

Expediente Núm. 307/2013
Dictamen Núm. 206/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de octubre de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 13 de septiembre de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de servicios de vigilancia y seguridad para el Teatro Campoamor, Teatro Filarmónica y otras dependencias o actividades de la Concejalía de Cultura, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 19 de noviembre de 2009, se adjudica el contrato de servicios de vigilancia y seguridad para el Teatro Campoamor, Teatro Filarmónica y otras dependencias o actividades de la Concejalía de Cultura, por un precio máximo anual de 131.896 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución de dos años.

El día 30 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación, el justificante de depósito en la Tesorería municipal de la garantía definitiva por importe de 13.189,60 euros y el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, con fecha 15 de noviembre de 2012, relativo a la prórroga del contrato hasta el 30 de noviembre de 2013.

3. En sesión celebrada el día 14 de enero de 2013, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato "por incumplimiento culpable" del contratista respecto de las "obligaciones contractuales de prestación del servicio contratado y laborales (impago de salarios)".

Dicho procedimiento termina con un Acuerdo del órgano de contratación, adoptado el 16 de mayo de 2013, por el que se dispone "proceder al archivo del procedimiento de resolución del contrato por entender que no se ha acreditado que la falta de prestación del servicio entre el 18-12-2012 y el 22-02-2013 se deba a comportamiento culpable imputable al contratista, al estar motivado por la huelga de los trabajadores, ajustada a las previsiones legales para el ejercicio de tal derecho".

4. El día 17 de julio de 2013 se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que el Administrador Concursal de la contratista manifiesta que esta "se encuentra en fase de liquidación, según el Auto dictado por el Juez del Juzgado Mercantil N.º 2 de Bilbao el día 20 de junio de 2013". Añade que "a partir del 31 de diciembre de 2013 no será posible poder mantener el servicio, por lo que se lo comunicamos al objeto de que ustedes puedan adoptar la decisión que consideren más oportuna para sus intereses". Al escrito adjunta una copia del auto judicial, en cuya parte dispositiva consta que "se abre la fase de liquidación" y que "se declara disuelta la entidad concursada, cesando en su función sus administradores sociales, que serán sustituidos por la administración concursal".

5. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 24 de julio de 2013, acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato "por haber sido

abierta la fase de liquidación de la empresa adjudicataria (...), declarándose disuelta la entidad concursada”, y proceder a la “determinación de la existencia de daños y perjuicios al Ayuntamiento como consecuencia de la resolución, que, caso de existir, serán satisfechos con cargo a la garantía definitiva constituida, condicionando, en todo caso, el pronunciamiento sobre la cancelación o pérdida de la garantía al resultado de la calificación del concurso”, así como dar audiencia a la empresa, al administrador concursal y a la entidad avalista por plazo de diez días.

6. Durante el trámite de audiencia se recibe un escrito de alegaciones del Administrador Concursal. En él señala que “las decisiones de la Administración pública sobre la continuidad o resolución del contrato administrativo, en caso de concurso, se han de adoptar en función del interés general”, y que, “desde la perspectiva del servicio al interés público y, lo que es más importante, del servicio con eficacia a los intereses generales que proclama el artículo 103.1 de la CE, siempre será mejor no interrumpir la prestación del servicio y asegurar con ello el cumplimiento del fin público a cuya satisfacción sirve el contrato”.

Afirma que “no parece que la resolución anticipada, en la forma propuesta que se trasciende de la resolución notificada, por la situación de liquidación, cuando al contrato de prestación de servicio le quedan tres meses escasos de subsistencia, constituya una medida cuyo aderezo sea precisamente garantizar la efectiva y eficaz prestación del servicio público”, y que resultaría “más apropiado (...) mantener la prestación (...) hasta que esa Administración adjudique el servicio de forma definitiva a otra empresa”.

Seguidamente indica que la potestad administrativa de resolución contractual, en tanto supone “una medida de ejecución contra el patrimonio del concursado”, debe cohonestarse con lo establecido en el artículo 8.3 de la Ley Concursal, lo que, a su juicio, implica que la Administración debería “acudir al concurso para instar la ejecución de su decisión”, habida cuenta de la “competencia exclusiva y excluyente” del juez.

Entiende que, “dada la naturaleza del contrato de servicios, en la que lo básico por parte de la empresa es la aportación de mano de obra que realiza el

servicio contratado”, la Administración “debe considerar como interesados en el procedimiento” a los trabajadores, a través de sus representantes legales.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, estima que “para que proceda la incautación de la fianza se deben dar, cumulativamente dos circunstancias, la causa de resolución, en este caso la liquidación, según arguye el Ayuntamiento de Oviedo, y además, la declaración de culpable del concurso, esto último no ha ocurrido. Sin que concurran ambas circunstancias no es posible proceder a la no devolución de la fianza depositada”.

