del contrato.

SEGUNDA.- Cuestiones de procedimiento.

La primera cuestión a abordar es la relativa al análisis de los procedimientos iniciados con el objeto de conseguir un pronunciamiento del Ayuntamiento sobre la resolución del contrato de referencia y el destino de las garantías prestadas por el concesionario relativas a la explotación del aparcamiento subterráneo, actividad que constituía su objeto una vez realizadas las obras que asimismo constituyeron su objeto en su momento, cuyas garantías, las relativas a dicha construcción, han de presumirse devueltas al contratista, por haberse ejecutado sin reparos dichas obras.

Desde esta perspectiva, debe señalarse que la primera iniciativa tendente a la resolución contractual fue ejercida por el administrador concursal de la contratista, que el 16 de noviembre de 2016 presentó un escrito al Ayuntamiento en el que comunicaba que, mediante Auto de 10 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia había acordado la apertura de la fase de liquidación del concurso y disuelto la entidad concursada, entre otras determinaciones, solicitando dicho administrador a la Corporación que *"acuerde iniciar los trámites que en Derecho procedan en relación con el contrato referido"*. Esta genérica solicitud fue concretada en el escrito que el representante legal de la contratista concursada presentó el 9 de diciembre de 2016, en el que *"reitera ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Torre Pacheco la petición de resolución del contrato de concesión de la explotación del aparcamiento subterráneo (...) por causa no imputable a la concesionaria"*. Sin embargo, el 6 de febrero de 2017, conocida por dicho administrador la STCJ de 15 de diciembre de 2016 (que reitera la doctrina de otra sentencia del mismo Tribunal del 5 anterior), presentó escrito en el que varía su solicitud inicial, en tanto que,

a la vista de dicha doctrina jurisprudencial, considera que el contrato en cuestión quedó resuelto, por ministerio de la ley, mediante el dictado del referido Auto judicial, por lo que solicita al Ayuntamiento que se limite a "*reconocer*" tal circunstancia, que acuerde la devolución de las garantías (por no poder apreciarse incumplimiento culpable de la empresa determinante de la resolución contractual) y que se practiquen las operaciones liquidatorias del contrato (Antecedente Décimo).

Aunque los informes municipales eluden pronunciarse sobre la influencia que dichas sentencias pueden tener en la debatida resolución del contrato, parece claro que, de acogerse la postura de la empresa y la doctrina jurisprudencial que alega, es decir, que el contrato quedó resuelto, automáticamente y "*ex lege*", al acordarse judicialmente la apertura de la fase de liquidación del concurso en el que está inmersa la contratista, al Ayuntamiento sólo le cabría, a lo sumo, reconocer tal situación jurídica y tener por resuelto el contrato en los referidos términos, debiendo pronunciarse ejecutivamente sólo en lo relativo al destino de las garantías. De no acogerse la alegación de la empresa, como proponen los informes municipales (sin mención ni análisis en ellos de las referidas sentencias, por cierto), el Ayuntamiento conservaría su potestad para declarar, con pleno carácter constitutivo, la resolución del contrato, además de para determinar el destino de las garantías prestadas.

En la hipótesis de acogerse la posición de la empresa, no hay duda de que, considerando ya resuelto el contrato en virtud del referido Auto judicial, tendría interés legítimo para solicitar la devolución de las garantías prestadas por entender que dicha resolución no le es imputable (lo que seguidamente se analizará), debiendo considerarse entonces que el transcurso de tres meses desde que presentó dicha solicitud le permite considerarla desestimada, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Tercera, 2 TRLCSP.

Por otra parte, coexiste el procedimiento iniciado por el Pleno municipal el 27 de abril de 2017 (Antecedente Decimotercero), para declarar (que no meramente reconocer) la resolución del contrato y, además, por causa imputable al contratista, con retención provisional de las garantías para su eventual aplicación a los daños y perjuicios que se pudiesen determinar en un procedimiento posterior, según la propuesta de resolución remitida; procedimiento resolutorio cuyo plazo máximo de resolución y notificación es de tres meses, contado desde su iniciación, y que quedó suspendido, por un período máximo de otros tres meses, mediante la solicitud de nuestro preceptivo Dictamen, lo que se produjo mediante escrito del Alcalde registrado de salida el 25 de julio de 2017 (fecha en la que es efectiva la referida suspensión, según hemos expresado en anteriores Dictámenes), por lo que, restando en tal momento dos días naturales para la finalización del citado plazo, el Pleno del Ayuntamiento, en la hipótesis de aceptarse la propuesta remitida, dispondría de tales dos días, contados desde el siguiente al de la recepción del presente Dictamen, para acordar la resolución contractual y serle notificado al representante legal del contratista.

