

Expediente Núm. 353/2013
Dictamen Núm. 266/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de noviembre 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 Presidencia de 12 de noviembre de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de gestión del servicio público mancomunado de matadero, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo del Pleno de la Mancomunidad de Servicios del Valle del Nalón, de 5 de octubre de 2010, se adjudica el contrato de gestión del servicio público mancomunado de matadero, mediante concesión, por un plazo de diez años. El canon asciende a 30.300 euros anuales.

El día 26 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación. En la cláusula 10.1 de dicho pliego se establecen, entre las obligaciones del concesionario que se denominan “esenciales y generales”, la de “abonar el canon de concesión, con periodicidad trimestral, mediante transferencia bancaria”. La cláusula 14 determina, como causas de resolución del contrato, las de “incurrir el concesionario en infracción de sus obligaciones esenciales y generales, previo procedimiento de advertencia fehaciente de las concretas deficiencias, y concesión expresa de un plazo prudencial, de acuerdo con la naturaleza de tales deficiencias, para poder subsanarlas”, e “incurrir en falta muy grave en los términos indicados en la cláusula 29”. En esta cláusula se tipifica como falta muy grave, entre otras, la de “retraso de más de 30 días naturales en el pago del canon”. Finalmente, la cláusula 32 del mismo pliego establece que “cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía”.

3. Con fecha 26 de agosto de 2013, el Boletín Oficial del Estado publica un anuncio de la Secretaria Judicial del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Oviedo mediante el que se hace saber que, con fecha 30 de julio de 2013, se ha dictado auto declarando en “concurso voluntario y abreviado” a la empresa concesionaria.

4. El día 3 de septiembre de 2013, el Secretario-Interventor libra un informe en el que señala que “debe iniciarse un expediente de resolución de contrato (...) por estar declarada dicha empresa en concurso”, si bien precisa que “mientras el concurso no llegue a la fase de liquidación, si la Mancomunidad así lo estima, y siempre que se haya presentado garantía suficiente para la ejecución del

contrato, podrán continuar la ejecución del vigente (...). La Mancomunidad debería fijar dicha garantía, entendiendo este funcionario que la garantía definitiva prestada (...), con un importe de 15.150 euros, podría entenderse aplicable para garantizar la ejecución tras el concurso, con independencia de que la Mancomunidad pueda exigir una cuantía mayor”.

5. El Pleno de la Mancomunidad de Servicios del Valle del Nalón, en sesión celebrada el 9 de octubre de 2013, acuerda aprobar el “dictamen-propuesta” adoptado por la Comisión Informativa de Sanidad, Consumo, Bienestar Social y Matadero el día 7 del mismo mes, en el sentido de “iniciar expediente de resolución del contrato (...). Conceder a (la concesionaria), en trámite de audiencia, un plazo de diez días para que alegue lo que estime pertinente”.

6. Durante el trámite de audiencia se recibe en el registro de la entidad un escrito de alegaciones firmado por el representante de la concesionaria en el que manifiesta que la “mera declaración” de la empresa en situación de concurso “no es causa de resolución”, a menos que se haya entrado en la fase de liquidación, y, puesto que tal fase no se ha alcanzado aún en su caso, solicita que se “proceda al archivo del expediente”.

7. Con fecha 8 de noviembre de 2013 el Secretario-Interventor de la Mancomunidad suscribe una propuesta de resolución en la que destaca que el artículo 207.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, concede a la Administración la potestad de acordar la continuación del contrato con el empresario declarado en concurso, mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su continuación. Entiende que “dichas garantías deben ser distintas, al menos en parte, a la garantía definitiva exigida en toda contratación administrativa, pues, por una parte así lo exige la lógica prudencia en defensa del interés público en circunstancias tan

complicadas como es encontrarse con el concesionario en concurso”, y, “por otra parte, de no tratarse de garantías diferentes a la definitiva ya depositada sería absurda su mención en el citado artículo 207.5”. Refiere que “en el presente caso la empresa concesionaria declarada en concurso (...) no ha prestado ninguna garantía diferente a la definitiva (...), ni siquiera ha anunciado que la vaya a presentar. Sería en ese momento cuando la Mancomunidad podría manifestarse acerca de la posibilidad de continuar con el contrato la concursada”.

Asimismo, significa que la contratista “mantenía una importante deuda con la Mancomunidad en concepto de cánones de la concesión al momento de producirse la declaración de concurso”. Concreta que la empresa adeuda el canon desde el segundo trimestre de la segunda anualidad, y que dicha cantidad, que ascendía a “39.028,71 euros” a fecha 5 de septiembre de 2013, “continúa incrementándose al haberse cumplido otro trimestre”.

Finalmente, propone que el Pleno de la Mancomunidad adopte acuerdo de resolución del contrato, y que “se incaute la garantía depositada en su día por la empresa concesionaria, al menos hasta cubrir el importe de los cánones pendientes y, en su caso, la reparación de daños y perjuicios”, significando que “en caso de que el concurso fuese declarado culpable debería incautarse totalmente la citada garantía”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de noviembre de 2013, registrado de entrada el día 14 del mismo mes, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público mancomunado de matadero, 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 Presidencia de la Mancomunidad de Servicios del Valle del Nalón, 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.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -5 de octubre de 2010-, 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.

