

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
VIGO

SENTENCIA: 00036/2019

-

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)

Equipo/usuario: MC

N.I.G: 36057 45 3 2017 0000628
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000328 /2017 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: COCHERAS OLIVICAS DE PUENTES, SAU EN LIQUIDACION
Abogado:
Procurador D./Dª: VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

SENTENCIA N° 36/2019

En Vigo, a seis de febrero de dos mil dieciocho.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS-ÁNGEL FERNÁNDEZ BARRIO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Ordinario, seguidos con el número 328/2017, a instancia de "COCHERAS OLÍVICAS DE PUENTES S.A.U. EN LIQUIDACIÓN", representada por el Procurador Sr. Regueiro Muñoz bajo la dirección técnica de la Letrado Sra. Pedrosa Leis, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por la Procuradora Sra. Nogueira Fos y defendido por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos; contra el siguiente acto administrativo:

Resolución de la Xunta de Gobierno Local del Concello de Vigo de 10.8.2017 por la que se deniega la solicitud efectuada por la administración concursal de la ahora demandante para la declaración de la resolución del contrato de concesión y su liquidación en relación con el contrato de concesión del servicio público para la redacción de proyecto, construcción y posterior gestión de

tres aparcamientos públicos para vehículos automóviles en Avda. Castelao, Jenaro de la Fuente y Rosalía de Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito formulado por la representación de la empresa en concurso demandante frente al CONCELLO DE VIGO contra la resolución arriba descrita.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se acordó sustanciarlo por los cauces del procedimiento ordinario.

Tras la recepción del expediente, se formalizó en tiempo y forma la demanda, donde la parte actora terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se acuerde anular dicha resolución por ser contraria a Derecho y, subsiguientemente, se condene a la Administración demandada a que admita a trámite la solicitud de liquidación del contrato de concesión y continúe con su tramitación para finalmente resolver sobre su importe; con imposición de costas.

TERCERO.- La defensa del Concello contestó a la demanda, en forma de oposición a su estimación, además de argüir causas de inadmisibilidad.

Se fijó la cuantía del pleito en indeterminada.

Se recibió a prueba, tras lo cual se presentaron los respectivos escritos de conclusiones escritas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De los antecedentes necesarios

1.- El 21 de mayo de 2007 la Xunta de Gobierno Local del Concello de Vigo adjudicó a "Puentes y Calzadas Grupo de Empresas S.A." el "Lote 2" del concurso para la concesión del servicio público para la redacción de

proyecto, construcción y posterior gestión de tres aparcamientos públicos para vehículos automóviles en Avda. Castelao, Jenaro de la Fuente y Rosalía de Castro.

El contrato, a tenor del art. 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se definió como de gestión del servicio público para la ordenación del tráfico (estacionamiento de vehículos) con ejecución de obras de aparcamientos subterráneos bajo la modalidad de concesión administrativa, regido por las disposiciones del entonces vigente 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, y con una duración de la concesión de cincuenta años.

2.- El 21 de junio de aquel año, la adjudicataria presentó escrito indicando que en la oferta que había presentado a concurso obraba la propuesta y el compromiso de constituir una sociedad concesionaria unipersonal -si finalmente resultaba adjudicataria- a la que aportaría determinado capital; por ello, solicitaba que el acuerdo de adjudicación se completase con la precisión de que, si bien la adjudicación del Lote 2 era a "Puentes y Calzadas Grupo de Empresas S.A.", ésta constituirá una sociedad concesionaria, unipersonal, a la que aportará el capital comprometido y con la que se otorgará el contrato adjudicado. Su denominación sería "Cocheras Olívicas de Puentes S.A. (unipersonal)".

3.- El 6 de agosto, la XGL aclaró el acuerdo de adjudicación en los siguientes términos: "entender que el acuerdo adoptado por la XGL de 21 de mayo de 2007 por el que se adopta la adjudicación de la concesión del servicio público para la redacción de proyectos de construcción y explotación de los aparcamientos subterráneos del denominado lote 2 a Puentes y Calzadas S.A. es extensivo a Cocheras Olívicas de Puentes S.A. (unipersonal), por así constar en la proposición ganadora del concurso".

