

Expediente Núm. 174/2014
Dictamen Núm. 176/2014

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 17 de julio de 2014, 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 23 de junio de 2014 -registrada de entrada el día 1 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la declaración de caducidad del contrato de adecuación y explotación del edificio (palacete) situado en el campo municipal de golf de La Llorea, para su destino a hotel, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón de 23 de noviembre de 2000, se adjudica el contrato de adecuación y explotación del edificio (palacete) situado en el campo municipal de golf de La Llorea, para su destino a hotel. El contrato se sujeta a los siguientes plazos: de dieciocho meses para la ejecución de las obras de adecuación y de cuarenta años para la explotación del hotel en régimen de concesión.

El día 5 de febrero de 2001 se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, el justificante de depósito en la caja municipal de la garantía definitiva -constituida en metálico por importe de 4.000.000 de pesetas-, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación, así como la Resolución de la Alcaldía, de fecha 3 de febrero de 2009, por la que se accede a la solicitud de cancelación de la garantía definitiva formulada por la concesionaria. Los folios 196 y 197 del expediente son copia de sendos recortes de prensa, de fechas 10 y 11 de octubre de 2012, respectivamente, en los que se informa del cierre del hotel a finales de ese mismo mes.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares, la 9 establece que “en caso de incumplimiento por parte del adjudicatario de las condiciones establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, dará lugar a la pérdida de la garantía definitiva constituida, pudiendo el Ayuntamiento acordar, si así lo estima, la resolución del contrato, con exigencia al adjudicatario de las responsabilidades, daños y perjuicios que procedieran./ Independientemente de lo dispuesto en el apartado anterior, el Ayuntamiento podrá imponer las siguientes sanciones: multa de 200.000 pesetas por cada día de abandono, en todo o en parte de la prestación del servicio objeto de prestación; y multa de 500.000 pesetas, por incumplimiento de otras obligaciones de las comprendidas en el contrato”.

En la cláusula 22 del mismo pliego se señala que “el Ayuntamiento se reserva el derecho de rescatar la concesión antes de su vencimiento, si lo aconsejan circunstancias de interés público, salvo cuando el rescate esté basado en motivos imputables a culpa de concesionario, procederá el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios, de acuerdo con las disposiciones vigentes”, y en la 23 que “si el concesionario incurriese en infracción de carácter muy grave, que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público, incluyéndose los casos de desobediencia a las órdenes de modificación, el Ayuntamiento podrá declarar el secuestro de la concesión, con

el fin de asegurar aquel provisionalmente./ La declaración de secuestro provisional habrá de hacerse por el Ayuntamiento Pleno y será notificado al concesionario, al que se le dará un plazo prudencial para que proceda a corregir y subsanar las deficiencias y faltas que motivaran tal acuerdo. En el caso de que el concesionario no realizara lo necesario para la corrección y subsanación de las faltas dentro del plazo concedido, o se niegue al cumplimiento de las órdenes pertinentes se procederá por el Ayuntamiento a ejecutar el secuestro”.

La cláusula 24, relativa a la “caducidad de la concesión” establece que la declaración de caducidad procederá “en los siguientes casos: a) Si levantado el secuestro, el concesionario volviera a incurrir en las infracciones que le hubiere determinado, o en otras similares:/ b) Si el concesionario incurriera en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales./ c) Por incumplimiento del plazo de vigencia de la concesión./ d) No iniciar las obras en el plazo establecido en el pliego de prescripciones técnicas./ e) Incurrir en defectos graves en la ejecución de las obras, salvo que sean subsanadas con las debidas garantías técnicas./ f) Abandono por el concesionario de la realización del proyecto, bien por no iniciar las obras en el plazo previsto en este pliego o por interrupción en la construcción, entendiéndose por tal la suspensión de los trabajos sin causa justificada durante un plazo superior a treinta días./ g) No atender con la debida diligencia y cuidado a la conservación del edificio y la prestación del servicio, o no cumplir las instrucciones dictadas por la autoridad municipal sobre dichos particulares./ h) Por no adoptar las medidas correctoras de la actividad que se señale por el Ayuntamiento, en cumplimiento de las disposiciones vigentes”.

En la cláusula 26, se señala que procederá declarar la resolución del contrato, cuando se den, “además de las previstas legalmente”, las siguientes causas: “El incumplimiento de los términos de la oferta-proyecto presentada./ El incumplimiento de la obligación de mantenimiento y reparación de instalaciones./ El impago del canon./ El incumplimiento de la obligación de tramitar, previo cumplimiento a su cargo de los requisitos para la obtención de los permisos de apertura de las instalaciones hoteleras objeto de concesión./ El incumplimiento de la ejecución de las obras en los plazos establecidos./ El

incumplimiento de cualquiera de las determinaciones contenidas en las normas que regulan los establecimientos hoteleros”.