Por otra parte, es necesario apuntar que, en la hipótesis de acogerse la propuesta municipal sobre la procedencia de que el Ayuntamiento acuerde, con carácter constitutivo, la resolución del contrato de referencia, sería necesario retrotraer las actuaciones para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 264.1 TRLCSP, norma adjetiva que es aplicable al procedimiento iniciado por el Ayuntamiento al estar vigente en la fecha de su incoación, conforme con lo indicado en la Consideración precedente. Dicho precepto obliga a la Administración competente a solicitar del Registro de la Propiedad una certificación comprensiva de los titulares de derechos y cargas inscritas en el mismo que afecten a la concesión que es objeto del procedimiento resolutorio, a los efectos allí previstos, constando en el expediente que la contratista formalizó con terceros diversos contratos de cesión de derechos de uso de plazas del aparcamiento en cuestión (contratos no remitidos a este Consejo Jurídico); derechos que, según evidencia la práctica registral, son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Las referidas cuestiones serán abordadas en la siguiente Consideración, dada su íntima conexión con los aspectos atinentes al fondo del asunto.

TERCERO.- El régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato de referencia. La resolución del contrato conforme a la doctrina de las STCJ de 5 y 15 de diciembre de 2016. Consecuencias jurídicas de dicha resolución. Improcedencia de incautar provisionalmente las garantías prestadas por el contratista.

I. El régimen jurídico aplicable al contrato.

La Disposición Transitoria Primera, 2, TRLCSP establece que *"los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirán, en primer lugar, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior"*. Siendo indiscutible que la resolución de un contrato administrativo es una forma de extinción del mismo, la adjudicación del que nos ocupa, acordada el 29 de mayo de 2008, ya vigente la LCSP, implica que los aspectos sustantivos atinentes a su resolución se rijen por dicha ley, como apunta el informe-propuesta de resolución reseñado en el Antecedente Decimosexto.

De la citada ley cabe destacar, por lo que ahora interesa, varios preceptos:

A) Específicos para el contrato de concesión de obras públicas:

- El artículo 245, letras b) y j) que establecen, respectivamente, como causas de resolución, la *"declaración de concurso"*, la primera, y *"el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales"*, la segunda.

- El artículo 246.2, que establece que la apertura de la fase de liquidación del concurso (en el que estuviera inmerso el contratista) *"originará siempre la resolución del contrato"*. Este precepto varió el régimen jurídico establecido en el artículo 265.2 TRLCAP (tras su modificación por la Ley 13/2003, de 23 de mayo), que establecía que la declaración de concurso de acreedores (sin esperar a la apertura de su fase de liquidación) originaba siempre la resolución del contrato de concesión de obras públicas. La LCSP limitó, pues, la plena imperatividad de la resolución contractual a los casos en que en el concurso la autoridad judicial hubiera acordado la apertura de su fase de liquidación.

- El artículo 246.1, que establece que *"la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos"*.

- El artículo 247.4, que establece que *"cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada"*.

B) Generales, para todos los contratos administrativos:

- Artículo 202.1 y 2:

"1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.

2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato". (...)

- Artículo 208. 4 y 5:

"4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

5. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable".

Asimismo, y con un carácter general, el artículo 111 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCAP, establece que *"la quiebra (hoy concurso) del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva".*

II. Incidencia de la jurisprudencia del TCJ.

Las STCJ nº 3 y 5 de 2016, de 5 y 15 de diciembre, respectivamente, han tenido una incidencia muy relevante en la interpretación que ha de darse a los preceptos de la contratación administrativa en los casos de resolución contractual por causa de la apertura de la fase de liquidación del concurso en el que esté inmerso el contratista, en su relación e integración hermenéutica con los preceptos de la legislación concursal, especialmente con los reguladores de la referida fase del concurso.

Interesa destacar, desde el comienzo, que en los casos abordados por tales sentencias el régimen sustantivo de los contratos allí afectados se regían por la Ley 8/1972, de 10 de marzo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y supletoriamente, por la LCAP, vista la fecha de su adjudicación y, sin embargo, el TS utiliza como preceptos a analizar para resolver la controversia los

correspondientes del TRLCSP.

