

		Referencia	43138
Ciente	AJUNTAMENT DE CABRILS		
Letrado	[REDACTED]		
Procedimiento	240/17 SECCION 5ª CONTENCIOSO-ADMTVO.		
Notificación	17/06/2020	Resolución	11/06/2020
Procesal	[REDACTED]		

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Rollo de apelación nº 240/2017

SENTENCIA Nº 2144/2020

Ilmos. Sres.:

**Presidente
DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS**

**Magistrados
DON FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS
DOÑA ELSA PUIG MUÑOZ**

En la ciudad de Barcelona, a 11 de junio de 2020.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Rollo de Apelación nº 240/2017, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CABRILS, representado por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED] y defendido por Letrado, siendo parte apelada la Sociedad AREVA TRADING SLU, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. [REDACTED] y defendida por Letrado.

Ha sido Ponente el Magistrado D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 63/2016, seguido por los trámites del procedimiento ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, a instancias de la Sociedad aquí apelada, frente al Ayuntamiento demandado y apelante, se dictó Sentencia en fecha 27 de enero de 2017, parcialmente estimatoria del recurso contencioso interpuesto.

SEGUNDO.- Contra a la referida Sentencia se formuló recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido a trámite, con traslado a la parte actora, que evacuó escrito oponiéndose a dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose practicado prueba en esta alzada, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo del recurso.

CUARTO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la Sentencia apelada.

El objeto del proceso en esta alzada, queda delimitado por el fallo contenido en dicha Sentencia, dictada por el Juzgado a quo en fecha 27 de enero de 2017, del tenor siguiente :

*“Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la administración concursal de Areva Trading, S.L.U., contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento (de Cabrils) de 21 de diciembre de 2015, en el sentido de **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, **pero sí su retención provisional** en tanto se determine por el Juez Mercantil competente si el concurso es fortuito o culpable”.*

La parte actora se aquietó a dicho pronunciamiento, mientras que la defensa procesal del demandado Ayuntamiento de Cabrils formuló recurso de apelación, en el que concluyó solicitando *“que (es) dicti Sentència per la que, estimant els motius del present recurs d’apel·lació, acordi la inadmissió del recurso contenciós administratiu interposat per (la actora) i, subsidiàriament, desestimi la demanda formulada per la citada mercantil”.*

SEGUNDO.- 1) Tal como reseña el FJ 1º de la Sentencia apelada, y en sus antecedentes el Dictamen nº 367/2015, emitido por la Comissió Jurídica Assesora en fecha 19 de noviembre de 2015 (fol. 157 del expediente administrativo), el proceso trae causa de la adjudicación por el Ayuntamiento de Cabrils, en fecha 30 de septiembre de 2010, en favor de la actora (bajo otra denominación), del contrato relativo a la concesión administrativa para la ejecución de las obras y explotación de un complejo deportivo con piscina cubierta, sito en dicho municipio. El contrato se suscribió el 22 de noviembre de 2010.

Se rige por tanto este último por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), conforme a la Disposición Transitoria Primera del R. D.

Legisl. 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP); y se rige también por el R. D. 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la LCAP.

2) En fecha 30 de julio de 2015, el Pleno del Ayuntamiento demandado y apelante decidió, en lo que aquí interesa, *“Iniciar el procediment per acordar la resolució del contracte”*.

El procedimiento se resolvió mediante acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 21 de diciembre de 2015, en el siguiente sentido en lo que aquí interesa :

“Primer. Resoldre el contracte... per causa imputable al contractista, en concórrer les causes previstes a l'article 246.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre... en haver-se declarat l'obertura de la fase de liquidació de l'adjudicatari en el procediment concursal 29/2015...”

*Segon. **Incautar** la garantia constituïda per l'empresa (adjudicatària) en data 28 d'octubre de 2010, per la quantitat de 155.290'60 euros...en concepte de fiança definitiva...de conformitat amb l'article 208 de la Llei de Contractes del Sector Públic, i l'article 113 del Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, a fi de **respondre dels danys i perjudicis ocasionats a l'Administració...Tanmateix, i de conformitat amb l'article 208.4 de LCSP el contractista **perdrà definitivament aquesta garantia dipositada en cas de declara-se culpable en el concurs de creditors** (en tràmite)...i en cas de respondre pels danys i perjudicis ocasionats a conseqüència de l'execució defectuosa del contracte.***

Tercer. Iniciar l'oportuna reclamació al contractista d'indemnització per danys i perjudicis...”

3) La parte actora interpuso recurso contencioso contra dichos acuerdos en fecha 19 de febrero de 2016.

Solicitó, en el suplico del escrito de demanda, que :

“se dicte Sentencia anulando y dejando sin efecto la resolución impugnada por la que se resuelve el contrato...y en su lugar se dicte una nueva por la que se resuelva el contrato...por causa no imputable a la concesionaria y sin que se incaute la garantía constituida para responder de sus obligaciones como concesionario ni se le exija indemnización por daños y perjuicios”.