3. Con fecha 5 de noviembre de 2012, una persona que dice actuar en calidad de Administradora Solidaria de la empresa concesionaria presenta en el registro municipal un escrito en el que refiere que, con tal fecha, se ha presentado ante el Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón, solicitud de concurso voluntario de acreedores, “verificando a tales efectos, que la sociedad se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato de Concesión formalizado con esta Administración con fecha 5 de Febrero de 2001”.

4. El día 12 del mismo mes, se recibe en el registro municipal un escrito en el que la representante de la empresa contratista pone en conocimiento de los servicios municipales que, dada su situación económica, le resulta imposible asumir el coste del servicio de seguridad y vigilancia durante veinticuatro horas en el hotel, lo que traslada a la Administración titular del servicio al objeto de que “pueda tomar las medidas oportunas en aras a evitar los posibles perjuicios que puedan derivarse de esta situación”.

5. El día 13 de diciembre de 2012 se publica en el Boletín Oficial del Estado un anuncio mediante el que el Secretario Judicial del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón hace saber que, con fecha 20 de noviembre de 2011, se ha dictado Auto de declaración de concurso voluntario abreviado del concesionario, acordándose la intervención de las facultades de administración y disposición del deudor por la Administración concursal designada, mediante su autorización o conformidad.

6. Con fecha 26 de marzo de 2013, la misma persona que en su día suscribió el contrato en nombre de la empresa contratista presenta un escrito en el registro del Ayuntamiento de Gijón mediante el que solicita la resolución contractual “por causa no imputable al concesionario”. En el escrito afirma que la

explotación del hotel se ha realizado con plena normalidad y a satisfacción del Ayuntamiento de Gijón hasta que, coincidiendo con la declaración concursal, la concesionaria ha cesado en la actividad, y reprocha a la Administración municipal su “renuencia” a acceder a la pretensión resolutoria de la empresa, fundada en la declaración de concurso. La resolución que pide lleva aparejada la pretensión de abono por parte de la Administración de 3.186.971,48 €, correspondientes al “valor neto contable de la obra e instalaciones” calculado por la Administración Concursal, que revertirían al Ayuntamiento antes de la finalización del plazo de duración de la concesión.

7. El día 3 de marzo de 2014 se publica en el Boletín Oficial del Estado un anuncio mediante el que el Secretario Judicial del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón da cuenta del Auto de fecha catorce de febrero de dos mil catorce, del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Gijón, que acuerda la apertura de la fase de liquidación del concurso a petición del deudor y se declara disuelta la sociedad concursada.

8. En sesión celebrada el día 14 de marzo de 2014, el Ayuntamiento Pleno acuerda instar a la Junta de Gobierno para que “convoque concurso para la explotación del Hotel Palacio de La Llorea, previa resolución del contrato de concesión, por incumplimiento por parte de la concesionaria de sus obligaciones”.

9. Con fechas 24 de abril y 2 de mayo de 2014, la Técnica del Servicio de Contratación y Compras solicita a la Asesoría Jurídica y la Tesorería, respectivamente, la emisión de informe.

10. Con fecha 2 de mayo de 2014, un Letrado-Asesor de la Asesoría Jurídica libra un informe que inicia con exposición de los antecedentes de hecho, entre ellos refiere que “en octubre de 2012 toma conocimiento el Ayuntamiento por los medios de comunicación social del cierre a finales de mes de la explotación del Hotel Llorea a consecuencia de la situación general de crisis económica”, y

que "el 3 de diciembre de 2012 se comunica al Ayuntamiento de Gijón por (la Administradora solidaria de la empresa) que el Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón ha dictado Auto declarando el concurso (...) a los efectos de tener constancia del procedimiento". También se expresa que "el 27 de diciembre de 2012 la administración concursal (...) mantuvo reunión en las dependencias del Ayuntamiento de Gijón poniendo de manifiesto las consecuencias del procedimiento concursal sobre la concesión administrativa del Hotel Palacio de La Llorea, y situación del mismo tras su cierre, solicitando la resolución contractual e indemnización de la inversión realizada y no amortizada". En aquella reunión "se indica al administrador concursal, al igual que en reuniones anteriores, que no existe inconveniente municipal al traspaso, venta o cesión de la concesión a otra entidad o cadena hotelera para solucionar así los problemas financieros de la mercantil y garantizar también la continuidad en la prestación del servicio hotelero". Posteriormente, con fecha 26 de marzo de 2013 el administrador solidario de la empresa solicita por escrito la resolución del contrato "por causa no imputable al concesionario". Asimismo señala que frente a la desestimación por silencio de esta petición, la empresa contratista formula recurso contencioso administrativo que en la actualidad se sustancia en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 1 de Gijón.