4.- El 26 de julio se otorgó la escritura notarial de constitución de la nueva empresa, fundada por la adjudicataria, que suscribió la totalidad del capital social, y configurando un Consejo de Administración como

órgano de administración compuesto por 5 personas físicas y la fundadora (que específicamente designaba a su representante).

A tenor de sus Estatutos, esta nueva sociedad se regiría, además de por la legislación mercantil específica, por el PCAP del concurso.

Su objeto social radicaba exclusivamente en la construcción y explotación de los aparcamientos que se englobaban en el Lote 2.

5.- El 10 de octubre de 2007 se firma el contrato de concesión, donde la nueva empresa se compromete a la ejecución con estricta sujeción a los pliegos y prescripciones técnicas.

6.- Cocheras Olívicas es la titular registral de las concesiones correspondientes.

7.- En el procedimiento de concurso ordinario tramitado con el nº 116/2017 ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña se dictó Auto el 20 de abril de 2017 declarando a "Cocheras..." en concurso voluntario, y en resolución del 7 de junio siguiente se abrió la fase de liquidación.

8.- El 20 de junio, la Administración Concursal solicita del Concello de Vigo la declaración de resolución del contrato y la incoación del procedimiento de liquidación.

9.- En sesión extraordinaria y urgente de 10.8.2017, la XGL acordó denegar tal solicitud.

10.- El Concello de Vigo interpuso demanda incidental impugnando el inventario y la lista de acreedores elaborados por la administración concursal del concurso, pretendiendo la exclusión del inventario de los activos correspondientes con la concesión administrativa para la construcción y posterior gestión de los tres aparcamientos.

En Sentencia de 14 de noviembre de 2017, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda; decisión que fue confirmada en apelación por la AP A Coruña en Sentencia de 10 de mayo de 2018.

Entretanto, el 16 de febrero de 2018, el Juez del concurso declaró el cese de la actividad empresarial de la concursada y el cierre de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuese titular.

SEGUNDO.- De la admisibilidad de la demanda

En primer término, en la contestación a la demanda se cuestiona la legitimación de la ahora demandante para impugnar la resolución que denegó la declaración de resolución contractual y la apertura del procedimiento de liquidación; además de invocar la figura procesal del litisconsorcio activo necesario. Todo ello, haciendo supuesto de la cuestión de que la aquí demandante es una mera sociedad instrumental de la verdadera adjudicataria, el Grupo Puentes, que es quien -a su juicio- debiera intervenir en el proceso y, por otro lado, asumir la continuidad de la gestión de la concesión, tachando a "Cocheras" de sociedad instrumental de aquélla. Término eminentemente peyorativo ligado a propósitos de cubrir objetivos espurios, sobre todo en el ámbito de la fiscalidad (con la finalidad de soportar menor carga impositiva).

Esa institución procesal, la de litisconsorcio activo necesario, carece de cualquier sentido en nuestro proceso contencioso administrativo. Pues no se trata ya de que aquel instituto, ciertamente excepcional (pues a nadie se puede obligar a formular demanda), sea propio de procesos que nada tienen que ver con el presente, sino de que la figura del coadyuvante no se halla contemplada en nuestro orden jurisdiccional, ni en el proceso que le es propio, sin perjuicio de que pueda ocupar la posición actora una pluralidad de personas.

Cuestión distinta sería que nos encontrásemos ante una asociación de empresas, que es una forma jurídica que contempla el ordenamiento como una de las varias posibles para participar en este tipo de adjudicaciones. De esta manera, cuando una empresa concurre bajo esa cobertura jurídica lo hace como una opción libre, en vez de hacerlo

de forma separada. Al optar por esa forma de concurrir está libremente vinculando su interés al conjunto de la asociación de empresas, que será la entidad afectada por la decisión de la Administración convocante tanto si se le adjudica el concurso como si no. En caso afirmativo, la agrupación de empresas debía constituir una forma jurídica apropiada a la gestión de la concesión que sería la titular de los derechos y obligaciones derivados de la adjudicación y, en caso contrario, la propia agrupación sería la perjudicada por la decisión administrativa. En ambos casos será la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación. En este sentido, las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso.

