

En Logroño, a 27 de junio de 2016, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con la asistencia de su Presidente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas, D. José Luis Jiménez Losantos y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, actuando como ponente D. Jose M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

20/16

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Grávalos, a través del Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial, sobre la *propuesta de dicho Ayuntamiento para la resolución del contrato de gestión del servicio público del Balneario de Grávalos por incumplimientos imputados al contratista, con oposición de este.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

1. Del expediente que nos ha sido remitido, resultan los siguientes hechos:

-Mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación, en Sesión extraordinaria de fecha 2 de noviembre de 2010, se aprobó el expediente de contratación y los Pliegos de cláusulas administrativas (PCA) y de prescripciones técnicas (PPT) particulares para la adjudicación de la gestión del servicio público del Balneario de Grávalos, mediante la modalidad de concesión, por procedimiento abierto, atendiendo a oferta económicamente más ventajosa y a otros varios criterios de adjudicación, todo ello con arreglo a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP'07)

-El 5 de noviembre de 2010, se publicó el anuncio de licitación, por plazo de 26 días, en el Boletín Oficial de La Rioja (BOR) núm. 135, junto con el perfil de contratante, a fin de que los interesados presentaran sus proposiciones.

-Durante la licitación, se presentaron dos propuestas por las mercantiles *T.M.S.L.* y *T.E.S.L.*

-El 17 de diciembre de 2010, el órgano de contratación declaró como oferta económicamente más ventajosa la emitida por la empresa *T.E.S.L.*

-Con fecha 24 de diciembre de 2010, el licitador *T.E.S.L.* constituyó la garantía definitiva en tres formas:

a) En primer lugar y como forma de prestación garantía permitida por el art. 84.1 b) LCSP'07, presentó un aval bancario de 12.500,00 euros, equivalente al 5% del canon anual (que ascendía a 250.018 euros, cfr. fol. 322 del expediente). A tal efecto, la Cláusula 13ª PCA aclara: i) que, en atención a la situación de crisis económica que dificultaba la prestación de avales bancarios, la expresada cuantía no se había calculado (como hubiera sido legalmente procedente *ex* art. 83.1 LCSP'07) en el 5% del canon *total* pagadero por la concesionaria (que asciende a 7.500.540 euros, según la Cláusula 2ª del contrato, fol. 189 del expediente, cuyo 5% es 375.027 euros), sino sólo sobre el 5% del canon *anual* precitado; y ii) que, para completar el resto legalmente exigible (362.527 euros, equivalente a 375.027 menos los citados 12.500 euros avalados), se imponen a la concesionaria (en la misma Cláusula 13ª PCA y tal como lo permite, excepcionalmente, el art. 83.1 LCAP'07) dos obligaciones (que dicha Cláusula 13ª denomina “garantías complementarias”), para el caso de que debiera ejecutarse la garantía definitiva total legalmente exigible, y que pasamos a exponer.

b) Una primera de dichas “garantías complementarias” consiste en que la contratista, *ex* Cláusula 13ª PCA, se obliga a efectuar, en documento público, una “pignoración”, en favor del Ayuntamiento contratante, de todo el equipamiento mobiliario, que dicha concesionaria debe adquirir, introducir e instalar en el Hotel-Balneario (y que un informe pericial valora en 267.284,11 euros, cfr. fol. 121 del expediente). Como se desprende de la Propuesta de resolución (fol. 360 del expediente), la intención municipal al establecer esta garantía era posibilitar al Ayuntamiento (en el caso de tener que ejecutarla como parte integrante que es de la garantía definitiva) la incautación de dicho equipamiento mobiliario, sin tener que abonar nada por el mismo a la concesionaria. Luego analizaremos más detenidamente la naturaleza jurídica de esta garantía y pretensión municipal.

