



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **62/2013**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 11 de marzo de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Fuente Álamo, mediante oficio registrado el día 12 de febrero de 2013, sobre resolución del contrato de gestión de la Residencia de Personas Mayores "*San Agustín de Fuente Álamo*" (expte. **43/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 16 de enero de 2006, el Patronato de la Fundación "*Residencia San Agustín de Fuente Álamo*", constituida por el Ayuntamiento de esa localidad en escritura de 26 de julio de 2004 (previo acuerdo en tal sentido de su Pleno, de fecha 27 de mayo anterior, en el que, entre otros extremos, acordó "*la prestación del servicio público de atención y cuidado de las personas de la tercera edad del Municipio de Fuente Álamo y, especialmente, la gestión de la Residencia de personas mayores denominada San Agustín de Fuente Álamo, a través de la Fundación*" citada), adjudicó definitivamente a la mercantil "--" el contrato administrativo de gestión de la referida Residencia, por un plazo de 10 años a contar desde la firma del contrato, que se produjo el 27 de marzo de 2006.

SEGUNDO.- En informe de 14 de diciembre de 2011, el patrono de la Fundación e Interventor del Ayuntamiento, expresó, en síntesis, que la contratista había incurrido en determinados incumplimientos contractuales, que detallaba, relativos a la falta de pago al personal de la Residencia y a determinados suministradores, por importe total de 150.681,90 euros, cuando los ingresos anuales estimados para la empresa, derivados del contrato, ascenderían a 389.582,52 euros, según el Anexo a dicho informe, y que la contratista se encontraba en situación concursal, circunstancias que, conforme a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato (PCAP) y la normativa de contratación administrativa aplicable, consideraba justificativas para acordar la resolución del referido contrato por incumplimiento del contratista.

TERCERO.- El 21 de diciembre de 2011, el Patronato de la Fundación, a la vista del anterior informe, y a propuesta de su Presidenta, acordó iniciar procedimiento para la resolución del contrato por culpa de la contratista, por su incumplimiento grave de obligaciones contractuales esenciales y por la declaración de concurso de aquélla, advirtiendo que la eventual resolución del contrato por culpa de la contratista conllevaría la incautación de la garantía definitiva, todo ello al amparo de determinados preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). Asimismo, en dicho acuerdo se otorgó un trámite de audiencia y vista del expediente a la contratista y a la entidad avalista, por un plazo de diez días naturales.

CUARTO.- El 5 de enero de 2012 la contratista presentó escrito en el que, entre otros extremos, se opone a la resolución del contrato y, subsidiariamente, a la resolución del contrato por su culpa. En síntesis, alega, por lo que se refiere a los incumplimientos contractuales, que los únicos que admite son la falta de pago a determinados proveedores (menos de los expresados en el informe del patrono e Interventor Municipal), y sólo por un importe de 10.527, 54 euros, incumplimiento que justifica por la improcedente retención por el Ayuntamiento (visto el artículo 58 de la Ley Concursal), desde octubre de 2011, del pago a la empresa de determinadas cantidades (diminutantes de subvenciones mensuales otorgadas al mismo por el IMAS), las cuales, aun descontando de ellas lo que anteriormente se reconoce adeudado a proveedores, arrojaría un saldo a su favor de más de 51.000 euros; añade, además, que los usuarios del servicio han dejado de pagar a la empresa determinadas cantidades (en concreto, hasta el momento, 14.020,98 euros) por los servicios que ésta les presta, para pagarlas directamente al Ayuntamiento, al parecer por indicación de éste, lo que asimismo alega que es improcedente; por lo que se refiere a la declaración de concurso efectuada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia el 9 de diciembre de 2011, alega que tal circunstancia no es, por sí misma, causa de resolución contractual, y menos por culpa del contratista, según reiterada jurisprudencia y doctrina, debiendo acreditarse en todo caso que la empresa ha incurrido en un incumplimiento muy grave de sus obligaciones contractuales, lo que no puede entenderse producido con la mera declaración de concurso.