Pero el caso analizado no es ése. No concurrió una asociación o unión de sociedades, sino una mercantil ("Puentes y Calzadas Grupo de Empresas S.A.") con personalidad jurídica propia, que había propuesto en su oferta constituir, si resultaba adjudicataria, una nueva sociedad para desarrollar el contenido del contrato, asumiendo la entidad así creada, la condición exclusiva de concesionaria/contratista. Y así aconteció, reconociendo la Administración la procedencia de remendar el tenor de la adjudicación para dar cobijo a la entrada de una nueva persona jurídica que asumiría el compromiso de obra pública y gestión del servicio público.

La Administración ha reconocido a la aquí demandante como concesionaria en múltiples actuaciones precedentes, pudiendo destacarse: las modificaciones del contrato acometidas en los años 2008, 2009 y 2013; la resolución contractual solicitada por la concesionaria que desembocó en el proceso judicial tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso nº 2 de esta ciudad como PO 96/2013 y que concluyó con Sentencia firme de 2.10.2014; o la modificación contractual propuesta a raíz de la primera

declaración de concurso voluntario de la concesionaria que data de diciembre de 2014.

En consecuencia, la actora posee legitimación activa propia y la relación jurídico-procesal está debidamente constituida.

TERCERO.- De la titularidad de la concesión

A tenor del art. 232.3 del 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 (que es la normativa de referencia, al hallarse en vigor en la época de la licitación y adjudicación), quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.

Como se plasma con todo acierto en el informe jurídico emitido el 5 de febrero de 2016 por la Letrada-Jefe del Servicio de Asesoramiento de la Asesoría Jurídica del Concello de Vigo (al folio 483 de estos autos), si bien esta norma se refiere específicamente al contrato de concesión de obras, la Sala de lo Contencioso del TSJ Galicia consideró procedente, en su Sentencia de 30.4.2009, la aplicación de la posibilidad que contempla a los contratos de gestión de servicio público con obra, mediante concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

En el Fundamento Jurídico 2º de esa Sentencia se escribe: "tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003 no cabe hablar de un contrato de concesión de obra pública, como decía el artículo 130 antes de su reforma por dicha Ley, y la financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público no es aplicable a los supuestos en que, por su naturaleza y sus características, sea susceptible de explotación económica, en los que es de

aplicación el contrato de concesión de obras públicas. El último, porque ninguna diferencia, salvo en el plazo, existe entre ese contrato conjunto y el de concesión de obra pública, en su modalidad de construcción y explotación, según se define en el artículo 220 del TRLCAP y se regula en los siguientes. Respecto al plazo, es cierto que el de 50 años establecido en el Pliego rebasa el de 40 señalado como máximo en el artículo 263.1 del TRLCAP, lo que no ocurre con el determinado como tal en su artículo 157 .a) al regular el contrato de gestión de servicios públicos. Pero el artículo que precede a este último, al regular las modalidades de la contratación de la gestión de servicios públicos, dice que, entre otras, podrá adoptar la siguiente: "Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 232 de esta Ley ". También se remite a la regulación del contrato de concesión de obras públicas el artículo 158.2 del TRLCAP al referirse a las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos si comprenden, como es el caso, la ejecución de obras. En consecuencia la Administración no podía excluir del concurso a las recurrentes con el referido argumento de la naturaleza del contrato, ya que ésta no excusaba la aplicación de la previsión contenida en el citado artículo 232.3."

Idénticos razonamientos se plasmaron en la Sentencia de la misma Sala de 14.5.2009.

Lo cierto es que, como se indicó más arriba, el Concello aceptó "extender" la adjudicación del contrato a la nueva empresa, creada al efecto por la licitadora ganadora; pero esa extensión no comporta que existan dos concesionarios vinculados por una suerte de solidaridad, sino que, en recta interpretación del precepto que autorizaba esa mutación, viene a suponer que el auténtico responsable del cumplimiento derivado de las obligaciones del contrato de gestión del servicio público es el nuevo ente. Y esta conclusión cohonesta bien con el apartado segundo del art. 10 del PCAP, en el que se señala que el

contrato se otorgaría con una sola persona o entidad, salvo la constitución de una UTE, que obviamente no es el caso.