c) Una segunda de dichas “garantías complementarias” estriba en que la contratista, también *ex* Cláusula 13ª PCA, se obliga a efectuar, en documento público, una afectación, en favor del Ayuntamiento contratante, del importe total de las obras (de urbanización y otras

adicionales) que dicha contratista haya efectuado en el inmovilizado del Balneario y financiado anticipadamente (cuya cuantía el Ayuntamiento fijaría luego en 185.538,38 euros, mediante Acuerdo de 25 de marzo de 2015, firme y consentido por la contratista, por más que ésta, en su escrito de alegaciones de fecha 1 de abril de 2016 -cfr. fol. 24 del expediente-, las valore en 448.421,43 euros); importe que la concesionaria se iría cobrando mediante deducciones que, plasmadas en sendas cuotas de amortización, se aplicarían al pagar, en cada trimestre, el canon anual. Como se desprende de la propia Cláusula 13ª PCA (fol. 218 del expediente) y de la Propuesta de resolución (fol. 360 del expediente), la intención municipal al establecer esta garantía era posibilitar al Ayuntamiento (en el caso de tener que ejecutarla como parte integrante que es de la garantía definitiva) la extinción total (“amortización definitiva”, según la expresada Cláusula 13ª PCA) de la obligación municipal de pagar a la concesionaria las referidas cuotas de amortización que, habiendo sido anticipadas por la misma, se encontraren, eventualmente, pendientes de pago desde la resolución del contrato hasta el fin del plazo concesional. También luego analizaremos con más detalle la naturaleza jurídica de esta garantía y pretensión municipal.

-El Pleno de la Entidad local contratante acordó, en Sesión ordinaria de fecha 27 de diciembre de 2010, adjudicar el contrato de gestión del servicio público del Hotel-Balneario de Grávalos, mediante la modalidad de concesión, a la empresa *T.E.S.L.* Esta fecha es importante porque, como veremos, determina la legislación aplicable al contrato que nos ocupa.

-En cumplimiento de lo exigido en la Cláusula 16ª, A), del PCA de esta contrata, la empresa adjudicataria, *T.E.S.L.*, procedió a iniciar el procedimiento para constituir una sociedad mercantil, denominada *H.B.G.SL*, cuyo objeto social sería precisamente la gestión y explotación del servicio público concedido y que, desde ese momento, se convierte en la mercantil concesionaria en esta contratación

-Con fecha 2 de febrero de 2011, se procedió a la formalización, mediante la firma en documento administrativo, del contrato de gestión del servicio público del Balneario de Grávalos, mediante la modalidad de concesión, entre el Ayuntamiento de Grávalos y el administrador único de la precitada empresa gestora en formación, *H.B.G.SL*, contrato éste en virtud del cual ésta última citada sociedad (cuya constitución fue publicada posteriormente en el BORME núm. 107, de 6 de junio de 2011) se compromete a gestionar el Servicio público

de Balneario de Grávalos, con estricta sujeción al mismo contrato, al PCA, al PPT y a los demás documentos contractuales.

-El 9 de febrero de 2011, se procedió al levantamiento del Acta de la entrega al concesionario de los bienes muebles e inmuebles afectos a la gestión indirecta del Servicio público del Hotel-Balneario de Grávalos, corriendo, desde la firma del citado documento, a cargo del concesionario, todas las obligaciones de mantenimiento, guardia y custodia de todas las instalaciones y bienes entregados.

-El 9 de junio de 2011, finalizó el plazo para la realización, por parte de la concesionaria, del restante equipamiento de las instalaciones, aunque el mismo se ultimó más tarde, lo que demoró el levantamiento del Acta de inicio, como se expresa a continuación.

-El 21 de noviembre de 2013, se procedió, finalmente, al levantamiento de la aludida Acta de inicio de la gestión del Servicio público Hotel-Balneario de Grávalos, mediante concesión, comenzando, en dicha fecha, el *dies a quo* tanto del plazo concesional de 30 años como del plazo fijado para la liquidación trimestral del canon concesional, establecido en 250.018 euros anuales.

2. Desde el mismo expresado día 21 de noviembre de 2013, la Administración municipal concedente ha supervisado el servicio, en aplicación de sus potestades de policía contractual sobre el mismo *ex* Cláusula 20ª PCA, y constatado que la concesionaria ha realizado una serie de actuaciones que, en criterio municipal, constituyen incumplimientos contractuales de las condiciones, del contrato exigidas en los Pliegos correspondientes (PCA y PPT), en algún caso con el carácter de esenciales, y que son causa de resolución del mismo *ex* art. 206, letra “g)”, de la LCSP’07, según la Propuesta de resolución (cfr. fol. 358 del expediente); aunque, en rigor, debería decir art. 206 letra “f)” de la LCSP’07, por la reordenación de las letras de este precepto efectuada por el art. 1.33 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, vigente desde el 9 de septiembre de 2010 y, por tanto, vigente también en la fecha de adjudicación del contrato, el 27 de diciembre de 2010; reordenación que debe también aplicarse a la exclusión que, de las causas contenidas en las antiguas letras e) y f) del art. 206 LCSP’07, efectúa la Cláusula 23 PCA (fol. 232 del expediente).