Afirma el Letrado autor del informe que "el contratista cierra el hotel cuanto es su obligación esencial 'Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, ocasionaran una subversión de la economía de la explotación' (punto 10 Pliego Condiciones Técnicas), y pretende un rescate de la concesión con indemnización de daños y perjuicios cuando en el contrato está pactado que 'El Ayuntamiento se reserva el derecho de rescatar la concesión antes de su vencimiento, si lo aconsejan circunstancias de interés público, salvo cuando el rescate esté basado en motivos imputables al concesionario, procederá el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios, de acuerdo con las disposiciones vigentes' ". Refiere que "a nivel legal el TRLCAP regula en el art. 130 a 134 el 'contrato de concesión de obras públicas', como una modalidad del contrato de obra cuyo objeto tiene parte del contenido del contrato de obras

(art. 120), y parte del derecho a explotar la obra realizada en régimen de concesión administrativa, por lo que produciéndose la causa de extinción en la fase de explotación de la obra realizada en su momento, es preciso acudir al régimen jurídico que regula las concesiones, tal y como por otro lado se contempla en el contrato en la cláusula 9ª, y en concreto al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RS)". Entiende que "resulta palmario que no procediendo el rescate de la concesión, por cuanto el Ayuntamiento actualmente tras la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local carece de las denominadas competencias impropias (como hemos adelantado no es servicio público la actividad hotelera), y la Corporación en Acuerdo Plenario de 14 de marzo de 2013 deja clara su voluntad (...) respecto a la continuidad del servicio en régimen de concesión, resulta evidente la aplicación para la resolución contractual de la caducidad prevista en los arts. 136 y 137 RS". Significa a continuación que "es claro que aún no ha concluido el plazo fijado contractualmente y que se produce un incumplimiento gravísimo de las obligaciones esenciales del concesionario con el cierre del Hotel Llorea y supresión unilateral del servicio, aun cuando la Administración le advierte al concesionario en las reuniones mantenidas que la solución a los problemas financieros de la mercantil y continuidad en la prestación de servicios pasa por la venta, cesión o traspaso de la misma, a lo que no pondría inconveniente".

Finalmente, formula las siguientes conclusiones: "1ª.- La entrada en liquidación de la (concesionaria) (...) implica 'ipso iure' la resolución del contrato de concesión de obra pública, por lo que es imperativo la incoación del correspondiente expediente de resolución contractual, que ha de tramitarse con audiencia del interesado y conforme a las prescripciones reglamentarias./ 2ª.- Ante la concurrencia de dos causas de resolución contractual, el contrato ha de extinguirse con fundamento en la causa que primero aparece en el tiempo, siguiendo la doctrina informada por el Consejo de Estado, en consecuencia por incumplimiento del contratista de sus obligaciones esenciales./ 3ª.- La convocatoria de nuevo procedimiento de adjudicación para la explotación del Hotel Palacio de La Llorea acordada por Acuerdo Pleno de 14 de marzo de

2014, pasa por resolver el contrato por caducidad de la concesión, causa prevista en el contrato cuando aún no ha concluido el plazo de concesión, y por incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 137 RS, que contempla licitación para la nueva adjudicación, entregando el importe del mismo al concesionario caduco”.

11. Con fecha 7 de mayo de 2014, la Jefa del Servicio de Tesorería informa que “la fianza definitiva por importe de 24.040,48 euros fue devuelta el 26 de febrero de 2009 por resolución de la Alcaldía de fecha 03-02-2009”, y que “al día de la fecha siguen pendientes de ingresar en la Hacienda municipal las liquidaciones núm. 1543976 y 1545251 por importes de 8.479,90 € y 6.200,20 €, en concepto de canon anual de explotación del año 2013.

12. El día 9 de mayo de 2014, atendiendo a la solicitud de la Técnica del Servicio de Contratación y Compras, la Viceinterventora libra un informe en el que señala que “procede iniciar expediente de resolución del contrato”.

13. Con fecha 13 de mayo de 2014, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones contractuales esenciales, dado que “por razones no imputables a la Administración, el concesionario procedió de forma unilateral a la supresión del servicio a finales de octubre de 2012”. En el mismo acto se acuerda conceder a la contratista un plazo de audiencia de diez días naturales.

14. El día 30 de mayo de 2014, el liquidador de la empresa presenta en el registro municipal un escrito en el que formula la oposición a la resolución contractual por causa de incumplimiento de la concesionaria. Afirma que “no tiene el Ayuntamiento ninguna constancia de que a finales de octubre de 2012 se hubiese suprimido el servicio unilateralmente”, y que aun cuando “a efectos meramente dialécticos estimásemos que el cierre del Hotel La Llorea se hubiera producido unos días antes de la declaración de concurso, ello no podría ser

reputado en modo alguno como un incumplimiento 'esencial' de la concesión. De hecho no figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares nada acerca del tiempo que haya de estar cerrado el hotel para reputar que concurre causa de resolución por esta causa. Únicamente considera la imposición de unas sanciones dinerarias que, desde luego nunca fueron reclamadas en el procedimiento concursal incoado, por lo que ha de reputarse decaído el derecho a su reclamación".