Así, la primera de las citadas STCJ expresa lo siguiente (F.D. Sexto):

"La disputa suscitada y los términos en los que se produce ponen en evidencia la inconsistencia, indeterminación y la aparente falta de coordinación entre ambas legislaciones, la concursal y la de contratación del sector público, en tema tan sensible para los intereses públicos como el que nos ocupa. Así es, atendiendo estrictamente a las competencias que la ley concursal le atribuye al Juez del concurso, en tanto que posee competencia exclusiva y excluyente sobre el conjunto de contratos civiles, mercantiles y laborales suscritos por la entidad concesionaria respecto de terceros, resulta diáfano que las medidas que tome sobre estas relaciones jurídicas afectan directamente a la propia vigencia de la concesión, en tanto que basta con declarar dentro de sus facultades la resolución de aquéllos, lo que forma parte de las consecuencias obligadas de la fase de liquidación -ya no se trata de procurar la continuación de la actividad empresarial, sino de proceder a su cese y liquidación-, para que cese el contrato concesional ante la imposibilidad del desarrollo de la actividad empresarial-concesional; pero si atendemos a las potestades y prerrogativas que la Administración concedente tiene reconocidas legalmente, art. 249.1.d) TRLCSP, a la misma le corresponde por exigencia del interés público que subyace en la concesión, entre otras, «Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 269 y 270», que comprende la liquidación ordenada de la concesión para evitar perjuicios a dicho interés público.

La aparente contradicción, en tanto que la lectura separada de las normas nos conduce a consecuencias jurídicas incompatibles y excluyentes, esto es, la apertura de la fase de liquidación del concurso conlleva la cesación de vigencia de la concesión, lo que resulta contradictorio a las previsiones normativas sobre concesiones que prevén que el cese de la vigencia de la concesión se haga ordenadamente para evitar perjuicios a los intereses públicos, debe salvarse mediante una interpretación que procure la concordancia y conexión entre ambos bloques normativos.

Acudiendo a la legislación especial de aplicación al contrato de concesión que nos ocupa, ha de estarse a la legislación que le es de aplicación, con carácter general y en lo que ahora interesa, arts. 221 y ss. del TRLCSP sobre extinción de los contratos, los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución, lo que se repite en el art. 266 de dicho texto sobre los modos de extinción de las concesiones.

El art. 269 hace una relación de las causas de resolución, entre las que se encuentra la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; y el art. 270, después de prevenir que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos, establece en su apartado 2 que la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, así como las causas de resolución previstas en los párrafos e), g), h) e i) del artículo anterior, originarán siempre la resolución del contrato, y en los restantes casos, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución. (...)

La apertura de la fase concursal conlleva, art. 145.3 de la L.Co. (Ley Concursal), «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución», la disolución de la sociedad, tal y como así lo declaró el Juez concursal en el legítimo ejercicio de sus facultades por así disponerlo la norma. Conectado el referido artículo con las previsiones contenidas en los arts. 224.2 y 270.2 antes referidos, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad produce siempre la resolución del contrato, como se desprende categóricamente del art. 224.2, «dará(n)

siempre lugar a la resolución del contrato», y 270.2, «originará(n) siempre la resolución del contrato», resolución que se produce por «voluntad de la ley», mediando la previa decisión judicial abriendo la fase de liquidación del concurso. Mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal.

Con la disolución, pues, se inicia un proceso de liquidación, dentro del cual cabe distinguir la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso, y la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece que, en lo que ahora nos interesa, conlleva la de preservar el interés público mediante el rescate de la concesión y asumir, en su caso, su explotación directa con recepción de las obras y determinación de las indemnizaciones procedentes, asegurando la continuidad ininterrumpida del servicio de interés público.

La correcta lectura del auto de 3 de mayo de 2016 acredita que el Juzgador concursal no sustituye a la Administración en la declaración de resolución de la concesión, no se arroga unas prerrogativas propias de la Administración, sino que simplemente se limita a aplicar la norma y dar noticia de que la concesión se ha resuelto por así disponerlo la ley, porque si alguna confusión pudiera crear cuando en el apartado Octavo del auto de 3 de mayo de 2016, sobre «Resolución del contrato de concesión por Ministerio de la Ley» -ya sólo la propia titulación del apartado resulta esclarecedora-, se afirma que «Abierta la fase de liquidación resulta imperativa acordar en sede concursal la resolución de pleno derecho del contrato concesional...», se aclara y despeja con la lectura del citado apartado, del que se colige sin dificultad alguna que la resolución se ha producido ope legis, se habla de «mandato resolutorio», no la ha acordado el Juez concursal, sino que éste se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción de la concesión por ministerio legal, cosa distinta es que producida la disolución y extinción de la concesión sea preciso a partir de dicho instante proceder a su liquidación.