En concreto, los incumplimientos aducidos por la Administración contratante, con cita de las cláusulas de los Pliegos contractuales infringidas, son los siguientes: i) inaplicación a la ejecución del contrato de los medios materiales o personales suficientes para ello (c.16.15 PCA); ii) incumplimiento de obligaciones laborales (c.16.11 PCA); iii) suspensión de la actividad desde diciembre de 2015 (c.16.9 PCA); iv) subcontratación in consentida de los servicios de bar y cafetería (c.16.13 PCA), v) arrendamiento

inconsentido de parte de las instalaciones del inmueble (c.16.15 PCA), vi) deficiencias en materia de salud pública (c.2,c) PPT); vi) inobservancia de las condiciones exigidas en la autorización administrativa para el aprovechamiento de aguas (c.4,d) PPT), vii) falta de creación del *Fondo afectado de inversión* exigido en la c.7,a) PPT); viii) incumplimientos en el mantenimiento de las instalaciones (c.2,c) PPT); y ix) impago del canon concesional en los ejercicios 2014 y 2015 (c. 4 PCA).

3. Además, el órgano de contratación estima que, en 2016, se han producido dos causas más de resolución del contrato, *ex art. 206, b) LCSP'07*: i) la declaración de insolvencia de la empresa contratista, según resulta del Decreto del Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretario judicial), del Juzgado de lo Mercantil de La Rioja, de 22 de febrero de 2016 (fols. 259-262 del expediente), por el que constata la comunicación a dicho Juzgado del inicio de negociaciones para alcanzar un posible convenio de refinanciación de pagos entre la concesionaria y sus acreedores; y ii) la declaración de dicha empresa en situación de concurso voluntario de acreedores, por Auto de 9 de mayo de 2016, del mismo Juzgado, publicado en el BOE de 18 de mayo de 2016 (cfr. fol. 258 del expediente).

Segundo

El 23 de marzo de 2016, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Grávalos decide incoar el procedimiento para determinar si procede o no la resolución del contrato de gestión del servicio público del Hotel-Balneario de Grávalos, con audiencia al contratista, a su avalista y a la otra empresa que había acudido a la licitación.

Tercero

1. El 4 de abril de 2016, tiene entrada, en el Registro del Ayuntamiento de Grávalos, la comunicación, remitida por la contratista mediante correo certificado el día 1 de ese mes, en la que la empresa *H.B.G.SL*, de manera un tanto sorprendente, centra sus alegaciones en una cuestión que no afecta, o al menos no directamente, al expediente de resolución del contrato, como es el cálculo de la amortización del canon concesional, pretendiendo: i) impugnar la exclusión de alguna factura a la hora de llevar a cabo del cálculo de dicha amortización; ii) indicar que el importe de las inversiones amortizables respecto del referido canon asciende a la antes expresada cantidad de 448.421,43 euros, frente a los 185.538,83 euros que, como también antes se ha indicado, reconoce el Ayuntamiento; y iii) aludir a la existencia de “vicios o defectos ocultos”, que no concreta pero que, a su juicio, impidieron que se pudiese abonar el canon. Por tales motivos, dicha empresa: i) considera que existe un desequilibrio financiero; ii) interesa una revisión del canon debido; y iii) pide que se compense lo adeudado con la inversión realizada pues, si existe impago, es -a su entender-, por causa imputable al Ayuntamiento de Grávalos.

2. Por su parte, la otra empresa que había acudido a la licitación manifiesta, por escrito, su disposición a continuar con la prestación del servicio en las condiciones en que fue adjudicado, una vez sea efectiva la resolución del contrato y previa formalización de un Acta de entrega de las instalaciones; a lo que parece querer prestarse el Ayuntamiento, según se desprende de los puntos 6º y 7º de la Propuesta de resolución (cfr. fol. 361 del expediente), si bien este aspecto es ajeno al presente dictamen por constituir, en su caso, actuaciones posteriores a la Propuesta resolución que ahora nos ocupa.