QUINTO.- El 11 de enero de 2012, el administrador concursal de la empresa presentó escrito en el que, en síntesis, expresa que se adhiere a las alegaciones formuladas por aquélla; que no cabe compensación entre las cantidades facturadas y los gastos imputables a la empresa, debiendo "*transmitir*" la Fundación, a través del referido Juzgado, los créditos que tenga a su favor, tanto concursales como contra la masa; asimismo, requiere a dicha Fundación para que ingrese en determinada cuenta bancaria las cantidades pendientes de pago a favor de la empresa que ésta cobraba a los usuarios del servicio y que, según afirma, la Fundación "*ha recaudado directamente*".

SEXTO.- El 15 de febrero de 2012 el Patronato de la Fundación acordó remitir el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen.

SÉPTIMO.- Mediante Acuerdo nº 8/2012, de 5 de marzo, este Consejo Jurídico requirió al órgano consultante para que subsanase determinadas deficiencias advertidas en el expediente y lo completara con la aportación del preceptivo informe jurídico y la propuesta de resolución, objeto del Dictamen, que culminase la tramitación realizada.

OCTAVO.- A requerimiento del Patronato, el 24 de abril de 2012 el Secretario de la Fundación emitió informe en el que, en síntesis, expone la normativa aplicable al contrato, las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos y las causas particulares de resolución del que nos ocupa, así como el procedimiento aplicable.

NOVENO.- Remitido por el Ayuntamiento en su día a este Consejo Jurídico parte de la documentación requerida, el 4 de junio de 2012 éste emitió su Dictamen nº. 138/2012 en el que concluía que procedía declarar la caducidad del procedimiento de resolución objeto de Dictamen, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo con el mismo objeto, e incorporar al mismo las actuaciones pertinentes obrantes en el procedimiento caducado.

DÉCIMO.- Sin perjuicio de otros antecedentes, se destaca ahora que el 17 de octubre de 2012 el Patronato de la referida Fundación acordó iniciar un nuevo procedimiento con el objeto de resolver el contrato de referencia por

diversos incumplimientos culpables del contratista y por su declaración concursal, según motivación contenida al efecto (incorporando más tarde al expediente la documentación obrante en el procedimiento anterior, que había sido declarado caducado).

UNDÉCIMO.- El 23 de octubre de 2012, el Patrono-Interventor municipal emitió informe sobre abonos efectuados por la Fundación por cuenta de la concesionaria, con el conocimiento y autorización del Administrador Concursal, para el funcionamiento ordinario de la Residencia, debido al impago por aquélla de diversas obligaciones con su personal y proveedores. A dicho informe adjunta un Anexo de documentos acreditativo de tales abonos y otra documentación relativa al contrato de referencia.

DUODÉCIMO.- Mediante oficios de 6 de noviembre de 2012 se otorgó a la concesionaria y a su Administrador Concursal un trámite de audiencia y vista del expediente, compareciendo la concesionaria a tal efecto el 15 de noviembre siguiente, obteniendo copia de diversa documentación del mismo.

DECIMOTERCERO.- El 19 de noviembre de 2012, la concesionaria y el citado Administrador presentan un escrito de alegaciones conjunto, en el que, en síntesis, expresan, como motivos de oposición a la resolución del contrato de referencia, los siguientes: 1º) que la declaración concursal no impone "*per se*" la resolución del contrato administrativo; 2º) que, en todo caso, existe corresponsabilidad de determinadas Administraciones Públicas en la declaración de concurso, pues le adeudan más de un millón de euros (entre ellas no consigna al Ayuntamiento de Fuente Álamo); 3º) la retención y apropiación municipal indebida de diversos ingresos propios de la concesión (la subvención del IMAS y los precios a abonar por los usuarios del servicio), para aplicarlos directamente a los gastos de personal y suministros de la Residencia, lo que es contrario al artículo 58 de la vigente Ley Concursal y supone un rescate de hecho de la concesión, por la gestión directa del servicio, sin previa resolución administrativa; 4º) que, respecto del impago de nóminas, ello sólo alcanzaba a la del mes de octubre de 2011, por importe de 15.790,72 euros, y fue debido a la indicada improcedente retención municipal de ingresos (subvención del IMAS) de la concesión; y respecto a los impagos a proveedores, se debían a dicha improcedente retención y apropiación municipal de ingresos y gestión directa de la concesión; 5º) desde septiembre de 2011 a octubre de 2012, las cantidades a abonar por el contrato ascienden a 421.821,32 euros, habiendo pagado la Fundación sólo 245.522,58 euros; 6º) indefensión, por no obrar en el expediente las facturas impagadas por la empresa y abonadas por la Fundación.