Afirma que "el cierre durante algún día previo a la declaración del concurso no puede reputarse, en absoluto como un incumplimiento del título concesional que faculte a la Administración concedente a resolver el contrato y menos aún a declarar la caducidad del mismo. Téngase en cuenta al respecto que es obligación de quien se halla en estado de insolvencia actual o inminente, no solo instar judicialmente la declaración pertinente en vía judicial, sino también la de llevar a cabo las decisiones empresariales que resulten pertinentes para no agravar el estado de insolvencia. Desde esta perspectiva el cese en la actividad del Hotel La Llorea venía impuesto (...) como una exigencia de diligente empresario. Tal fue lo que en este caso se realizó (...) no solo se decide solicitar la declaración de concurso, sino que paralelamente con dicha decisión se decide suspender la actividad del centro de trabajo que constituía sin lugar a dudas la causa primordial de las pérdidas que provocaron la situación de insolvencia de dicha sociedad". Entiende que el cierre en tales circunstancias "nunca puede ser considerado un incumplimiento contractual entendido como una voluntad rebelde al cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del título concesional".

Respecto al impago del canon correspondiente a 2013, señala que el abono del canon ha de producirse "en los tres primeros meses de cada ejercicio, esto es, con límite en el 31 de marzo de 2013. En esa fecha ya estaba declarado el concurso y ya había presentado (la concesionaria) su solicitud de resolución, que tiene entrada en el Ayuntamiento el día 26 de marzo", y afirma que puesto que "la resolución fue instada (...) antes de la expiración del plazo establecido para su pago, y que la causa de dicha resolución correspondía con una declaración de concurso acaecida en el año anterior, parece más que

razonable considerar que el Ayuntamiento reputaba no exigible tal canon de 2013 motivo por el que no lo reclamó”.

Manifiesta que “por consiguiente solo puede reputarse como causas de resolución eficientes, la declaración de concurso acordada por Auto de 12 de noviembre de 2012 y la apertura de la fase de liquidación, acordada por Auto de 4 de febrero de 2014. Ambas constituyen en realidad una única causa de resolución de la concesión, recogida en el art. 111 b) del TRLCAP de 2000, vigente al tiempo de otorgarse el título concesional, ya que la declaración de concurso tiene como presupuesto objetivo de la misma la insolvencia actual o inminente de la concursada, de manera que, cuando el Auto de 12 de noviembre de 2012 declara a (la empresa) en situación de concurso está apreciando esa situación de insolvencia”. A lo anterior añade que “la diferencia entre la declaración de concurso y la apertura de la fase de liquidación radica en que, respecto de esta última la resolución es imperativa tanto para la concursada como para la Administración concedente, mientras que la declaración de concurso no es causa de resolución si la Administración ‘potestativamente’ acuerda continuar el contrato ‘si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella’”, por lo que entiende que “para que no tenga lugar la resolución por la declaración de concurso tiene que solicitar la concursada la continuación de la concesión y ofrecer a la Administración garantía suficiente para que esta ‘potestativamente’ resuelva no resolver”, de tal manera que “el Ayuntamiento de Gijón debía haber acordado de oficio la resolución de la concesión por causa de la declaración de concurso, cuando constata que dicha declaración no va acompañada de una paralela y simultánea solicitud de continuación de la concesión con la correspondiente constitución de garantía para ello”. Finalmente, manifiesta que “el cierre del hotel La Llorea al que se alude, no constituye infracción gravísima de las obligaciones esenciales del concesionario”.

Respecto a los efectos de la resolución que estima procedente, entiende que debe abonarse al concesionario el montante correspondiente a las “inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la

explotación de la concesión, de conformidad con lo prevenido en el artículo 266.1 (del) TRLCAP”, y afirma que “el abono de esta cantidad en modo alguno constituye una indemnización de daños y perjuicios, sino un derecho económico que la Ley reconoce al concesionario para evitar el enriquecimiento injusto que supondría que la Administración concedente obtuviera anticipadamente una obra concesionada, sin haber asumido los costes de la misma, con la posibilidad de volverla a concesionar en mejores condiciones, al no tener que hacer frente el nuevo concesionario a los costes de construcción acometidos por el anterior”.

Respecto de la indemnización de los daños y perjuicios que la Administración pretende obtener del concesionario afirma que “tal indemnización es consecuente con el incumplimiento contractual cuando el mismo sea debido a una voluntad rebelde al incumplimiento, pero no, desde luego cuando el contratante ha venido al estado de insolvencia a resultados del cumplimiento de sus compromisos contractuales derivados de la concesión”.