Por ello, solicita que se le tenga “por opuesto al inicio del expediente de resolución del contrato, por considerar que la Administración, aun en el caso de que tenga causa de resolución del contrato, debe proceder a sujetarse a la jurisdicción del juez del concurso para la ejecución de la misma; además se debe tener por interesados a los trabajadores (...) y, en el caso de que se proceda a declarar la resolución del contrato, se deberá reintegrar la fianza”.

7. Con fecha 13 de agosto de 2013, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior suscribe un informe en el que, tras significar que “se ha abierto la fase de liquidación de (la adjudicataria), apertura que da lugar a la resolución del contrato”, señala que “la fecha de finalización ‘ordinaria’ del contrato es el próximo 30-11-2013, habiéndose iniciado ya las actuaciones para la tramitación de una nueva licitación (...). La tramitación del expediente de contratación (elaboración de pliegos, informes preceptivos, acuerdos del órgano de contratación, convocatoria de la licitación y adjudicación y formalización) podrá estar ultimada, en principio, para la fecha en que finaliza el plazo del contrato”.

Refiere que, “hasta la fecha, las únicas actuaciones que constan en el expediente relacionadas con posibles incumplimientos por la empresa de sus obligaciones contractuales” son las relativas al “expediente de resolución iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 14-01-2013, motivadas por la no prestación del servicio como consecuencia de la convocatoria de huelga general por parte de los trabajadores (motivada por el impago de salarios), actuaciones que concluyeron con el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno el día 16-05-2013, por el que se procedió al archivo del procedimiento de resolución por entender que no se había acreditado que la falta de

prestación del servicio entre los días 18-12-2012 y el 22-02-2013 se debiese a comportamiento culpable imputable al contratista, al estar motivado por la huelga de los trabajadores, ajustada a las previsiones legales para el ejercicio de tal derecho, no derivándose daños y perjuicios para el Ayuntamiento que no se entendiesen resarcidos por el coste 0 del servicio durante los días de huelga”, y que “por el Coordinador de Cultura (...) se ha señalado a quien suscribe, verbalmente, que la empresa ha continuado prestando el servicio y que los trabajadores han estado percibiendo sus salarios”.

Entiende que “tal vez podría considerarse procedente, salvo mejor criterio”, que la empresa contratista continuase prestando el servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato.

8. El día 22 de agosto de 2013, una Letrada Consistorial emite un informe en el que señala que la apertura de la fase de liquidación “da lugar a la resolución del contrato por mandato legal”, y que la cancelación de la garantía definitiva “queda condicionada” tanto a la “inexistencia de daños y perjuicios al Ayuntamiento” como a la calificación del concurso por parte del Juzgado de lo Mercantil.

Indica que el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia por el Administrador Concursal “es una oposición a la resolución del contrato”, lo que implica que sea preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo, y sostiene que, “una vez (...) tramitado el procedimiento del art. 109.2 del Reglamento General de Contratos y que sea decretada la resolución del contrato, este quedaría inmediatamente extinguido y finalizaría automáticamente la prestación del servicio, aunque lo cierto es que, dadas las fechas en que nos encontramos, y considerando los trámites procedimentales que han de realizarse al amparo del citado artículo, que conllevan la necesidad de recabar dictamen del Consejo Consultivo, es previsible que el procedimiento de resolución se dilate hasta aproximadamente la fecha límite de vigencia del contrato (30-11-2013), según se detalla en el informe de la Adjunta al Área del Servicio de Contratación, lo que posibilitaría también la finalización del nuevo procedimiento de licitación convocado” y “aseguraría la continuidad en la prestación del servicio”.

9. Con fecha 3 de septiembre de 2013, el Interventor General informa que “se ha producido la apertura de la fase de liquidación y, una vez ha entrado el concurso en esta fase, la resolución es automática y no potestativa para la Administración, a diferencia de lo que pasa en las restantes causas de resolución, que son potestativas para la parte a quien no le sea imputable. La ley presume *iuris et de iure* que, en estos casos, el contratista deja de ser merecedor de la confianza de la Administración, sea cual fuere la calificación del concurso en fase de liquidación (incluso aunque sea fortuito). Estamos, por tanto, ante una causa objetiva de extinción”. Por ello, concluye que debe declararse la resolución del contrato “con vinculación de la garantía a lo que resulte de la calificación del concurso”.