La segunda potestad que reclama la Administración carece de virtualidad alguna, pues se parte de un presupuesto inexistente, «hasta que el contrato se extinga», pues como se ha dicho el contrato se ha extinguido al abrirse la fase de liquidación y declarar el Juez concursal la disolución de la sociedad, sin perjuicio, claro está, de atender a los efectos derivados de dicha extinción».

En el caso que nos ocupa es plenamente aplicable la doctrina contenida en la referida sentencia, que tiene como presupuesto básico el precepto del TRLCSP (ya existente en la LCSP aplicable al contrato de referencia, según vimos) que establece que la apertura de la fase de liquidación del concurso *"origina siempre la resolución del contrato"* administrativo, determinación legal ésta que, según la interpretación de la citada sentencia, implica que, desde tal momento, todo operador jurídico, administrativo o judicial, debe tener por resueltos los contratos administrativos del concursado (si es que la Administración no los hubiera declarado resueltos previamente a dicha apertura, se entiende), y ello por ministerio de la ley, es decir, *"ex lege"* y automáticamente, sin perjuicio de la instrumentación ordenada y razonable de la efectiva cesación de la actividad prestacional y la entrega de las instalaciones a la Administración concedente (para lo que dicha sentencia parece configurar un período de transitoriedad sobre el que no abunda demasiado, más allá de validar *"ab initio"* lo que sobre este aspecto hubiera podido decidir el juez del concurso). Esta es, pues, la doctrina jurisprudencial aplicable al caso al margen de las observaciones que pudieren hacerse sobre dicha doctrina, a cuyo efecto no es el presente Dictamen el cauce adecuado, que debe limitarse a reconocer la vinculación de dicha doctrina al caso planteado.

Como reconoce el informe-propuesta de resolución, debe considerarse que la causa que funda y origina la resolución del contrato que nos ocupa es la apertura de la fase de liquidación del concurso del contratista. Y ello no ya porque sea la primera causa que acaece en el tiempo frente a otra posible causa resolutoria existente, como la sostenida en los informes de la Intervención municipal (el alegado abandono de la concesión), sino porque, en rigor, no puede considerarse que exista ninguna otra causa resolutoria. En efecto, acordada mediante Auto judicial

de 10 de octubre de 2016 la apertura de la fase de liquidación del concurso, en tal fecha quedó resuelto el contrato concesional por ministerio de la ley, según la citada jurisprudencia. Y, por ello, cuando el administrador concursal formalizó el 1 de febrero de 2017 con el Concejal Delegado competente una denominada Acta de Recepción de Documentos (relación de contratos de cesión de uso de plazas del aparcamiento, relación de abonados para el uso de plazas de aparcamiento e inventario de las instalaciones) en la que se refleja la entrega de la indicada documentación y se establece como fecha límite para la comprobación del estado de las instalaciones por parte del Ayuntamiento la del 10 de febrero de 2017, ha de entenderse que, ante la posterior falta de objeción o reparos municipales al respecto, el citado 1 de febrero de 2017 debe considerarse como la fecha de recepción municipal de las instalaciones de la concesión, sin que conste que la contratista hubiera abandonado las mismas no ya en la fecha de apertura de la fase de liquidación del concurso, sino tampoco en un momento posterior y hasta la referida fecha de entrega del 1 de febrero de 2017, por lo que no existe tal abandono.

La consecuencia de todo ello es que, en el presente caso, y frente a lo sostenido por los informes y propuesta de resolución municipales, el Ayuntamiento carece de la potestad de declarar la resolución del contrato de referencia, pudiendo sólo reconocer en su acuerdo que ha de tenerlo por resuelto por ministerio de la ley con el dictado del Auto judicial de 1 de octubre de 2017, conforme a la doctrina establecida en las ya citadas SSTCJ.

A partir de lo anterior, y asimismo conforme con dicha doctrina jurisprudencial, al Ayuntamiento le compete resolver sobre el destino de las garantías (vid. en este concreto sentido también la posterior y reciente STCJ de 12 de julio de 2017), las indemnizaciones procedentes y la liquidación del contrato.