15. Con fecha 23 de junio de 2014, la Técnica del Servicio de Contratación y Compras elabora una propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato “por incumplimiento culpable de la contratista”, con invocación del artículo 111, letra g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La propuesta comprende la declaración de “la caducidad de la concesión, que determinará el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio, para asegurar la prestación del mismo, y la convocatoria de la licitación para adjudicar nuevamente la concesión, todo ello de acuerdo y con los efectos previstos en el artículo 137 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales”. Entiende la autora de la propuesta que las alegaciones del concesionario “no vienen a desvirtuar las causas de resolución del contrato invocadas en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 13 de mayo de 2014”, al considerar que “resulta público y notorio el cierre de la explotación por parte del concesionario (...) y que el mismo se produjo con anterioridad a la solicitud de concurso voluntario (folios 196 y 197). Con tal conducta, el concesionario quebrantó los

principios básicos de la buena fe contractual, pues no consta comunicación alguna a este Ayuntamiento de su pretensión de cerrar la explotación hasta el día 5 de noviembre de 2012, en que presenta escrito comunicando que en dicha fecha se había presentado ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón solicitud de concurso voluntario de acreedores (...), adoptando con ello una decisión unilateral, tal como el cierre de la explotación, y en consecuencia, el incumplimiento contractual de carácter esencial, como es el cese en la prestación del servicio. Tampoco consta en el expediente que hubiera realizado comunicación alguna con carácter previo al cierre de la explotación, tan solo reuniones promovidas con el único objeto de negociar la indemnización a la decisión tomada unilateralmente, tampoco consta que hubiera hecho uso de las facultades que le otorga el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 2/2000, como es la cesión de derechos y obligaciones dimanantes del contrato a un tercero". Considera que se ha "constatado el incumplimiento gravísimo de las obligaciones contractuales contemplado en el artículo 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares", y señala, en cuanto a los efectos de la resolución, que los daños y perjuicios que se deriven "de la nueva adjudicación y puesta en funcionamiento del servicio" serán "objeto de compensación con el importe de adjudicación a entregar al concesionario declarado caducado".

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de junio de 2014, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato del contrato de adecuación y explotación del edificio (palacete) situado en el campo municipal de golf de La Llorea, 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 Gijón, 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 ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato sino a las causas y consecuencias de la misma, las cuales dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

La oposición a la resolución contractual la formula en este caso no el contratista sino el Administrador Concursal, quien actúa durante la fase de liquidación en sustitución de los administradores sociales y, por tanto, en representación de la empresa adjudicataria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

TERCERA.- El asunto que se somete a nuestra consideración se refiere al procedimiento de resolución de un contrato de concesión de obras públicas adjudicado el día 23 de noviembre de 2000, al amparo de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de

junio. Por tanto, habrán de sujetarse a esta Ley, en la redacción vigente al tiempo de celebrarse el contrato, los derechos y obligaciones de las partes y, en consecuencia, las causas y efectos de la resolución contractual. Así resulta tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, como de la actualmente vigente, contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La disposición transitoria primera de estas Leyes, de idéntica redacción en ambas, establece que “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Ahora bien, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de mayo de 2014, lo que implica la aplicabilidad del TRLCSP y del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP en adelante).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, 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 establecidos en la ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, 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 de la entidad, 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 señalados.

No obstante, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de un recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio de la pretensión resolutoria ejercitada por el contratista, sin que conste formalmente que aquel proceso haya finalizado, deberá verificarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que, si estuviese resuelto a tal fecha, la resolución que se pretende deberá respetar las consideraciones efectuadas en el pronunciamiento judicial.

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 el TRLCAP en la redacción vigente al tiempo de celebrarse el contrato. Por tanto, son causas de resolución las recogidas en el artículo 111 de la misma Ley, dado que las específicamente establecidas en aquel texto legal para el contrato de concesión de obras públicas (artículo 264) fueron introducidas con motivo de la modificación operada en el TRLCAP por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, esto es, después de la perfección de aquel que ahora analizamos.

La resolución que se insta se fundamenta, según se expresa en la propuesta que se somete a nuestra consideración, en el incumplimiento culpable por parte del contratista de la obligación de llevar a cabo la explotación del hotel, a la que se atribuye carácter esencial según lo establecido en el artículo 111, letra g) del TRLCAP, y cuya aplicabilidad se sostiene, pese a la concurrencia de otras causas resolutorias -destacadamente la declaración de quiebra o, en la actualidad, la apertura de la fase de liquidación concursal, a tenor de lo establecido en el artículo 111 b)- atendiendo a un orden de prelación temporal. La Administración consultante subsume en esta causa general de incumplimiento culpable la caducidad de la concesión que invoca al amparo de lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

El representante del contratista, si bien reconoce el cese de la actividad en fechas coetáneas a la declaración de la sociedad en concurso de acreedores, se opone a la caducidad pretendida aduciendo, no obstante, que aquel se produjo tan solo unos días antes de la declaración de concurso y con motivo de la situación de insolvencia que atravesaba la empresa. Entiende que, en tales circunstancias, el cese en la actividad hotelera no puede reputarse "un incumplimiento del título concesional que faculte a la Administración concedente a resolver el contrato y menos aún a declarar la caducidad del mismo", sino que ha de tenerse por "exigencia de diligente empresario", quien debe "llevar a cabo las decisiones (...) pertinentes para no agravar el estado de insolvencia". Considera, al contrario, que ante la falta de prestación de garantías de continuidad en la explotación del hotel por parte de la

concesionaria, la Administración municipal debería haber acordado de oficio la resolución del contrato por causa de la declaración de concurso.