DECIMOCUARTO.- El 29 de noviembre de 2012 el instructor del procedimiento formula una propuesta de resolución, que se sintetiza así:

1. La alegación primera debe desestimarse, por cuanto la declaración de concurso de --, debido a la situación de insolvencia de la misma, supone incurrir en la causa de resolución establecido en el artículo 111 TRLCAP, aplicable al contrato de referencia.

2. La alegación segunda debe desestimarse, por cuanto la situación de insolvencia de -- no se debe en ningún caso a la actuación de la Fundación, que ni siquiera aparece entre las Administraciones Públicas deudoras de la citada contratista, según el Informe del Administrador Concursal que se acompaña al escrito de alegaciones como Documento nº 1. La situación de insolvencia declarada respecto de -- no puede en ningún caso atribuirse a la Fundación, la cual ha obrado con absoluta diligencia en cuanto a la transferencia de los fondos destinados al mantenimiento de plazas de la Residencia, como consta acreditado en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono-Interventor municipal que constituye el Documento nº 4 del expediente, en cuyo Anexo 3 se contiene copia de los movimientos bancarios de ingresos y pagos relativos a la última transferencia recibida del

IMAS con destino a la Residencia, antes de la declaración de concurso de --, correspondiente al mes de agosto de 2011, pudiendo comprobarse en dichos apuntes bancarios que no ha tardado ni quince días entre que se recibieron del IMAS los fondos hasta que se transfirieron a --. Por lo que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales respecto de los gastos de personal, servicios y suministros a la Residencia San Agustín de Fuente Álamo, no puede ser imputado en ningún caso a la Fundación, que ha cumplido de forma ordenada y diligente sus obligaciones respecto de --, sino a la mala gestión del contratista declarado en concurso.

3. La tercera alegación debe ser desestimada, ya que no existe la apropiación indebida de recursos financieros destinados a la gestión de la Residencia que denuncia --. En efecto, todos los pagos efectuados respecto del personal y facturas de los proveedores y suministradores de la Residencia cuentan con la autorización del Administrador Concursal, lo cual queda acreditado con la Certificación aportada por la propia alegante como Documento nº 3 de su escrito, quedando igualmente justificado por los movimientos de la cuenta corriente de la Fundación, que han sido incorporados al expediente como Documento 12, que, desde la declaración de concurso, todos los ingresos generados por la Residencia, tanto los procedentes del IMAS como los provenientes de los usuarios de la misma se han destinado única y exclusivamente al pago de nóminas de personal, servicios y suministros necesarios para el funcionamiento de dicho Centro asistencial.

4. La cuarta alegación debe ser desestimada. Consta acreditado en el expediente, porque así lo reconoce la propia --, que con anterioridad a la declaración de concurso se habían producido impagos tanto de nóminas del personal adscrito a la Residencia como de facturas de proveedores y de la empresa suministradora de energía eléctrica de dicho Centro, tal y como se refleja en los folios 3 y 4 del escrito de alegaciones presentado por -- en el anterior expediente de resolución contractual, incorporado al presente como Documento h).

Igualmente consta acreditado en el expediente (Informe de Intervención incorporado como Documento f) del anterior expediente de resolución contractual) que, a fecha 14 de diciembre de 2011, es decir, coincidiendo con la declaración de concurso de --, se encontraban impagadas las nóminas de septiembre, octubre y noviembre de 2011, y que en este incumplimiento contractual anterior a la declaración de concurso nada tiene que ver la Fundación, puesto que la misma -- aporta como Documento nº 2 de su escrito de alegaciones copia de la carta remitida por la Fundación a los usuarios indicando la nueva cuenta corriente donde efectuar sus ingresos, la cual está fechada el 25 de noviembre de 2011, es decir, cuando ya se había producido el impago de la nómina de octubre.