Cuarto

A continuación, obra en el expediente un informe pericial, encargado por el Ayuntamiento contratante, para la valoración: i) de las obras realizadas por la concesionaria en los comedores y en el exterior del Hotel Balneario de Grávalos, ii) de la maquinaria y el mobiliario de los salones y cocina del Balneario; y iii) del mobiliario y ropa de cama de las habitaciones del Hotel. Esa valoración, fechada en mayo de 2016, asciende a la cantidad de 468.604,44 euros (cfr. fol. 121 del expediente).

Quinto

El expediente finaliza con un Informe-propuesta, fechado el 2 de junio de 2016, por el que el Secretario de la Entidad local contratante propone a ésta la resolución del contrato, por concurrencia de las causas b) y g) -en rigor, “f)”, como antes hemos señalado- del art. 206 LCSP’07, con las medidas anejas de: i) incautación, *ex art.* 208.5 (en rigor, 208.3 y 4 LCAP’07, por la modificación operada en el precepto por la Ley 34/2010, de 5 de agosto) de la garantía definitiva, por importe de 12.500 euros; ii) incautación, también *ex art.* 208.5 (en rigor, 208.3 y 4) LCAP’07, por lo que acabamos de indicar) de las dos garantías complementarias constituidas en su día por la contratista y consistentes, como antes hemos señalado, en una pignoración sobre el equipamiento adquirido por la concesionaria para el Hotel-Balneario; y en una afectación de la amortización de las inversiones efectuadas por la misma en el inmovilizado; iii) exigencia a la contratista, *ex art.* 208.3 LACP’07, de una indemnización de 97.193,25 euros, aunque deduciendo de ella el importe de la garantía incautada; iii) reversión de todas las instalaciones y equipamiento del Hotel-Balneario a la Administración contratante, por su precitada valoración pericial de mayo de 2016, y sin obligación de abonar nada en tal concepto a la contratista, al aplicarlas al pago del canon concesional pendiente; iv) compensación de cualquier eventual crédito futuro de la contratista contra la Administración contratante con el importe que reste por pagar del canon concesional; y, finalmente, v) emplazamiento, una vez declarada la resolución, a la empresa licitadora que no resultó adjudicataria del contrato, para que presente la documentación necesaria para adjudicarle la contrata, por el tiempo restante y en las mismas condiciones.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito, firmado y enviado electrónicamente el día 30 de mayo de 2016, registrado de entrada en este Consejo el 3 de junio de 2016, el Ayuntamiento de Grávalos, a través del Excmo. Sr. Consejero Fomento y Política Territorial, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito de fecha 3 de junio de 2016, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el mismo día, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Normativa aplicable al caso

1. La contratación administrativa ha sido uno de los sectores que más modificaciones legislativas ha experimentado desde los comienzos del moderno Derecho Administrativo español:

A) Así, tras la vieja Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (LCE), modificada por RDLeg 931/1986, de 2 de mayo, a consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Europea, se dictó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (LCAP'95); si bien, para integrar diversas modificaciones posteriores, se convertiría en el Texto Refundido, aprobado por RDLeg 2/2000, de 16 de

junio (LCAP'00), del que se dictó un Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01).

B) Las numerosas modificaciones posteriores obligaron a dictar una nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, que se denominó de Contratos del Sector público (LCSP'07), la cual fue objeto, a su vez, de múltiples modificaciones operadas: i) por RRDDL núms. 6/2010, de 9 de abril; 8/2010, de 20 de mayo; y 5/2011 de 29 de abril; y ii) por Leyes núms. 14/2010, de 5 de julio; 15/2010, de 5 de julio; 34/2010, de 5 de agosto; 35/2010, de 17 de septiembre; 2/2011, de 4 de marzo; 24/2011, de 1 de agosto; y 26/2011, también de 1 de agosto. Dicha LCAP'07 fue desarrollada parcialmente por un Reglamento aprobado mediante el RD 817/2009 (RCSP'09).