Siendo común a ambas partes la voluntad de poner fin a la relación trabada el día 23 de noviembre de 2000, y reducido el disentimiento de los contratantes a la determinación de cuáles deban ser la causa y los efectos resolutorios aplicables, la decisión de la cuestión planteada no puede obviar la ponderación de determinados hechos relevantes que resultan del expediente y que son los siguientes:

a) La Administración “toma conocimiento” de la decisión de cierre del hotel, según se expresa en el informe de la Asesoría Jurídica municipal, “a través de los medios de comunicación social”. A juzgar por las fechas (10 y 11 de octubre de 2012) de los recortes de prensa incorporados al expediente, la Administración sabe de la intención de clausurar las instalaciones hoteleras desde antes de que se produzca el cierre, que habría tenido lugar en un momento indeterminado de finales del mes de octubre de 2012, según se indica en las citadas informaciones. Por aquellas noticias también conoce las causas que llevan al concesionario a abandonar la explotación del hotel, vinculadas al descenso continuado de la demanda en el contexto general de crisis económica.

b) El día 5 de noviembre de 2012, esto es, pocos días después de la fecha de cierre, la concesionaria pone en conocimiento de la Administración municipal que su situación de insolvencia le ha llevado a presentar solicitud de concurso voluntario y a cesar en la actividad en el centro objeto de concesión, y el día 12 del mismo mes comunica al Ayuntamiento que por razón de su precaria situación económica no puede hacer frente siquiera al coste del servicio de seguridad de las instalaciones, al objeto de que aquel adopte las medidas precisas para evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la falta de vigilancia. El día 20 de noviembre de 2012 tiene lugar la declaración de concurso de la contratista, circunstancia que el representante de la empresa comunica a la Administración municipal el día 3 del mes siguiente, según se refleja en el informe de la Asesoría Jurídica.

c) El día 27 de diciembre de 2012 se celebra una reunión en las dependencias municipales en la que el concesionario solicita sin éxito la resolución contractual. En aquella ocasión, según se relata en el informe de la Asesoría Jurídica, se comunica al administrador concursal "al igual que en reuniones anteriores" que la solución pasa por la cesión del contrato a otra entidad o cadena hotelera; no obstante, según afirma la contratista, aquella cesión no es factible por falta de empresas interesadas en su ejecución en el contexto actual de crisis financiera.

d) El día 26 de marzo de 2013, la empresa contratista vuelve a reiterar su solicitud de resolución del contrato "por causa no imputable al concesionario", tras relatar que el 21 de septiembre de 2012 informó a la Administración "de las dificultades económicas que atraviesa la mercantil, que pese a ello mantiene plena actividad en su unidad productiva de la Llorea", y, posteriormente, de la declaración de la Sociedad en concurso de acreedores. Frente a la desestimación por silencio de esta petición, la concesionaria formula recurso contencioso-administrativo, pendiente de resolución a la fecha.

e) El día 3 de marzo de 2014 se publica en el Boletín Oficial del Estado el anuncio del Auto de fecha catorce de febrero de dos mil catorce, del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Gijón, que acuerda la apertura de la fase de liquidación del concurso.

f) Con fecha 13 de mayo de 2014, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato por causa de incumplimiento culpable del contratista.

Ordenada siempre la contratación pública a la satisfacción del interés general, resulta obvio que la finalización de las relaciones a que da lugar aquella contratación debe estar también presidida por la misma causa. De este modo, el empleo diligente de la prerrogativa de resolución contractual impone su utilización cuando lo exija la salvaguarda del interés público implícito en cada relación contractual, atendiendo a la vocación de servir con objetividad los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución impone a toda actuación administrativa.

Por tanto, la conducta exigible a la Administración contratante que se enfrenta al cese de la explotación por parte del concesionario no es otra que la de realizar la pronta valoración de la entidad del incumplimiento, la indagación de sus causas y, en función de estas, la adopción de las medidas precisas para poner remedio cuanto antes a tal situación, pues la mora administrativa no conduce sino al incremento de los perjuicios para el interés general.