TERCERO.- 1) Insiste en esta alzada la parte demandada y apelante, en solicitar la inadmisión del recurso contencioso, con invocación entre otros preceptos relativos a la legitimación activa y a la capacidad para litigar, del art. 54.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y del art. 69 b) LJCA.

Ello, pese a los razonamientos en contra de tal alegato, contenidos en el FJ 2º de la Sentencia apelada.

Resulta de los autos de 1ª instancia, que la Sociedad actora y apelada, cuanto interpuso el presente recurso contencioso, el 19 de febrero de 2016, se hallaba en situación de concurso voluntario, declarada por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, en virtud de Auto de fecha 27 de marzo de 2015 (fol. 160 de los autos).

Mediante subsiguiente Auto de 20 de mayo de 2015 (fol. 267 de los autos), el mismo Juzgado acordó la apertura de la fase de liquidación de la Sociedad, con cese de su órgano de administración - anteriormente intervenido -, *“cuyas facultades serán desempeñadas por la administración judicial”*, designada en el primer Auto.

El nombramiento había recaído en Pluta Abogados y Administradores Concursales SLP, que designaron como persona natural para representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio del cargo, ex art. 30 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, a D. [REDACTED] (fols. 11 a 13 de los autos).

Interpuesto el recurso contencioso el 19 de febrero de 2016 según se ha reseñado, el siguiente 2 de marzo de 2016 el Sr. [REDACTED] efectuó una comparecencia apud acta ante el Juzgado a quo en la que, en su condición de administrador judicial, apoderó a la Sra. causídica actuante *“a fin de que represente a la actora en el presente recurso...interpuesto contra la resolución dictada por Ajuntament de Cabriils...”*(fol. 9 de los autos).

El siguiente 29 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, mediante Providencia de esa fecha, autorizó especialmente *“a la Administración Concursal a ejercitar recurso contencioso-administrativo, en interés de la masa del concurso, contra el Ayuntamiento de Cabriils”* (fol. 23 de los autos).

2) Con arreglo al art. 54 (*“Ejercicio de acciones del concursado”*) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal :

*“1. En caso de **suspensión** de las facultades de administración y disposición del deudor, **corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal**. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.*

2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla”.

Y conforme al art. 145.1 de la misma Ley, *“La situación del concursado **durante la fase de liquidación será la de suspensión** del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley”.*

En el presente supuesto, es evidente que la Sociedad actora actuó por medio de su administración concursal, y ello con conocimiento y autorización del Juzgado Mercantil y en defensa de la masa del concurso – pudiendo considerarse, a mayor abundamiento, que dicha autorización refuerza la decisión de la administración judicial, a los efectos del art. 45.2 d) LJCA -, careciendo de la mínima consistencia el óbice de la parte demandada y apelante a la admisibilidad del recurso, ex art. 69 b) LJCA.

Así las cosas, resulta improcedente por incongruente con la 1ª instancia a la par que innecesario, que la Sra. causídica actuante en representación de la parte actora y apelada, comparezca en esta alzada como pretende, en la doble representación de la concursada Areva Trading SLU y de su administradora concursal Pluta Abogados y Administradores Concursales SLP, bastando que, conforme a cuanto antecede, lo siga haciendo en nombre de la primera, mediante el apoderamiento conferido por la administración concursal designada por el Juzgado de lo Mercantil.

CUARTO.- 1) Procediendo pues entrar en el fondo del asunto tal como se plantea en esta alzada, la cuestión está en que el Ayuntamiento demandado y apelante, al acordar, en la sesión plenaria de fecha 21 de diciembre de 2015 (FJ 2º precedente) *“Incautar la garantía constituida per l’empresa (adjudicataria, aquí actora)... a fi de respondre dels danys i perjudicis ocasionats a l’Administració...”* :

a) Incurrió en incongruencia respecto del objeto del procedimiento administrativo que resolvía, en los términos de su previo acuerdo también plenario de incoación, de 30 de julio de 2015 ; y

b) Al mismo tiempo, en contradicción con la causa objetiva motivadora del acuerdo de incoación, a saber, la declaración de concurso de la concesionaria y la apertura de la fase de liquidación de aquélla, con arreglo a los arts. 206 b), 207.2, 245 b) y 246.2 LCSP, anticipaba de hecho la atribución de culpabilidad a la concesionaria, su incumplimiento contractual y la producción de daños y perjuicios indemnizables, en los términos de los arts. 208.4 y 5, 245 j) y 247.4 LCSP, y arts. 111 y 113 del RGLCAP, R. D. 1098/2001, de 12 de octubre.