C) Ante tal acumulación de modificaciones, se dictó el, actualmente vigente, Texto Refundido de la misma LCSP, aprobado por RD Leg 3/2011 (LCSP'11), que todavía carece de un desarrollo reglamentario específico.

2. Como hemos advertido en nuestros dictámenes D.37/12 y D.45/12.D, esta sucesión de normas legales en materia contractual ha provocado no pocas confusiones en la aplicación y cita de los preceptos aplicables, que también hemos detectado en el expediente que nos ocupa. Por ello, antes de adentrarnos en el asunto consultado, es preciso concretar las normas aplicables al caso y, a tal efecto, como también hemos reiterado (cfr. nuestros dictámenes D.122/08, D.147/08; D.31/09, D.80/09, D.51/10, D.80/10, D.94/10, D.35/11, D.36/11, D.7/12, D.37/11, D.26/14 y D.14/15, entre otros), debemos atenernos a la legislación vigente en la fecha de adjudicación del contrato, según establece la DT 1.2 de la LCSP'07 y de la LCSP'11.

3. Como quiera que, en el presente caso, la adjudicación del contrato tuvo lugar **el 27 de diciembre de 2010**, resultan de aplicación al mismo: i) en cuanto a normas con rango de ley, la precitada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público (LCSP'07), con las modificaciones de la misma que hubieran entrado en vigor antes de la citada fecha de adjudicación; sin tener en cuenta, por tanto, las disposiciones cuya vigencia comenzara después de la reiterada fecha de adjudicación, entre las que se encuentra el ahora vigente -pero, por tanto, no aplicable a este caso- TR, aprobado por RD Leg 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11), cuya vigencia comenzó el 16-12-2011 (ya que, *ex su DF Única*, entró en vigor al mes de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 16-11-2011); y ii) en cuanto a la normativa de rango reglamentario (tal y como hemos señalado en nuestros dictámenes D.45/12, D.4/13 y D.27/13), es aplicable al caso el precitado el RCAP'09 (RD 817/09, de 8 de mayo), si bien, al tratarse de una reglamentación parcial, en lo no previsto en el mismo, cabe acudir al, también antes citado, RCAP'01 (RD 1098/01, de 12 de octubre), aunque sólo en aquello que no resulte contradictorio con la LCSP'07, aplicable al caso. Por último, al ser una la Administración contratante una entidad local, es aplicable también el Reglamento de Servicios de las

Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), en sus arts.113 as 137, relativos a las concesiones de servicios, tal y como reconoce expresamente la Cláusula 24ª PCA del contrato que nos ocupa.

4. En resumen, al presente caso y por razón de su fecha de adjudicación, el 27-12-2010, es de aplicación la Ley 30/2007 (LCSP'07), con sus modificaciones hasta dicha fecha, así como su Reglamento parcial (RCSP'09) y, supletoriamente, el anterior RCAP'01, aunque éste último sólo en cuanto no se oponga a la citada LCSP'07 y, en los mismos términos, el RSCL. La aplicación al caso de esta normativa fue expresamente aceptada por el contratista en las cláusulas, 4ª, del contrato firmado con el Ayuntamiento de Grávalos el 2 de febrero de 2011, y 24ª PCA. Por supuesto, también es aplicable la normativa reguladora de este Consejo (que citamos en el Fundamento siguiente), en cuanto al ejercicio de la función consultiva en este tipo de propuestas de resolución contractual.

5. Por otra parte, al tratarse de un contrato administrativo, es claro que ha de regirse por lo pactado en el mismo y también por los Pliegos de condiciones administrativas (PCA) y de prescripciones técnicas (PPT) particulares y demás documentos que integren el contrato (todo ello aceptado por el contratista en las Cláusulas 1ª y 4ª del precitado contrato de 2 de febrero de 2011); así como por las Resoluciones interpretativas y órdenes de ejecución que, en ejercicio de sus competencias, haya podido dictar el órgano de contratación para la mejor ejecución del contrato. Así resulta: i) de los arts 25 y 193 LCSP'07, que disponen que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas; ii) de la cláusula 4ª del contrato que nos ocupa, suscrito en fecha 2 de febrero de 2011, donde se estipula que la empresa contratista presta su conformidad a los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCA) y de Prescripciones técnicas particulares (PPT), todos los cuales son documentos contractuales, como señala el art. 26 e) LCSP'07; y iii) del art.194 LCSP'07, cuando determina que será el órgano de contratación, quien resolverá las dudas que ofrezca su cumplimiento, lo que implica no sólo la facultad de interpretarlo, sino también la de vigilar si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, pudiendo requerir, de ser necesario, al contratista, la correcta realización de las prestaciones contratadas, con subsanación de los defectos que se observen, *ex art. 255 LCSP'07*.