Es por ello que se alcanza la conclusión de que la empresa titular de la concesión administrativa era Cocheras Olívicas de Puentes, S.A., al igual que se decidió en sede concursal. Es pertinente plasmar aquí el siguiente razonamiento contenido en la SAP A Coruña de 105.2018 arriba citada: "no puede admitirse, tal como se mantiene por la parte apelante en su recurso (se refiere al Concello de Vigo), que sea una mera sociedad instrumental de Puentes y Calzadas Grupo de Empresas, S.A., como titular de la concesión, por cuanto vino a ser sustituida en todos los derechos y obligaciones por Cocheras Olívicas de Puentes, S.A., en virtud de su compromiso de constituir una sociedad, que será la titular de la concesión. Y en definitiva, los bienes y derechos de la concursada, en su condición de entidad cesionaria, deben incluirse en el activo del inventario, dado que con la apertura de la fase de liquidación, por ministerio de ley, produce el efecto de la resolución del contrato de concesión de conformidad con lo dispuesto en el [Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio](#), que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (arts 112.2, 167, 264 b) y 265.2). Todo ello, sin perjuicio de la procedente liquidación del contrato administrativo, conforme a las previsiones legales y a las propias cláusulas del pliego rector de la contratación aprobado por el Excmo. Concello de Vigo."

CUARTO.- De los efectos de la declaración de concurso

A tenor del art. 111.b) del RDLeg. 2/2000, es causa de resolución del contrato administrativo, en general, la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Precepto al que se remite el art 167 al regular las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos en particular.

Añade el art. 112, en sus dos primeros apartados, lo siguiente:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine.

2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, originarán siempre la resolución del contrato.

En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma...”

En la fase de declaración de concurso, la resolución de la concesión es potestativa, de suerte que es factible que durante la misma continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión; ciertamente corresponde a la Administración, en virtud de la prerrogativa de autotutela que le atribuye el ordenamiento jurídico, la «facultad» de resolver el contrato; se trata de una potestad resolutoria discrecional de la Administración Pública en cuyo ejercicio no puede interferir el juez del concurso y que, al estar sujeta a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, es susceptible de control judicial en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo, cuando a la declaración de concurso sigue, se inicia, la fase de liquidación, la resolución es obligada, opera por imperativo legal; no queda a voluntad de la Administración declararla, sino impone al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato sin posibilidad de optar entre exigir su cumplimiento o resolverlo.

La Administración queda obligada por mandato legal, sin que quepa obviar que dicho mandato deriva directamente de la decisión del órgano judicial competente que inicia la fase de liquidación en el procedimiento concursal, pues es la consecuencia que anuda la ley a su declaración y que imperativamente se impone a la Administración. Por tanto, cabe convenir que la apertura de la fase de liquidación produce siempre la resolución de la concesión, como se desprende categóricamente de la redacción del art. 112.2: "la apertura de la fase de liquidación originará(n) siempre la resolución del contrato".

En definitiva, producida ope legis la extinción de la concesión, es preciso proceder a su liquidación.

En consideración a lo expuesto, procede la estimación de la demanda, por cuanto, una vez abierta la fase de liquidación concursal el 7 de junio de 2017, el Concello de Vigo carecía de capacidad de decidir acerca de la resolución o continuidad de la concesión. Por ministerio legal, a esa fecha quedaba resuelto el contrato administrativo, y únicamente quedaban las partes abocadas a su ordenada liquidación.

QUINTO.- De las costas procesales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la L.J.C.A., ha de regir el criterio objetivo del vencimiento, por lo que se imponen a la parte demandada, si bien se moderan prudencialmente en la cifra máxima de cuatrocientos euros, más impuestos, en concepto de honorarios de Letrado.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimando como estimo la demanda interpuesta por "COCHERAS OLÍVICAS DE PUENTES S.A.U. EN LIQUIDACIÓN",

frente al CONCELLO DE VIGO, representado, en Procedimiento Ordinario nº 328/2017, debo declarar y declaro contraria al ordenamiento jurídico la resolución administrativa citada en el encabezamiento, por lo que la anulo y dejo sin efecto.

En consecuencia, condeno a la Administración demandada a que admita a trámite la solicitud de liquidación del contrato de concesión y continúe con su tramitación para finalmente resolver sobre su importe.

Las costas procesales -hasta la cifra máxima de cuatrocientos euros, más impuestos- se imponen a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme pues contra ella cabe interponer Recurso de apelación en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación, del que conocerá la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Galicia; para su admisión, la parte recurrente habrá de ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este órgano judicial (obligación de la que está exenta la Administración).

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr.Magistrado-Juez que la suscribe,

hallándose celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha.

Doy fé