III. Sobre el destino de las garantías.

Por lo que respecta al destino de la garantía (en rigor dos, según ya se dijo) prestada por el contratista relativa a la explotación de la concesión, el informe-propuesta de resolución que culmina la instrucción expresa en su apartado final segundo que procede *"retener la garantía (...) determinándose en expediente contradictorio posterior el importe de los daños y perjuicios que la contratista deba indemnizar al Ayuntamiento y que, en su caso, se ejecutará en primer lugar sobre el importe de la garantía depositada"*. Funda tal pretensión en el artículo 247.4 LCSP (transcrito en el epígrafe I, A) de la presente Consideración), de cuyo tenor extrae, por un lado, que la incautación de la garantía no depende de la culpabilidad del contratista en la resolución del contrato, sino de que ésta se funde en causa imputable al mismo, lo que considera que se produce cuando se acuerda judicialmente la apertura de la fase de liquidación del concurso; y, por otro lado, considera que cabe que la incautación a que se refiere el citado precepto pueda acordarse con carácter provisional o de mera retención de la garantía para aplicar su importe a los daños y perjuicios que hubiera causado el contratista y que posteriormente se determinasen al margen de la calificación judicial del concurso (doloso, culposo o fortuito, según se dirá).

Con carácter previo a cualquier otra consideración, es conveniente aclarar que se parte de la consideración de que la indicada fundamentación jurídica municipal implica que en los pliegos rectores del contrato (que, como se dijo, no se nos han remitido) no se hubiere incluido una estipulación tal que amparase de modo inequívoco la incautación de las garantías por el hecho de que el contrato se resolviese por causa de la mera declaración concursal del contratista, es decir, que existiese una estipulación contractual específica en este sentido y al margen de la regulación normativa recogida sobre estos aspectos en la legislación de contratos administrativos; y ello porque el artículo 88, c) LCSP expresa que las garantías responderán *"de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él (el contrato) o en esta Ley esté establecido"*, reconociendo la jurisprudencia y doctrina consultiva, en principio, la validez y preferencia de una estipulación contractual específica incluída al amparo de la referida habilitación legal.

Con la indicada salvedad, procede analizar la cuestión planteada desde la exclusiva óptica del régimen jurídico establecido en los preceptos de la LCSP alegados y otros de dicha ley y del ya citado RD 1098/2001 que se entienden aplicables, debiendo avanzar ya que no puede compartirse la propuesta municipal en este punto, por las razones que siguen.

En efecto, en primer lugar, el examen de la jurisprudencia y doctrina existente tras la introducción en el ordenamiento jurídico español de un precepto como el alegado 247.4 LCSP (proveniente del artículo 266.4 TRLCAP, tras su modificación por la ya citada Ley 13/2003) lleva a considerar que no hay razón alguna que justifique que su interpretación sobre la procedencia o no de la incautación de la garantía en caso de resolución del contrato de concesión de obras públicas deba ser diferente de la que se obtenga de la interpretación del artículo 208.4 y 5 de la misma ley, que regula la misma cuestión pero con carácter general para los contratos administrativos, y que establece la regla, consolidada desde antiguo, de que, en los supuestos de resolución contractual, la incautación sólo procede en caso de que dicha resolución se funde en el incumplimiento culpable del contratista (vid., vgr., STS, Sala 3ª, de 22 de febrero de 2006), como así recoge dicho artículo 208.4 y se desprende, *"a sensu contrario"*, del artículo 90.1 LCSP, precepto éste que no permite la devolución de la garantía, en caso de resolución del contrato, hasta que no se declare la misma sin culpa del contratista, no previéndose salvedad alguna por razón de la clase de contrato administrativo. No parece, en efecto, que existan razones que avalen que el régimen aplicable en este concreto aspecto deba ser diferente para los contratos de concesión de obra pública frente al aplicable a los contratos de obra o de gestión de servicios públicos, dadas las afinidades existentes entre los mismos; todo ello, claro está, sin perjuicio de una hipotética reconsideración jurisprudencial y doctrinal en este punto.