También constan acreditados los impagos a los proveedores de la residencia, que -- no niega, limitándose a manifestar que tales incumplimientos contractuales derivan del "*secuestro absoluto de ingresos*" y de la "*gestión directa*" realizada por la propia Fundación Residencia San Agustín de Fuente Álamo y Ayuntamiento de dicha localidad. Pero ha quedado acreditado en el expediente la diligencia de la Fundación en la transferencia de los fondos a --, reflejándose en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono - Interventor municipal, que constituye el Documento nº 4 del expediente, ANEXO 3, copia de los movimientos bancarios de ingresos y pagos relativos a la última transferencia recibida del IMAS con destino a la Residencia antes de la declaración de concurso de --, correspondiente al mes de agosto de 2011, pudiendo comprobarse que entre que se recibieron los fondos procedentes del IMAS y se efectuó la transferencia de fondos a -- transcurrieron menos de quince días, situación que se ha repetido en las restantes transferencias efectuadas a favor de dicho contratista.

Estos impagos de nóminas del personal y de proveedores y suministradores de la residencia, constituyen incumplimientos contractuales del contratista, realizados de forma culpable, que llevan aparejada la resolución del contrato en virtud de los siguientes fundamentos jurídicos, extraídos del Pliego de Condiciones que rigió la adjudicación efectuada a favor de --:

- La Cláusula 14.1 del Pliego de Condiciones referido obliga al contratista a soportar los gastos derivados de la gestión de la residencia, conforme a lo dispuesto en el mismo Pliego.

- La Cláusula 14.9 de la misma norma contractual considera obligación del contratista garantizar que los suministros y servicios que se presten en la Residencia, especialmente el suministro de alimentos, lo sean en las debidas condiciones y requisitos higiénico - sanitarios y de calidad.

- La Cláusula 14.11 considera obligación del contratista cumplir las obligaciones laborales respecto del personal empleado en la residencia, así como las de Seguridad Social.

- La Cláusula 17.2, a) considera falta grave del contratista no prestar el servicio del modo dispuesto en el Pliego, contrato que se formalice u órdenes del servicio.

- La Cláusula 17.2, h) considera falta grave no pagar, en los plazos previstos, a las empresas suministradoras, los suministros de agua, energía eléctrica o cualquier otra necesaria para la explotación del servicio.

- La Cláusula 18.1, a) considera causa de resolución del contrato las señaladas en el art. 167, en relación con el 168 y 169, TRLCAP.

- La Cláusula 18.1,b) considera causa de resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de las obligaciones que se le imponen en la Cláusula 17, apartado 2, extremos a), b), d), f), h) y j) del indicado Pliego.

5. La quinta alegación debe ser también desestimada. No ha habido ni la retención ilegal ni la apropiación ilícita de fondos destinados a financiar los servicios prestados en la Residencia, que pretende la alegante, ya que, como ha quedado acreditado en el expediente, y así viene a reconocerlo la propia -- en diversos extremos de su escrito, con dichas recursos se abonan las nóminas del personal de la contratista adscrito a la Residencia, así como también a los proveedores de servicios y suministros necesarios para el funcionamiento de la Residencia, entre ellos los que dejó desatendidos el contratista con anterioridad a su declaración de concurso, y que motivan, además de dicha situación procesal, el presente expediente de resolución contractual.

También ha quedado acreditado que todas estas operaciones cuentan con autorización del Administrador Concursal, en uso de las facultades de su cargo, según certificación del mismo que ha sido aportada por -- en su escrito de alegaciones.

Y por último, se ha probado mediante la relación de movimientos bancarios de ingresos y pagos en la cuenta de la Fundación, incorporada al expediente como Documento 12, que los fondos provenientes tanto de la subvención recogida en el Convenio con el IMAS como los ingresos de los residentes por los servicios que se les prestan, han sido destinados en su totalidad a financiar los gastos de personal y servicios y suministros de la Residencia San

Agustín de Fuente Álamo, con lo que en ningún momento se ha producido esa situación irregular de la que viene acusando -- a la Fundación.

