



Dictamen nº 279/2017

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de octubre de 2017, 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 Bullas, mediante oficio registrado el día 28 de septiembre de 2017, sobre resolución del contrato de gestión del servicio público de Piscina Climatizada Municipal del Ayuntamiento de Bullas (expte. 288/17), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Pleno del Ayuntamiento de Bullas, en sesión celebrada el 26 de noviembre de 2008 acordó la adjudicación definitiva a la mercantil -- (--) del contrato de concesión del Servicio Público de Piscina Climatizada Municipal, que fue formalizado el 30 de enero de 2009.

SEGUNDO.- El procedimiento de resolución del contrato se inició mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de julio de 2017 que, después de relatar los antecedentes de la relación contractual y las vicisitudes de la misma, expone que la mercantil contratista ha comunicado al Ayuntamiento un auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, de 26 de junio de 2017, que dispone abrir la fase de liquidación del concurso en que está incursa, y que por tanto va a dejar de prestar el servicio; respecto a lo cual había señalado el Secretario de la Corporación, en informe de 10 de julio de 2017, que constituía causa de resolución del contrato, según el artículo 224.2 TRLCSP en relación con el 223.b.

TERCERO.- El procedimiento se ha integrado con los siguientes actos de instrucción:

1/ La Alcaldesa dirigió un oficio el 13 de julio de 2017 a la contratista indicándole que debía continuar con la prestación del servicio hasta tanto no se acordara la resolución.

2/ La contratista, a través de su administradora concursal, evacuó sus alegaciones mediante escrito de 22 de julio de 2017, en el que, en síntesis, afirma que no se ha podido conseguir la viabilidad de la empresa, pero que a pesar de ello, durante la tramitación del concurso se ha seguido prestando el servicio y no se ha incumplido el contrato; solicita el abono de las cantidades pendientes en concepto de déficit de explotación y la liberación de la garantía.

3/ La Policía Local, en diversos informes emitidos entre los días 10 y 21 de agosto de 2017, informa de que la piscina se encuentra cerrada, sin actividad alguna ni persona en su interior, en lo que abunda un acta del 22 de igual mes y año en la que el Secretario accidental de la Corporación, el ingeniero técnico municipal y el concejal delegado de hacienda comprueban que las instalaciones permanecen en situación de abandono, estando el vaso vacío y en proceso de rejuntado del gresite.

4/ Los mencionados informes y acta fueron comunicados a la contratista a efectos de alegaciones, sin que compareciera en tal trámite.

CUARTO.- La propuesta de resolución se ha adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria celebrada el 21 de septiembre de 2017. Expone que la mercantil --, fue declarada en concurso voluntario de acreedores con fecha de 23 de julio de 2014, publicándose el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de Estado N° 165, de 8 de julio de 2014. Sin embargo, la administración concursal no ha conseguido garantizar la viabilidad de la empresa y, en consecuencia, mediante Auto de 26 de junio de 2017 del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Murcia se ha procedido a la apertura de fase de liquidación del concurso. El informe de Secretaría de 10 de julio de 2017 indicó que, de acuerdo con el artículo 224.2 TRLCSP, la apertura de la fase de liquidación del concurso es siempre causa de resolución del contrato. Conforme a ello, y desestimando las alegaciones de la interesada, propone la resolución del contrato como consecuencia de haber entrado la mercantil contratista en fase de liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 224.2 TRLCSP, al mismo tiempo que propone la retención de la garantía depositada en tanto no se proceda a la liquidación del contrato y se determinen las responsabilidades en que hubiera podido incurrir por el abandono del servicio tras la apertura de la fase de liquidación.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En el escrito de consulta se solicita Dictamen de este Consejo Jurídico al amparo de lo establecido en el artículo 109 RGLCAP, que establece que habrá de recabarse preceptivamente el Dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, entre otros casos, en los de resolución de contratos administrativos cuando exista oposición del contratista. Semejante dicción se reproduce en el vigente artículo 211.3, a) TRLCSP, aplicable al procedimiento que nos ocupa, dada su fecha de iniciación, como viene reiterando la doctrina consultiva. En similares términos se pronuncia el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Solicitado así el Dictamen, cabe plantearse dicha preceptividad ya que la contratista, a través, del administrador concursal, no ha expresado su oposición a la resolución, sino a la retención de la garantía, al entender que no ha dejado de cumplir obligaciones. Y no puede oponerse a la resolución del contrato por cuanto ella misma ha solicitado al Ayuntamiento que se haga cargo directamente de la prestación del servicio. La oposición a la retención de la garantía prestada sí integra el supuesto normativo que impone la preceptividad del Dictamen

conforme a los artículos 211.3, a) TRLCSP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y ello por cuanto que en aplicación de tales causas de resolución, el órgano de contratación ha de pronunciarse necesariamente sobre el destino de dicha garantía (art. 225.4 TRLCSP y 208.4 Ley 30/2007), por lo que la oposición a las concretas determinaciones que sobre ella se formulen en la propuesta de resolución, acarrea la preceptividad del Dictamen. Por tanto, conforme con los mencionados preceptos y doctrina consultiva, el alcance del presente Dictamen, en su carácter preceptivo, se refiere exclusivamente a la determinación sobre el destino de las garantías, siendo facultativo en cuanto a la propuesta de resolución contractual, a la que no se ha opuesto el contratista.