Además, y al margen de lo anterior, debe señalarse que la actual jurisprudencia y doctrina consultiva, con fundamento en diversos preceptos de la normativa de contratos administrativos que seguidamente se indicarán, y a los concretos efectos que aquí nos ocupan, es decir, a los de determinar si procede o no la incautación de la garantía en los casos en que la resolución del contrato administrativo, sea cual fuere su tipo, se funde en la declaración de concurso del contratista y éste no ha sido judicialmente calificado como culpable, no sólo concluyen en que no procede acordar la pérdida de la garantía, sino que la retención con un mero carácter cautelar de la misma sólo se justificaría (y esto último no es sostenido con carácter unánime, vista la doctrina de algunos órganos consultivos que abogan por su devolución inmediata) en tanto no hubiera recaído el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la calificación del concurso (doloso, culposo o fortuito). Y ello a partir de la consideración, expresa o tácita, por dicha jurisprudencia y doctrina, de que la mera declaración judicial de concurso no constituye, *"per se"*, una causa constitutiva de un incumplimiento imputable y culpable del contratista.

En este sentido, la STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de noviembre de 2015, expresa lo siguiente:

"En consecuencia procede estimar el recurso de apelación y anular y dejar sin efecto los actos presuntos impugnados, declarando contraria a derecho la incautación de las garantías definitivas prestadas por la contratista. La sentencia considera correcta dicha incautación por haber sido declarada la apelante en concurso de acreedores (no por incumplimiento contractual). Sin embargo tal situación no la justifica. El Juzgado aplica incorrectamente el art. 111 del Reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre), que establece que la quiebra del contratista cuando sea culpable o fraudulenta lleva consigo la pérdida de la garantía definitiva. Sin embargo en este caso no consta que se haya calificado por el órgano judicial competente el carácter culpable o no culpable del concurso, requisito de culpabilidad que es exigido por el art. 208.4 LCSP para que sea posible dicha incautación al señalar que "en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable".

En definitiva al no estar acreditado un incumplimiento culpable por parte del contratista que justifique la incautación, sin que sea causa para ello la declaración en concurso voluntario de acreedores, es evidente que procede estimar la pretensión de la parte apelante de que le sean devueltas las garantías definitivas prestadas".

Resulta especialmente destacable, por su intensa analogía con el caso que nos ocupa (por referirse a un contrato de concesión de obra pública, invocarse los artículos 208 y 247.4 LCSP y pretender la Administración contratante destinar la garantía a los daños y perjuicios que determinase posteriormente), la sentencia nº 31/2017, de 27 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, que menciona otras sentencias y doctrina consultiva; todo lo cual, junto a su claridad expositiva, justifican la extensa cita:

"TERCERO.- La cuestión controvertida en este proceso es si procedía la incautación de la garantía acordada en la resolución recurrida. En la resolución se acuerda incautar la garantía, al amparo del artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público y artículo 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, "a fin de responder de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en relación al importe que exceda de la garantía incautada". Asimismo, y de conformidad con el artículo 208.3 de LCSP, el contratista perderá definitivamente esta garantía depositada en caso de declararse culpable el concurso de acreedores tramitado ante el Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona y en caso de responder por daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de la ejecución defectuosa del contrato.

Como se señala en el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de la resolución se deduce que el fundamento de la confiscación es la existencia de un incumplimiento culpable del contratista. Así se desprende de la remisión que hace al artículo 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se refiere a los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista.

Sin embargo, ni la resolución de incoación del expediente ni la que le pone fin señalan como causa de resolución la prevista en el artículo 245 j) de la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 (en adelante LCSP): "el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales", sino la prevista en el artículo 246.2: la apertura de la fase de liquidación en el concurso. Por tanto, las consecuencias de la resolución no pueden ser las previstas para los supuestos en los que la causa de resolución sea el incumplimiento culpable del contrato por parte del contratista, sino las previstas para los supuestos en los que la causa de resolución es la señalada en el acuerdo: la apertura de la fase de liquidación del concurso. Según el artículo 208.4: "Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable." (...)

La parte actora (sic, debe decir demandada) alega que la resolución por causa de concurso es imputable al concesionario y que, por tanto, podría incautarse la garantía al amparo del artículo 247.4 de la Ley de Contratos.

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24/07/2012 (recurso 235/2012):

"La calificación de la declaración de la situación de insolvencia o concursal del contratista no puede ser otra que la formulada por el Juzgado de lo mercantil a no ser que confundamos la causa de resolución del artículo 111 b)

del TRLCAP aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, o sea, la declaración de concurso o la declaración de insolvencia, con el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales (letras d, e, f y g del mismo precepto), lo que en el supuesto del apartado b no es sino el efecto " material " de la resolución contractual.