6. Finalmente, la alegación sexta también debe desestimarse por carecer absolutamente de justificación la indefensión aducida por --, por no haberse incorporado al expediente, en su opinión, los justificantes de los pagos efectuados al personal adscrito a la Residencia y a los proveedores que han prestado servicios o realizado suministros para el adecuado funcionamiento de la misma, ya que en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono - Interventor municipal que constituye el Documento nº 4 del expediente se ha incorporado como Anexo 1 relación de los pagos efectuados por la Fundación con autorización de la Administración Concursal, acompañando los documentos justificativos de tales pagos, sin que en la comparecencia ante el Sr. Instructor efectuada en fecha 15 de noviembre de 2012, -- solicitara examinar dicha documentación, que estaba puesta de manifiesto junto con el resto del expediente, ni recibir copia de la misma, todo ello pese a saber que los referidos documentos justificativos constaban en el expediente, por así venir reflejado en la Providencia del Sr. Instructor de fecha 31 de octubre de 2012 (Documento 7 del expediente), la cual fue puesta en conocimiento tanto del Administrador Concursal como de -- (Documentos 8 y 9 del Expediente). Por ello, al no existir la indefensión argumentada en esta alegación sexta, debe ser desestimada.

7. A partir de todo lo anterior, la referida propuesta concluye que la "sanción" por los incumplimientos cometidos con infracción de la Cláusula 17.2, apartados a) y h) del Pliego será la resolución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 18.1.b) del Pliego de Condiciones, conforme a la cual será causa de resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de las obligaciones que se le imponen en la Cláusula 17, apartado 2, extremos a), b), d), f), h) y j) del indicado Pliego. Se aprecia culpabilidad del contratista en las infracciones cometidas, con las consecuencias contractuales inherentes a esta declaración. Asimismo, propone la resolución del contrato por la declaración concursal del contratista.

DECIMOQUINTO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 18 de diciembre de 2012 se solicitó la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DECIMOSEXTO.- Por Dictamen nº 7/2013, de 14 de enero, este Consejo Jurídico expresó que debía otorgarse al avalista interesado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, lo que no constaba.

DECIMOSÉPTIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo informe de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios. En el mismo obran, además de la documentación anteriormente reseñada, las actuaciones tendentes a otorgar un trámite de audiencia a la entidad avalista, sin que conste que hubiera comparecido para tomar vista del expediente ni que haya formulado alegaciones.

Asimismo, obra incorporado al acuerdo de 6 de febrero de 2013, del Patronato municipal de referencia (folios 147 a 149), una nueva propuesta de resolución del contrato, en los mismos términos que la reseñada en el Antecedente Decimocuarto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado oposición del contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 109 RGLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. Una vez realizadas las actuaciones indicadas en el Dictamen reseñado en su momento, no hay objeciones sustanciales que oponer al respecto.

Por lo que se refiere a la alegación del contratista relativa a la indefensión sufrida por no conocer los términos de los incumplimientos de pago a personal y proveedores que el Ayuntamiento, a través de la fundación de referencia, le imputa como causa de resolución del contrato, debemos aceptar lo expresado al respecto por la propuesta de resolución.

Así, dicha propuesta señala que carece de justificación la indefensión aducida por la contratista por no haberse incorporado al expediente los justificantes de los pagos efectuados al personal adscrito a la Residencia y a los proveedores que han prestado servicios o realizado suministros para el adecuado funcionamiento de la misma, ya que en el Anexo de documentos contables del Informe del Patrono ? Interventor de la Fundación (folios 7 y siguientes exp.) se ha incorporado como Anexo 1 una relación de los pagos efectuados por la Fundación con autorización de la Administración Concursal, acompañando los documentos justificativos de tales pagos, sin que en la comparecencia ante el Sr. Instructor efectuada en fecha 15 de noviembre de 2012, la empresa solicitara examinar dicha documentación, que estaba puesta de manifiesto junto con el resto del expediente, ni recibir copia de la misma, todo ello pese a saber que los referidos documentos justificativos constaban en el expediente, por así venir reflejado en la Providencia del Sr. Instructor de fecha 31 de octubre de 2012 (folios 25 y 26 exp.), la cual fue puesta en conocimiento tanto del Administrador Concursal como de la contratista (folios 31 y siguientes exp.).