10. El día 4 de septiembre de 2013, el Concejal de Gobierno de Contratación propone “considerar procedente la resolución del contrato (...), por ser la misma el efecto legal previsto en el art. 207.2 de la Ley de Contratos del Sector Público -224.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público-, al haber entrado en fase de liquidación el concurso de acreedores en el que se encuentra incurso la empresa, con vinculación de la pérdida de la garantía definitiva a lo que resulte de la calificación del concurso”.

11. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, en sesión celebrada el día 5 de septiembre de 2013, acuerda “dar traslado del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión del preceptivo informe” y “acordar la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución por el tiempo mediante entre la petición del informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo, sin que tal suspensión pueda exceder de tres meses”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de septiembre de 2013, registrado de entrada el día 17 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de

servicios de vigilancia y seguridad para el Teatro Campoamor, Teatro Filarmónica y otras dependencias o actividades de la Concejalía de Cultura, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con dichas normas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que "se formule oposición por parte del contratista".

En el caso que analizamos la oposición a la resolución contractual la formula el Administrador Concursal, que actúa en esta fase del procedimiento en sustitución de los administradores sociales y, por tanto, en representación de la empresa contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de servicios.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -19 de noviembre de 2009-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de

octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 194 de la LCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos determinados en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que se remite a la regulación de desarrollo, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención, según dispone el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites citados, debiendo señalarse que la participación de los trabajadores de la empresa, sin duda afectados por las operaciones liquidatorias, sigue un cauce legal propio al margen de este procedimiento, como es el establecido en los artículos 148 y 149 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante lo anterior, y puesto que se ha dispuesto la suspensión del transcurso de los plazos de tramitación del procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo y su recepción, hemos de recordar que la efectividad de dicha suspensión requiere, además de la adecuada comunicación a los interesados de la petición de nuestro dictamen -de la que no existe constancia en el expediente-, la de su recepción una vez que se haya producido.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP. Por tanto, son causas de resolución las recogidas en el artículo 206 de la misma Ley y, en cuanto al contrato de servicios, en el artículo 284 del mencionado texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual.

La resolución que se insta se basa en la causa prevista en el artículo 206.b) de la LCSP, a tenor de la cual la declaración de concurso es causa de resolución del contrato. Este precepto debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 207, cuyo apartado 5 señala que “En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución”, en tanto que el apartado 2 del mismo precepto establece que “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”.

Obra en el expediente una copia del Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao, de 20 de junio de 2013, en el que se declara la apertura de la fase de liquidación, por lo que concurre la causa resolutoria alegada, y, atendida la dicción legal del artículo 207.2 de la LCSP antes transcrito, opera de forma automática, como se pone de relieve en el informe de la Intervención General.

En efecto, con la apertura de la fase de liquidación y la disolución que aquella conlleva se inicia un proceso que culminará con la extinción de la empresa. Durante la fase de liquidación la sociedad subsiste, esto es, mantiene su personalidad jurídica; no obstante, el ejercicio de su objeto social, que hasta entonces venía constituyendo su fin principal, deja paso a la realización de las operaciones necesarias para saldar todas las relaciones jurídicas trabadas durante su actuación. Al producirse la disolución han de acometerse las operaciones de liquidación de la empresa, y, por ello, en algún momento a lo largo de este proceso, y antes de que tenga lugar la extinción de su personalidad jurídica, se producirá el abandono del ejercicio del objeto social. En estas circunstancias ya no puede garantizarse la correcta ejecución del contrato, ni, por ende, la satisfacción del interés público al que aquel va dirigido, razón por la cual la legislación que regula la contratación pública configura la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal como causa objetiva o automática de resolución.

Por lo que a los efectos de la resolución contractual se refiere, ha de estarse, en primer lugar, a lo señalado en el artículo 285 de la LCSP, apartado 1, en el que se establece que “La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración”.

Finalmente, y respecto a los efectos de la resolución del contrato sobre la garantía definitiva, la observancia de lo dispuesto en el artículo 208, apartado 4, de la LCSP, en el que se establece que “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”, impone que aquella deba

mantenerse sin cancelar hasta que, ultimada la vía judicial, se evidencie si el concurso ha recibido o no la calificación que determina su pérdida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por causa de declaración de concurso del adjudicatario, del contrato de servicios de vigilancia y seguridad para el Teatro Campoamor, Teatro Filarmónica y otras dependencias o actividades de la Concejalía de Cultura, adjudicado a la empresa "X", con los efectos expresados en el cuerpo de este dictamen."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.