Segundo

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

La normativa aplicable al caso es clara en cuanto a la necesidad de elevar consulta a este Consejo Consultivo sobre las propuestas de resolución de tales contratos, y así resulta de los siguientes preceptos:

-El artículo 197.1 LCSP'07, que dispone (cuando la Administración opte por la resolución del contrato por causa de su ejecución defectuosa o con demora), la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si se formula oposición por parte del contratista.

-El artículo 11, I), de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone el deber de elevar consulta al mismo en los casos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos en los que así lo dispongan las normas aplicables.

-El artículo 12 del Decreto 81/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone la misma preceptividad para estos supuestos, en su letra I).

Por lo tanto, en el caso sometido a la consideración de este Consejo, nuestro dictamen es preceptivo, al haber presentado el contratista oposición a la resolución del contrato administrativo, de acuerdo con la opción resolutoria elegida por la Corporación local.

Tercero

Sobre la resolución del contrato por incumplimientos esenciales imputables a la empresa concesionaria del servicio

1. Como antes hemos esquematizado, la Administración contratante aduce en el expediente una serie de actuaciones y omisiones de la empresa contratista, que son estimadas como constitutivas de la causa de resolución contractual recogida en el art. 206 g) (en rigor, "f"), como antes hemos señalado) LCSP'07 ("*incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*") y que pasamos a analizar:

A) Una primera causa alegada es la no dedicación o adscripción a la ejecución del contrato de los medios materiales o personales suficientes para ello, obligación que es considerada esencial en el contrato *ex* art. 53.2 LCSP'07, según establece expresamente la Cláusula 16ª A PCA (fol. 224 del expediente). Se funda este incumplimiento en la existencia de dos actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social fechadas en 17 y 18 de diciembre de 2015.

Sin embargo, tales actas lo que reflejan es que algunas de las personas que se encontraban trabajando el día de la inspección no estaban dadas de alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social. Por lo tanto, entendemos que, en base a las

mismas, no puede hablarse de falta de adscripción de medios personales para la ejecución del contrato (lo que supondría una causa de resolución, según toda la documentación contractual), sino, en todo caso, de un incumplimiento de obligaciones legales en materia de Seguridad social, por las cuales se han impuesto las sanciones correspondientes, al tiempo que se ha procedido a dar de alta a los afectados. En suma, tales infracciones pueden suponer un incumplimiento de la obligación, contractualmente impuesta a la mercantil concesionaria, de cumplir con las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de Prevención de riesgos laborales, contenida en la cláusula 16 PCA, pero no reúnen, por sí mismas y aisladamente consideradas, la esencialidad requerida para reputarlas como causa de resolución contractual.

B) Otro incumplimiento alegado en el expediente deriva de una Resolución de 21 de octubre de 2015, de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Gobierno de La Rioja, que, como consecuencia de una reiterada falta de subsanación de diversas deficiencias detectadas, acuerda suspender la actividad hasta que se restablezcan las condiciones técnico-sanitarias adecuadas; lo que motiva que, desde diciembre de 2015, el Hotel-Balneario se encuentre cerrado al público, cuando, en la cláusula 16.9ª PCA, el concesionario se obligaba a prestar el servicio con la continuidad convenida, garantizando a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones establecidas. A diferencia del anterior, este incumplimiento nos merece la consideración de esencial, ya que ha conllevado la paralización de la ejecución del contrato.