II. Por otra parte, como se dijo en nuestro anterior Dictamen sobre el presente procedimiento, cuando se solicitó aquél restaban 49 días naturales para la finalización del plazo máximo de resolución del procedimiento (a efectos de su eventual caducidad), volviendo a correr tal plazo tras la fecha de recepción de ese Dictamen por el Ayuntamiento, lo que se comprueba que sucedió el 23 de enero de 2013 (folio 132 exp.), quedando suspendido nuevamente tal plazo el 6 de febrero de 2013, según acordó en tal fecha el Patronato de la Fundación municipal de referencia (folio 149 exp.), esto es, habiendo transcurrido 13 días más del plazo antes indicado. Por todo ello, a la fecha de recepción del presente Dictamen por el Ayuntamiento, restarán 36 días naturales para proceder a la resolución del procedimiento y su notificación a los interesados (contratista y avalista) por parte de la Fundación de referencia, ente instrumental de la Corporación que ostenta, por delegación del Pleno del Ayuntamiento, la competencia administrativa para realizar la prestación del servicio público de que se trata, y que en el presente caso actúa como órgano de contratación del servicio a una empresa particular, ejerciendo las facultades que la legislación de contratos administrativos atribuye a dicho órgano.

TERCERA.- Sobre la procedencia de la resolución del contrato y su causa.

I. La propuesta objeto del presente Dictamen, en síntesis, y tras realizar una detallada exposición de las vicisitudes del contrato de referencia, postula su resolución por dos causas: a) por encontrarse la contratista en situación de concurso de acreedores, declarado por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, de fecha 9 de diciembre de 2011, invocando a tal efecto el artículo 167 del RDL 2/2000, de 18 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable a dicho contrato, en relación con su artículo 111, b); y b) por haber cometido aquélla determinados incumplimientos de sus obligaciones contractuales, consistentes en el impago de las nóminas al personal afecto al servicio y el impago de diversas facturas a los suministradores o proveedores de dicho servicio, invocando a tal efecto las cláusulas 17.2, apartados a) y h), y 18.1, b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato (vid. especialmente la conclusión 4ª obrante en el apartado sexto de las consideraciones de la referida propuesta, folios 147 a 149 exp.).

En primer lugar debe recordarse que, conforme con reiterada doctrina consultiva y jurisprudencia (vgr., la STS, Sala 3ª de 9 de enero de 2012, entre otras), en estos procedimientos administrativos debe aplicarse preferentemente la causa de resolución contractual que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, especialmente si, existiendo varias posibles, una y otras tuvieran distintas consecuencias jurídicas (como puede ser en lo relativo a la pérdida de la garantía).

II. En el presente caso, no es discutida por la contratista la realidad de su declaración concursal (por Auto de 9 de diciembre de 2011), ni que ello constituye causa habilitante, aunque no obligatoria, para la resolución del contrato (aunque la determinación sobre la incautación de la garantía quede en tal caso condicionada a lo que resulte en su momento de la declaración judicial sobre la culpabilidad o no del concurso, ex art. 111 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, aprobatorio del Reglamento General de la citada Ley), por lo que no puede aceptarse su oposición a la resolución contractual. Además, del artículo 112.7 TRLCAP se desprende que la continuación del contrato, aun cuando el contratista diere garantías suficientes para ello (que, en el caso, ni siquiera las ha ofrecido), es potestativa para la Administración, siendo evidente, vista la situación económica de la empresa que se desprende del expediente remitido, que está suficientemente justificada la decisión de la Administración de proceder a la resolución contractual.

III. Visto lo anterior, la única cuestión a determinar es si los incumplimientos de diversas obligaciones económicas de la contratista con su personal y proveedores del servicio, aducidos por el Ayuntamiento, que comienzan en fechas muy anteriores a la declaración concursal (algunos se remontan, al menos, al año 2006 ? vid. folios 15 y 16 exp., sobre impago de suministros eléctricos-) y que se mantienen hasta el presente, según la documentación obrante en el expediente (por lo que, de concurrir tal causa, sería aplicable con preferencia a la relativa a la declaración concursal), constituyen causa de resolución del contrato.