No ha procedido así el Ayuntamiento de Gijón en el caso que analizamos pues, pese a ser conocedor de la intención del contratista de clausurar el hotel desde antes de que aquella se materializara, a finales de octubre de 2012, y aunque también estaba al tanto de que el impedimento para la ejecución a que se enfrentaba el contratista no era meramente transitorio, no adopta ninguna medida hasta que en mayo de 2014, transcurridos más de dos meses desde la apertura de la fase de liquidación del concurso y consecuente disolución de la empresa, inicia el procedimiento de resolución contractual. Pese a considerar entonces que la entrada en liquidación de la concesionaria implica *ipso iure* la resolución del contrato, la Administración pretende poner fin a la relación con base en el incumplimiento del contratista que conoce desde hace diecinueve meses y que es, por tanto, muy anterior a la concurrencia de la causa de resolución producida por imperativo legal. La resolución propuesta conlleva la imposición al concesionario de unos efectos que son extraordinariamente gravosos pues, por una parte, se le requiere la indemnización de los daños y perjuicios que se han ido incrementando durante más de año y medio debido a la inactividad administrativa, y, por otra, se invoca la aplicación del artículo 137 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), que puede culminar en la reversión de las instalaciones afectas a la ejecución del contrato sin indemnización. Tales efectos se presentan, además, como desproporcionados en atención al diligente comportamiento del concesionario, que pide reiteradamente en vía administrativa y luego contenciosa la desvinculación de un contrato que le resulta imposible de realizar, e intenta paliar en la medida de lo posible los efectos de su propio incumplimiento.

En el caso que analizamos, no debería ignorarse que el cese en la ejecución contractual se produce, tras casi doce años de pacífico desarrollo, por un cambio radical e imprevisible en las circunstancias financieras con arreglo a las cuales se había gestado la licitación y que, a la postre, acaban llevando al concesionario a la quiebra.

Es cierto, como advierte la Administración, que en las concesiones rige el principio de intangibilidad o sujeción de las partes a lo pactado y de riesgo y ventura del contratista, adquiriendo el riesgo de explotación una especial intensidad en esta clase de contratos en los que la contraprestación consiste en la obtención de los rendimientos de la explotación. Ahora bien, estos contratos también tienen que celebrarse en régimen de equivalencia de prestaciones, lo que se garantiza a lo largo de su devenir mediante el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato ante "circunstancias sobrevenidas e imprevisibles" que determinen la ruptura de la concesión, según lo establecido en el artículo 127.2 2º b) del RSCL cuya aplicabilidad invoca la Administración. Una de estas circunstancias bien pudiera ser la crisis económica que acucia a nuestro país, que el concesionario no podía prever en el año 2000 aun actuando con la mayor diligencia.

Nos encontramos, por tanto, ante un procedimiento de resolución contractual que así se incoa y califica, pero, en realidad, el objeto de la discusión se reduce a los términos en que ha de llevarse a cabo la liquidación de un contrato cuya resolución debía haber sido declarada mucho tiempo antes, lo que convierte en artificiosa la discusión en torno a los criterios de selección de la causa resolutoria aplicable.

El Ayuntamiento, que estaba en condiciones de ponderar la operatividad de las distintas causas desde que conoce el cese de la explotación y la declaración de concurso, no lo hace, ni siquiera cuando el contratista le revela su imposibilidad de continuar ejecutando la prestación y solicita la resolución de mutuo acuerdo o la adopción de medidas cautelares para la preservación de los bienes. Asimismo, no puede ignorarse que entre aquel momento y el actual se ha consumado la apertura de la fase de liquidación concursal y, con ella, la disolución de la empresa contratista y la apertura de un proceso en el que su

personalidad jurídica subsiste a los solos efectos de realizar las operaciones liquidadoras. Tampoco puede obviarse que, a tenor de lo establecido en el artículo 112.2 del TRLCAP en la redacción aplicable al caso, la declaración de quiebra o, lo que es lo mismo, la apertura de la fase de liquidación tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, constituye una causa automática, no potestativa, de resolución, esto es, de obligada declaración por la Administración una vez constatado el presupuesto de hecho en que se sustenta. Sin embargo, la Administración, que no ha realizado ninguna ponderación de tales hechos y de sus efectos en el momento en que conoce tal circunstancia, opta tras la disolución empresarial por rescatar un incumplimiento antecedente del adjudicatario al objeto de articular sobre él una causa resolutoria que le permite desplazar al contratista la carga de resarcir la totalidad de los perjuicios ocasionados al interés general, incluso los derivados de su propia pasividad, y obtener la reversión de las instalaciones sin compensar al concesionario las obras e instalaciones ejecutadas en el centro objeto de explotación comercial.

Entiende este Consejo que la recta aplicación del principio de prelación de causas, que no tiene otra finalidad que discernir cuál es la realmente determinante de la frustración del objeto del contrato en cada caso, ha de implicar una conjunta ponderación de las que son coetáneas o muy próximas en el momento de su manifestación, ya que los principios de continuidad en la ejecución contractual y buena fe imponen una pronta valoración jurídica de los hechos que dan lugar a la imposibilidad de ejecutarlo en sus términos. No es esto lo que sucede en el caso que analizamos.