El Ayuntamiento demandado parece confundir la causa de resolución aplicada con otras causas de resolución que consisten en el incumplimiento de las obligaciones contractuales cuya imputación al contratista por demora, dolo o culpa de éste sí corresponde a la entidad contratante, pues en otro caso no se explica cómo ha llegado a arrogarse una facultad que corresponde única y exclusivamente al Juzgado mercantil, de conformidad con el TRLCAP de 2000 de aplicación al caso; ídem, la Ley 30/2007, de contratos del sector público, incluidas sus modificaciones, y el texto refundido vigente de esa legislación.

En efecto, procediendo la resolución del contrato siempre que la contratista haya sido declarada insolvente o, en caso de concurso, se hubiese abierto la fase de liquidación (artículo 112-2 TRLCAP), la garantía será incautada sólo en el caso de que esa causa de resolución sea imputable "a título de culpa" al contratista (artículo 44 del TRLCAP), esto es, la misma solución que en el supuesto de resolución por incumplimiento de obligaciones del contratista (artículo 113-4).

No puede admitirse, pues, la cancelación (sic, quiere decir incautación) de la garantía por el solo hecho de que la circunstancia que diera lugar a la resolución (muerte, incapacidad sobrevenida, insolvencia) fuese imputable al contratista, por utilizar la terminología del artículo 112-2 del TRLCAP, al margen de su culpabilidad. Y tampoco puede la Administración contratante desvincularse a los efectos de la calificación del concurso que haga el órgano mercantil competente, no en vano, según el artículo 111 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, "la quiebra del contratista cuando sea culpable o fraudulenta llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva"; esto es, la calificación de la situación concursal corresponde al órgano jurisdiccional mercantil, también a los efectos de la resolución del contrato administrativo.

La misma solución ofrece el artículo 225.4 del texto refundido vigente de la Ley de Contratos del Sector Público: "... Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiere sido calificado como culpable".

La exposición de motivos del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, y la nueva redacción del artículo 208 de la Ley 30/2007 introducida por ese Decreto Ley, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, no acreditan, como alega la recurrente, el carácter novedoso de la solución normativa plasmada en el apartado 4 de esa Ley (renumerado por el artículo 1.34 de la Ley 34/2010 de 5 de agosto) y en el artículo 225-5 transcrito antes del texto refundido vigente de la LCSP, pues si bien tal regulación (la misma en los dos textos) no estaba recogida en el texto inicial de la Ley 30/2007, no es sino la acomodación a la nueva legislación concursal del texto reglamentario (artículo 111 del Real Decreto 1098/2001) transcrito ut supra".

Tras la cita de dicha sentencia, el mencionado JCA nº 12 de Barcelona concluye:

"Ahora bien, sentado que no puede incautarse la garantía en este procedimiento para responder de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual del contratista (pues no es la causa de resolución en que se fundamenta el acuerdo), y que tampoco puede incautarse al considerar que el incumplimiento es imputable al contratista, pues es el Juez Mercantil el que debe decidir si el concurso es fortuito o culpable, nos encontramos en

la coyuntura en la que el Juez Mercantil todavía no ha resuelto la pieza de calificación del concurso.

El artículo 208 LCSP prevé que el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. De este artículo se desprende que, si todavía no se ha calificado el concurso, la incautación de la garantía ha de realizarse previamente, a resultas de la futura apertura de la pieza de calificación del concurso de acreedores, pues si no se hiciese así, nunca podría acordarse la pérdida posterior de dicha garantía si el concurso fuera culpable, al haberse devuelto la garantía depositada con anterioridad a conocer si la pieza de calificación iba a ser abierta o no. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 2/3/2012 (recurso 768/2010).

Por lo expuesto, no procede estimar íntegramente la demanda, en cuanto que en ésta se solicita que se acuerde la resolución del contrato por causa no imputable a la concesionaria, y esta declaración no es posible en tanto que el Juez Mercantil no se haya pronunciado sobre si el concurso es culpable o fortuito. Ahora bien, sí procede declarar que no procede la incautación de la garantía, en el seno del procedimiento incoado por acuerdo de 30 de julio de 2015, para responder de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, sino únicamente su retención provisional en tanto se determine por el Juez Mercantil competente si el concurso es fortuito o culpable".

A partir de la doctrina jurisprudencial expuesta, parece claro que, si como sucede en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha de pronunciarse sobre el destino de las garantías en un momento en el que ya consta la calificación judicial del concurso y ésta es la de fortuito (Antecedente Décimo), tal pronunciamiento administrativo ha de ser el de acordar la devolución de las mismas al contratista. Así se desprende, además, "a contrario sensu", de lo establecido en el artículo 90.1 LCSP, citado en su momento.