Por su parte, la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato se rige por criterios diferentes, remitiéndonos al momento de incoación del procedimiento, en este caso el 9 de octubre de 2013, lo que determina, en suma, la plena aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

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

A tenor de lo indicado, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente, ha de instruirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación reglamentaria, 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 un 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 las excepciones previstas en la Ley. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también es preceptivo el

dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como sucede en este caso, se formula oposición por parte del contratista.

En el supuesto analizado se ha cumplido con el trámite de audiencia mediante la del contratista, quien ha constituido la garantía definitiva cuya incautación se propone "en metálico", según se expresa en la propuesta de resolución. Se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico -que, tratándose de una Administración local, ha de entenderse de la Secretaría respectiva, a tenor de lo señalado en la disposición adicional segunda, apartado 8, del TRLCSP-, y debe estimarse cumplido, asimismo, el requisito de informe por la Intervención, dada la confluencia de ambas funciones en el Secretario-Interventor de la entidad. En definitiva, el expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites reglamentariamente establecidos.

TERCERA.- 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 gestión de servicios públicos, en el artículo 262 del mencionado texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual.

Del informe del Secretario-Interventor de la entidad, de fecha 8 de noviembre de 2013, resulta que el contratista viene incumpliendo desde el segundo trimestre del segundo año de ejecución su deber de satisfacer el canon comprometido. La desatención de esta obligación constituye una causa especial de resolución, de conformidad con lo establecido en la cláusula 14 del

pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación, cuyos efectos consisten, de ser imputable el incumplimiento a la culpa del contratista, en la incautación de la garantía definitiva para responder de los daños y perjuicios ocasionados, según determina la cláusula 32 del mismo pliego. En efecto, el artículo 206, letra h), de la LCSP, de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos a tenor de lo previsto el artículo 262 de la misma Ley, señala que son causas de resolución "Las establecidas expresamente en el contrato", siendo evidente que en la expresión entrecomillada deben entenderse comprendidas las fijadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas, según precisa el artículo 99.3 de la LCSP, se considerarán "parte integrante" del contrato.

No obstante, la resolución que se insta se fundamenta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 206.b) de la LCSP, en la declaración de concurso del adjudicatario, producida con posterioridad, más concretamente el día 30 de julio de 2013. Se propone que la resolución pretendida lleve aparejada la incautación de la garantía, "al menos hasta cubrir el importe de los cánones pendientes y, en su caso, la reparación de daños y perjuicios", pese a que el artículo 208.4 de la LCSP 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".

Este Consejo viene señalando reiteradamente que, ante la concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe acudir a la que se hubiere manifestado con anterioridad desde un punto de vista cronológico, lo que es relevante cuando las causas resolutorias surten distintos efectos en lo relativo a las consecuencias económicas de la extinción del contrato, y singularmente cuando una de ellas es la declaración de concurso del contratista. En definitiva, la Administración no puede acudir a la resolución fundada en la crisis empresarial -sin incautación de garantía a menos que el concurso sea declarado culpable, según el artículo 208.4 de la LCSP antes señalado- cuando media un incumplimiento anterior al concurso, pues en tales

situaciones el interés público exige esgrimir ese incumplimiento y ejecutar la garantía prestada, máxime cuando, de lo contrario, el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados afrontaría un severo riesgo de quedar desatendido.

También hemos advertido en anteriores dictámenes que el concurso no incide, de forma automática, en el contenido obligacional del contrato. En primer lugar, porque la declaración concursal no libera, por sí misma, al contratista del normal cumplimiento de las obligaciones que tiene contraídas y, en segundo término, porque aquella declaración no justifica el desplazamiento de la resolución por incumplimiento contractual, dado que la operatividad real de dicha causa se verifica cuando no existe este, pues la finalidad a que atiende la resolución constante el concurso es precisamente la de precaver el riesgo de incumplimiento contractual antes de su materialización.

Por ello, teniendo en cuenta el devenir de los acontecimientos que se refleja en el expediente, entendemos que la tutela del interés público exige que deba estarse a la causa especial de resolución que se ha producido antes en el tiempo, esto es, la establecida en la cláusula 14 del pliego, con las consecuencias que se señalan en la cláusula 32 del mismo documento.

La Administración consultante deberá para ello declarar la terminación del procedimiento de resolución contractual iniciado con base en el artículo 206.b) de la LCSP y, tras comprobar la persistencia del adjudicatario en el incumplimiento de la obligación de abono del canon comprometido, y sustanciar el trámite previsto en la cláusula 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación - “advertencia fehaciente de las concretas deficiencias, y concesión expresa de un plazo prudencial, de acuerdo con la naturaleza de tales deficiencias, para poder subsanarlas”-, iniciar, de resultar aquel requerimiento infructuoso, un nuevo procedimiento resolutorio fundado en la causa especial establecida en la cláusula 14 del pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación, en el que se evalúen todos los daños y perjuicios de los que deba responder la garantía definitiva. Una vez culminada

la instrucción y formulada nueva propuesta de resolución, deberá recabarse nuevamente el dictamen de este órgano consultivo de mediar oposición del contratista.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución, por causa de declaración de concurso del adjudicatario, del contrato de gestión del servicio público mancomunado de matadero, adjudicado a la empresa, al concurrir una causa resolutoria anterior en el tiempo a la declaración de concurso.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DEL VALLE DEL NALÓN.