A este respecto, debe decirse que la cláusula 18.2 PCAP establece que serán causas de resolución el incumplimiento por el contratista de las obligaciones que se le imponen en determinados apartados de la cláusula 17.2. A tal efecto, la propuesta considera que concurren en el caso los supuestos recogidos en los apartados a) y h) de esta última, relativos, el primero, a la no prestación del servicio del modo dispuesto en el pliego, contrato u órdenes que se dicten al respecto; y, el segundo, al impago, en los plazos previstos, a los suministradores del servicio, mencionando expresamente, aunque no de forma exhaustiva, a los suministros de electricidad y agua.

Sobre tales obligaciones, debe decirse que el supuesto recogido en el apartado a) de la cláusula 17.2, interpretado a la vista del resto de los apartados de ésta y de la cláusula 14 del PCAP, debe entenderse referido, en sentido estricto, al modo en que la concesionaria presta el servicio, es decir, respecto a su actividad frente a los destinatarios del mismo, sin que en el expediente se hayan acreditado deficiencias relevantes en este sentido que justifiquen la aplicación del citado apartado, que, por ello, no resulta habilitante para la resolución pretendida.

Cuestión distinta es el impago, reiterado y continuado, en algunos casos al menos desde el año 2006, según ya se apuntó, en relación con diversos suministradores del servicio, impago al que se refieren los apartados Cuarto y Quinto del informe del Patrono-Interventor de la Fundación (folios 10 y siguientes exp., en relación con los anexos obrantes al final del expediente remitido, vid. vgr. los folios 1193 a 1225, sobre suministros eléctricos), circunstancia que constituye un incumplimiento del contratista específicamente previsto en el contrato como causa de resolución del mismo, y que debe imputarse a aquél. En relación con tales incumplimientos, la contratista no los niega, y alega que se debían, por un lado, a que el Ayuntamiento destinó los fondos del contrato a pagar directamente a dicho personal y proveedores, lo que no procedía conforme a la legislación concursal, y, por otro, a las deudas que mantenían con la empresa otras Administraciones Públicas.

En lo que se refiere a la primera alegación, su misma conformación denota que se refiere a un momento, ya declarado el concurso, muy posterior a la fecha en que el contratista comienza a incumplir las referidas obligaciones con terceros, por lo que ninguna virtualidad tiene, a los efectos que a este procedimiento interesan, que el Ayuntamiento hubiera pagado directamente al personal y proveedores del servicio en fechas en las que ya se había acordado la declaración concursal; es decir, que esto último no excluye el hecho cierto de los incumplimientos de pago de la empresa a sus proveedores desde fechas muy anteriores a la declaración concursal y al momento en que el Ayuntamiento tomara la indicada medida de pagar directamente a aquéllos, persistiendo tales incumplimientos hasta el presente, lo que justifica la procedencia de la resolución del contrato.

Si bien lo anterior ya sería suficiente para rechazar en este punto las alegaciones de la contratista contra la resolución contractual y por causa imputable a la misma, es conveniente añadir que la indicada medida municipal de proceder al pago directo al personal y proveedores del servicio, además de ser el remedio, y no la causa, de los correspondientes incumplimientos de pago de la empresa, tenía plena justificación legal. Debe recordarse que, siendo principio general en la materia la responsabilidad de la Administración encargada de la prestación del servicio de garantizar la debida continuidad del servicio público de que se trate, se encuentra facultada para intervenir sobre el mismo (antes de decidir la resolución contractual, de ser ello lo finalmente procedente), de la forma necesaria y proporcionada para conseguir el indicado fin, cuando exista un incumplimiento del contratista que pudiere producir una perturbación grave en la prestación del servicio, tal y como prevé el artículo 166 TRLCAP, precepto que debe interpretarse en un sentido amplio y en el marco de los aludidos principios que postulan la preservación en la continuidad del servicio y la proporcionalidad en la adopción de medidas de intervención administrativa, incluyendo las derivadas de las potestades públicas en materia contractual.