IV. Sobre la liquidación del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de hacerse alguna observación (somera, al no ser objeto de Dictamen preceptivo) sobre la liquidación del contrato.

En algunos informes municipales se ha planteado que la resolución del contrato podía implicar la existencia de daños y perjuicios al Ayuntamiento, fundamentalmente por la existencia de terceros cesionarios del derecho de uso de diversas plazas de aparcamiento (cesiones de uso realizadas por el concesionario durante la vigencia de la concesión, previstas, se deduce, en los pliegos contractuales como normal vía de explotación de esta clase de concesiones, junto al alquiler mensual u horario del uso de tales plazas), lo que, según dichos informes, justificaba la incautación cautelar de la garantía, a resultas de lo que sobre esta cuestión indemnizatoria se determinara en un procedimiento posterior.

Sobre esta cuestión debe apuntarse, con carácter general y con la necesaria salvedad de no conocer los términos de los pliegos, del plan financiero de la concesión y de tales cesiones (no se nos han remitido los documentos correspondientes), que tales cesiones de uso, normalmente por un plazo igual al que en el momento de cada cesión restara para el vencimiento de la concesión de obra pública, constituyen derechos de naturaleza real que los adquirentes pueden inscribir en el Registro de la Propiedad, y cuyo precio el contratista aplica a la amortización de la obra pública ejecutada. A partir de ello, la resolución de la concesión no determina necesariamente que el

Ayuntamiento, titular del demanio público sobre el que recae el correspondiente uso privativo de cada plaza derivado de tales contratos, deba resolverlos e indemnizar a los correspondientes cesionarios de uso. En principio, la naturaleza real de tales contratos (que implican, como se dice, a efectos administrativo-patrimoniales, un derecho privativo del dominio público sujeto a la legislación patrimonial administrativa y, en lo que no la vulnere, a lo estipulado en dichos contratos) implica que ni la resolución de la concesión ni el concurso en el que esté inmerso el contratista deba afectarles (dichos cesionarios son ajenos al mismo), ya que aquélla produce la inmediata subrogación del Ayuntamiento en la posición del contratista en su día cedente, de forma que el órgano de contratación no debe afrontar indemnización alguna frente a dichos terceros, sino respetar los términos de dichas cesiones (salvo ilegalidad de las mismas, en cuyo caso tendría, en su caso, las acciones pertinentes). Es decir, no se está, en principio, ante un supuesto de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento por causa de la resolución del contrato, sino ante una cuestión de valoración de la inversión a indemnizar al contratista dentro del procedimiento de liquidación del contrato a que se refiere el artículo 247.1 LCSP.

En efecto, como revela la jurisprudencia y doctrina consultiva, frente al contratista, el importe obtenido por éste por las referidas cesiones, en la medida en que hubieran servido para la amortización de sus inversiones en la ejecución de la obra, debe minorar el importe de la liquidación de la obra a abonarle conforme a lo establecido en dicho artículo 247.1 LCSP. La STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de abril de 2017 (f.j. 7º), y el Dictamen nº 163/2015, de 28 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora catalana (f.j. IV, B), avalan que en la valoración de la inversión de las obras a abonar al contratista a efectos de su liquidación tras la resolución del contrato de concesión de obra pública, se descuenta el importe de las cantidades obtenidas por éste por dichas cesiones de uso, debiendo excluirse, a estos efectos liquidatorios, el valor contable de las plazas de aparcamiento que hubieran sido objeto de cesiones de uso por las que el contratista hubiera recibido la correspondiente retribución.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato de concesión de obra pública de referencia ha de tenerse por resuelto, por ministerio de la ley, en virtud del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia de 10 de octubre de 2016, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, II, del presente Dictamen. En consecuencia, el órgano de contratación sólo puede limitarse a reconocer la indicada situación jurídica en lo que atañe a la resolución de dicho contrato.

SEGUNDA.- El órgano de contratación conserva la facultad para resolver, con carácter ejecutivo, sobre el destino de las garantías prestadas relativas a la explotación de las instalaciones objeto de dicho contrato, debiendo acordar la devolución de dichas garantías al contratista, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, III, del presente Dictamen, al constar el Auto del ya mencionado Juzgado, de 15 de diciembre de 2016, en el que se califica el concurso de acreedores como fortuito. Por todo ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto propone decretar la resolución del contrato de referencia y la incautación o retención provisional de las garantías, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.