La pasividad del Ayuntamiento, que durante año y medio declina extraer consecuencias jurídicas de hechos ciertos, conocidos, y dotados de virtualidad resolutoria, no debe perjudicar exclusivamente al contratista. Por ello, el Ayuntamiento no puede invocar ahora el incumplimiento de la empresa concesionaria, frente al que en su día no reaccionó, con el efecto de desplazar al adjudicatario la responsabilidad de asumir los perjuicios para el interés general que, generados a lo largo de más de año y medio, se habrían evitado

con una pronta actuación administrativa, o de incautar las instalaciones sin indemnización.

Tampoco resulta posible declarar la caducidad de la concesión que se pretende, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 136 del RSCL y lo actuado en el caso concreto, según expondremos a continuación.

El precepto invocado está incluido en el Título III del RSCL, en el que se aborda la gestión de los servicios públicos municipales de una forma que no siempre resulta acorde con lo establecido en la legislación básica de contratación administrativa contenida, por lo que ahora nos ocupa, en el TRLCAP. Consciente el legislador de las dificultades que en la práctica podría generar tal discordancia, trató en su día de abordar el problema en el RGLCAP, aunque de forma un tanto confusa, y así se estableció en la disposición derogatoria de aquella norma que el Título III del RSCL conservaría su vigencia “en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley y en este Reglamento”. Si bien es cierto que el RGLCAP no resulta aplicable para determinar las causas y efectos de la resolución en el asunto de que se trata, conforme a lo expuesto en la precedente consideración tercera, también resulta obvio que los preceptos del RSCL que se opongan a lo establecido en el TRLCAP no pueden reputarse vigentes por efecto de la cláusula de salvaguardia establecida en la disposición derogatoria única del citado texto legal. Por ello, la aplicabilidad de los preceptos contenidos en el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales requiere un juicio previo sobre su compatibilidad con la normativa básica y consecuente vigencia que la instrucción no ha realizado en este caso, al menos de forma expresa.

Ahora bien, aun cuando el resultado de tal juicio previo resultase favorable, atendidas las circunstancias concurrentes en el asunto que analizamos, ha de negarse la aplicabilidad al caso del artículo 136 del RSCL. En efecto, en el artículo que acabamos de citar se establecen como presupuestos de la declaración de caducidad la realización de una “previa advertencia al concesionario, con expresión de las deficiencias que hubieren de motivarla”, y el otorgamiento de un “plazo prudencial” al concesionario para su corrección, y puesto que no consta que se haya hecho advertencia ni requerimiento alguno al

concesionario en tales términos -antes al contrario, los documentos incorporados al expediente evidencian que la Administración no realiza actuación alguna hasta que una vez abierta la fase de liquidación y disolución de la empresa se inicia el procedimiento de resolución contractual- no resulta posible articular la extinción del vínculo contractual sobre tal causa pues, como hemos señalado en la anterior consideración tercera, el ejercicio de la potestad resolutoria solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos normativamente impuestos, máxime cuando los efectos de la declaración de caducidad contemplados en el artículo 137 del RSCL pueden llegar a ser extraordinariamente onerosos para el concesionario.

En definitiva, el contrato debe resolverse, aunque su extinción no puede sustentarse en un incumplimiento culpable del concesionario cuyas consecuencias lesivas podrían haberse minimizado de haber actuado la Administración con mayor diligencia. Ante la falta de extracción en su momento de las consecuencias jurídicas pertinentes respecto del incumplimiento del contratista o la declaración de concurso, hechos en los que, en tanto constitutivos de causas potestativas de resolución, podría haber fundado la Administración en su día la resolución contractual, y dado que la apertura de la fase de liquidación del concurso (declaración de quiebra en la redacción aplicable del TRLCAP) constituye una causa automática de resolución, entendemos que el contrato que examinamos ha de resolverse ahora al amparo de lo establecido en el artículo 112.2 del citado Texto Refundido.

Finalmente, la resolución contractual no puede prescindir del abono al contratista del precio, descontadas las amortizaciones, de las obras e instalaciones que, ejecutadas por este, hayan de volver a la Administración teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión, según lo establecido en los artículos 151 y 169 del TRLCAP, que resultan de aplicación en ausencia de preceptos reguladores de los efectos resolutorios del contrato de concesión de obras públicas en el momento de su perfección, y al amparo de la calificación otorgada entonces a esta clase de contratos que era, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, la de contratos mixtos típicos en

los que se entremezclaban prestaciones de dos contratos diferentes, de obra y de gestión de servicios públicos, que se realizaban de forma sucesiva.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de caducidad del contrato de adecuación y explotación del edificio (palacete) situado en el campo municipal de golf de La Llorea, para su destino a hotel, adjudicado a la empresa, y que el contrato ha de resolverse por causa de apertura de la fase de liquidación del procedimiento concursal con los efectos expuestos 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,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.