SEGUNDA.- Régimen jurídico, procedimiento y expediente.

Conforme se recoge en los antecedentes y resulta del expediente remitido, el contrato se adjudicó mediante acuerdo de 26 de noviembre de 2008, y se formalizó el 30 de enero de 2009. Por tanto, le es aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en cuanto a las causas de resolución, y las normas que sobre procedimiento contiene el TRLCSP, todo ello de acuerdo con la reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), según la cual el procedimiento de resolución del contrato -y la competencia del órgano que debe acordarla- se rige por la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión (Dictamen de este Consejo Jurídico 231/2013, entre otros). Así, la Disposición Transitoria Primera, 2, TRLCSP establece que "*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirán, en primer lugar, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*".

Desde tal punto de vista, el órgano competente para resolver el procedimiento es el Pleno del Ayuntamiento, en cuanto es el órgano de contratación y, respecto a la instrucción seguida, se ha otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la interesada.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Como ya se ha dicho, al contrato le es aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 206, titulado "causas de resolución", establecía como tales las siguientes: (...) "b) *La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*". El artículo 207 de la misma Ley 30/2007, titulado "Aplicación de las causas de resolución", establecía en su párrafo 2 que "*la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato*". Por tanto, éste es el precepto que constituiría - a salvo de lo que a continuación se dirá- la causa de resolución aplicable al contrato objeto de Dictamen, ya que en el expediente remitido consta un auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, de 26 de junio de 2017, que dispone abrir la fase de liquidación del concurso en que está incursa la mercantil contratista, que es el presupuesto necesario para que concurra la causa de resolución citada.

Por su parte, el artículo 208 de la citada Ley 30/2007 disponía, igual que el actual 225.4 TRLCSP, que "*en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. 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*".

Conforme a ello, lo que procede es retener la garantía, ya que de producirse la calificación como culpable del concurso deberá decretarse la pérdida de la misma por la contratista, y, en cualquier caso, el Ayuntamiento habrá de resarcirse con cargo a ella de los posibles daños ocasionados por la extinción anticipada del contrato, que deben ser fijados en procedimiento contradictorio con audiencia de la contratista.

En cualquier caso, lo anterior ha de ser modulado, ya que las sentencias de la Sala especial del Tribunal Supremo para los Conflictos de Jurisdicción (TCJ) nº 3 y 5 de 2016, de 5 y 15 de diciembre, respectivamente, han tenido una incidencia muy relevante en la interpretación que ha de darse a los preceptos de la contratación administrativa en los casos de resolución contractual por causa de la apertura de la fase de liquidación del concurso en el que esté inmerso el contratista, en su relación e integración hermenéutica con los preceptos de la legislación concursal, especialmente con los reguladores de la referida fase del concurso. La doctrina contenida en las referidas sentencias (particularmente la nº 3 de 2016), plenamente aplicable ahora, tiene como presupuesto básico el precepto del TRLCSP (ya existente en la LCSP aplicable al contrato de referencia, según vimos) que establece que la apertura de la fase de liquidación del concurso *"origina siempre la resolución del contrato"* administrativo, determinación legal ésta que, según la interpretación de la citada sentencia, implica que, desde tal momento, todo operador jurídico, administrativo o judicial, debe tener por resueltos los contratos administrativos del concursado (si es que la Administración no los hubiera declarado resueltos previamente a dicha apertura, se entiende), y ello por ministerio de la ley, es decir, *"ex lege"* y automáticamente, sin perjuicio de la instrumentación ordenada y razonable de la efectiva cesación de la actividad prestacional y la entrega de las instalaciones a la Administración concedente (para lo que dicha sentencia parece configurar un período de transitoriedad sobre el que no abunda demasiado, más allá de validar *"ab initio"* lo que sobre este aspecto hubiera podido decidir el juez del concurso).

La consecuencia de todo ello es que, en el presente procedimiento, y frente a lo sostenido por los informes y propuesta de resolución municipales, el Ayuntamiento carece de la potestad de declarar la resolución del contrato de referencia, pudiendo sólo reconocer en su acuerdo que ha de tenerlo por resuelto por ministerio de la ley con el dictado del Auto judicial de 26 de junio de 2017, conforme a la doctrina establecida en las ya citadas SSTS. Al Ayuntamiento le compete resolver sobre el destino de las garantías (vid. en este concreto sentido también la posterior y reciente STCJ de 12 de julio de 2017), las indemnizaciones procedentes y la liquidación del contrato.

Desde tales fundamentos jurídicos, ha de reformularse la propuesta de resolución.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- El contrato de concesión objeto de Dictamen ha de tenerse por resuelto, por ministerio de la ley, en virtud del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia de 26 de junio de 2017, debiendo el órgano de contratación limitarse a reconocer la indicada situación jurídica y a resolver, con carácter ejecutivo, sobre el destino de las garantías prestadas, todo ello por las razones expresadas en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