2) En efecto, el acuerdo de incoación del procedimiento de 30 de julio de 2015 precisaba en sus FJ que :

“Atenent l’estat actual d’inici de tramitació del present expedient administratiu de resolució contractual per imperatiu legal, sense que es pugui determinar si la resolució és per per causa imputable al concessionari... sense que encara s’hagi qualificat (el concurso de acreedores), procedeix no determinar encara en aquest moment procedimental si el contratista ha d’indemnitzar a l’Administració dels danys i perjudicis ocasionats, sense perjudici que es determini posteriorment i que l’Ajuntament continuï tenint l’aval presentat en el seu dia pel concessionari”.

En tales términos se confirió audiencia del procedimiento a la concesionaria.

No obstante, en la resolución aquí impugnada, dictada el 21 de diciembre de 2015, se acordó en el sentido que consta, y ello, sin que hubiera mediado una decisión del Juzgado de lo Mercantil, en cuanto a la calificación del concurso.

Al respecto, la “*Incautación*” acordada de la garantía constituida, “*a fi de respondre dels danys i perjudicis ocasionats*”, resulta tanto más equívoca, - cuanto menos -, a la luz de lo manifestado por la defensa procesal del Ayuntamiento en el escrito de contestación a la demanda, donde se afirmaba (fol. 25) :

*“Es innegable que la resolució contractual a l’ampara de l’article 246.2 de la LCSP és unicament imputable a la concessionària. Però, a més, la part actora incórrer (sic) en un greu error en relació a la incautació de la garantia ja que tal i com consta en el propi acord **aquesta confiscació de la garantia va lligada...**”* (subrayado y con negrita en el original).

Así las cosas, coinciden la Comissió Jurídica Assesora en su Dictamen nº 367/2015, obrante en el expediente administrativo, y la Sentencia apelada, en que, en tales condiciones, no resultaba procedente la declaración de incautación de la garantía constituida en su día por la concesionaria actora, contenida en la acuerdo municipal de fecha 21 de diciembre de 2015, “*pero sí su retención provisional en tanto se determine por el Juez Mercantil competente si el concurso es fortuito o culpable*” (fallo de la Sentencia apelada).

Ello cuando además, la declaración anulada, según pone de manifiesto el Juzgado a quo, causaba indefensión a la concesionaria actora, por cuanto se le confirió audiencia en el expediente en relación con la causa objetiva de resolución contractual derivada de su situación de concurso, a la que se ceñía la resolución municipal inicial de 30 de julio de 2015, mientras que en la resolución posterior aquí impugnada, se anticipaba de hecho la atribución de culpabilidad a la concesionaria, su incumplimiento contractual y la producción de daños y perjuicios indemnizables.

Siendo así que con arreglo al art. 208.5 LCSP, “*...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*”.

Y que por ende, la incautación de la garantía definitiva constituida, se anuda al incumplimiento culpable del contratista (STS, Sala 3ª, de 30 de septiembre de 2019, rec. 3556/2017).

3) Transmutada de este modo la declaración de incautación de la garantía contenida en la resolución municipal impugnada, por su retención provisional, con arreglo al fallo de la Sentencia apelada, el recurso de apelación conviene en definitiva en la procedencia de esto último, cuando afirma que :

“l’Acord Segon dels adoptats pel Ple de l’Ajuntament de Cabrils de 2015 efectua una mera retenció de la garantia dipositada en el seu dia pel concessionari...” (fol. 7).

“la garantía constituïda...es retén fins al moment en el que el concurs de creditors sigui qualificat pel Jutjat Mercantil núm. 4 de Barcelona” (fol. 8)

*“l Acord Segon... diu que S'INCAUTA, NO CONFISCA, la fiança definitiva dipositada... Per tant, resulta evident que aquest Ajuntament procedia a **RETENIR DE FORMA PROVISIONAL** (sic, en mayúsculas y negrita) aquesta garantía..” (fol. 10)*

*“La garantía dipositada... queda **retinguda** per l’Ajuntament..” (fol. 12)*

QUINTO.- Si de eso se trataba realmente, no se entiende el sentido y la necesidad del presente recurso de apelación, cuyo carácter gratuito se colige de los propios términos del escrito en que se formalizó.

Procede pues, por cuanto antecede, la desestimación del mismo e igualmente, con arreglo al art. 139.2 y 4 LJCA, imponer las costas procesales en esta alzada a la parte demandada apelante, si bien, conforme al criterio mayoritario del Tribunal, dicha condena lo será hasta la cifra máxima de 1.500 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la Sentencia dictada en fecha 27 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso nº 12 de Barcelona, la cual se confirma por estimarse ajustada a derecho.

2º.- CONDENAR a la parte demandada apelante al pago de las costas devengadas en esta alzada, hasta el límite de 1.500 euros.

Contra esta Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al art. 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el art. 86 y siguientes LJCA.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.