Por ello, cabe entender que dicha intervención puede consistir en la adopción por la Administración de medidas, de muy diversa índole, que interfieran, en todo o en parte, según sea lo necesario, en la capacidad de decisión del contratista sobre algún aspecto del servicio (al margen de que se contase o no con la autorización del administrador concursal, lo que tampoco se niega por la empresa). Medidas que vendrán justificadas en cuanto que con ellas se contribuya a garantizar la adecuada continuidad del servicio, como pueden ser, como en el caso que nos ocupa, la de la intervención sustitutoria en el sistema de pagos al personal y proveedores (es decir, una intervención parcial y limitada a estos aspectos), ante una situación de grave dificultad financiera de la empresa, destinando la Administración el precio del contrato a atender directamente las obligaciones del contratista en los referidos aspectos, pues su impago en este punto podría dar lugar a la interrupción del servicio (huelgas de trabajadores o falta de mayores suministros, señaladamente de algunos básicos, tales como el de electricidad). Ello sin perjuicio de que tal intervención debía haberse formalizado en el correspondiente acto administrativo en el que se tomase de forma expresa tal decisión, y al margen, como antes se apuntó, de que tal medida, que por

naturaleza debe ser temporal y no definitiva en la vida del contrato, diera paso después a la resolución del mismo, vista la persistencia de una situación económica del contratista determinante de los referidos incumplimientos de pago, que, en el contrato de referencia, constituyen causa específica habilitante para su resolución y posterior liquidación.

Quiere decirse, en fin y a los efectos que aquí interesan, que tal intervención municipal en el sistema de pagos al personal y suministradores del servicio derivó del previo incumplimiento de la empresa de diversas obligaciones económicas con aquéllos, en fechas ya anteriores a su situación concursal, por lo que dicha medida no sólo no fue causa, sino remedio, de tal incumplimiento, y ninguna eficacia tiene para enervar el hecho cierto de éste, ni, por tanto, de su consecuencia de justificar la resolución contractual pretendida.

Por otra parte, en cuanto a la alegación de la empresa de que las dificultades financieras y los subsiguientes impagos al personal o proveedores del servicio derivasen de impagos que, a su vez, sufría la primera por parte de diversas Administraciones Públicas, debe decirse que la contratista no señala al Ayuntamiento de Fuente Álamo como una de tales Administraciones, por lo que aquélla debería haber estado en condiciones de cumplir regularmente con sus obligaciones con sus proveedores en atención a los pagos realizados por dicho Ayuntamiento en concepto de precio del contrato, es decir, al margen de sus créditos pendientes con otras entidades, y si no fue así lo que ello sugiere es que el contratista hacía depender la financiación de sus obligaciones con terceros, respecto de este concreto contrato, de circunstancias económicas ajenas al mismo, lo que constituía un riesgo que libremente asumió al presentarse a su licitación, pero que no es imputable al citado Ayuntamiento; por todo ello, no puede imputarse a éste, por medio de su Fundación, corresponsabilidad o culpa en los incumplimientos de la empresa respecto del contrato y servicio que nos ocupa, sino sólo a aquélla, sin perjuicio de sus relaciones jurídicas con otras Administraciones.

IV. A la vista de todo lo anterior, ha de considerarse que el contratista incurrió en el incumplimiento reiterado de sus obligaciones con los suministradores del servicio, lo que constituye una específica causa de resolución contractual, imputable al mismo, de acuerdo con lo establecido en las cláusulas 17.2,h) y 18.1,b) PCAP del contrato, en relación con lo previsto en el artículo 111,h) TRLCAP, por lo que procede acordar por tal causa la resolución de aquél y la pérdida de la garantía constituida, por importe de 12.267,80 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 113.4 de dicho cuerpo legal.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones económicas con los suministradores del servicio, con fundamento en lo establecido en las cláusulas 17.2, h) y 18.1,b) del PCAP del contrato, en relación con lo previsto en el artículo 111,h) TRLCAP, con pérdida de la garantía constituida, por importe de 12.267,80 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 113.4 de dicho cuerpo legal, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La propuesta de resolución objeto de Dictamen, en la medida en que propone la resolución del contrato por la causa y fundamentos expresados en la anterior conclusión, se informa favorablemente; en

consecuencia, vista su parte dispositiva, debe eliminarse de ella lo relativo a la resolución del contrato por la declaración concursal (apartado segundo, sin perjuicio de su carácter implícitamente subsidiario), y deben modificarse sus apartados tercero y cuarto, para recoger en ellos, con la debida precisión, la fundamentación y causa por la que procede resolver el contrato de referencia y demás consecuencias jurídicas, en los términos anteriormente expresados.

No obstante, V.S. resolverá.