En este sentido, es preciso señalar que, en nuestra opinión, cuando el art. 206 f) LCSP'07 alude como causa de resolución al incumplimiento de "*condiciones esenciales señaladas como tales en los Pliegos o en el Contrato*", tal requisito no debe ser interpretado formalmente, en el sentido de exigir una calificación expresa y literal de esencialidad en tales documentos contractuales, sino materialmente, es decir, entendiendo por esenciales aquellas condiciones que, según el tenor de los Pliegos y del Contrato, afecten a la base, núcleo u objeto del negocio jurídico por referirse a elementos fundamentales del mismo, como es el caso de la paralización prolongada del servicio público cuya gestión se ha encomendado a un concesionario.

Este criterio interpretativo de carácter material es seguido por el Consejo de Estado en su D. 602/2013 y por la doctrina de varios Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas (AOCA), así, p.e, en los dictámenes D. 527/2013, del Consejo Consultivo (CC) de Castilla y León; y en los DD.33 y 300/2012, del CC de Castilla-La Mancha.

C) La Administración contratante alega también que, de las Actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, anteriormente mencionadas, se desprende que la empresa *H.B.G.SL.* había subcontratado la explotación del Restaurante y la Cafetería con la empresa *T.V.SL.* No obstante, de la propia Acta, parece desprenderse que, tanto *T.V.SL.*,

como la propia concesionaria *H.B.G.SL.* pertenecen al grupo *T (T.S.A.S.L.)*, por lo que, aunque es cierto que la cláusula 16ª PCA establece que queda prohibida la subcontratación inconsentida del objeto principal del contrato, el doble hecho de que, por un lado, se trate de empresas del mismo grupo (lo cual mitiga la subcontratación efectuada, aplicando al subcontratista la doctrina del *levantamiento del velo* societario); y de que, por otro lado, la subcontrata no se refiera a los servicios propios de Balneario, ni siquiera a la actividad de hospedaje (lo cual también mitiga la subcontratación efectuada, aplicando la doctrina de la atención preferente al *núcleo o base del negocio jurídico*), nos llevan a considerar que ese incumplimiento no tiene entidad suficiente, por sí solo y aisladamente considerado, para calificarlo materialmente como esencial y justificar la resolución del contrato.

Por otro lado, y aunque también se menciona que se ha procedido a subarrendar parte de las instalaciones del inmueble, lo cierto es que no existe ningún dato en el expediente acerca de las condiciones en que se haya llevado a cabo dicho subarrendamiento.

D) Por el contrario, existe constancia acerca de la falta de mantenimiento general, si no de todas, sí de muchas, de las dependencias e instalaciones, como se desprende de las Actas que obran en el expediente, las cuales reflejan la no acreditación de Programas de mantenimiento de las instalaciones acuáticas, ni del Plan de mantenimiento contra la *legionela*. Estas infracciones sí pueden ser reputadas incumplimientos materialmente esenciales, habida cuenta el objeto y finalidad del contrato que nos ocupa y de su contemplación expresa en la c. 2,c) PPT.

E) Se detectan, en el expediente, también defectos en la zona de cocinas, con existencia de suciedad y restos de alimentos, mohos en rejillas, etc; infracciones todas ellas que pueden ser reputadas materialmente como no esenciales, en cuanto que son susceptibles de enmienda mediante un previo y oportuno requerimiento de subsanación, al amparo de la referida c.2,c) PPT.

F) Igualmente, del informe de la consultora *M.A.S.L.P.* y de otros documentos del expediente, se desprende la existencia de: i) desperfectos en las instalaciones por falta de mantenimiento del concesionario, que se valoran en un presupuesto de ejecución material de 67.500 euros y que se elevan a 97.193 euros, una vez aplicados gastos generales, beneficio industrial y el I.V.A (cfr. fol. 300 del expediente) y ii) deficiencias en el mantenimiento de la instalación térmica del Balneario pericialmente descritas en los fols. 301 a 303 del expediente.

Estas infracciones pueden ser reputadas como materialmente esenciales ya que, en la reiterada c.2,c) PPT, se obligaba, a la contratista, al mantenimiento general de todas las

dependencias entregadas con la concesión, asumiendo dicha contratista la limpieza y conservación de las instalaciones, que es prestación básica en un servicio público de tipo balneario.

G) En el Informe-Propuesta de resolución, se habla también del incumplimiento del condicionado de la Resolución de autorización del aprovechamiento de aguas, aunque no constan en el expediente datos de este pretendido incumplimiento y del perjuicio que haya podido ocasionar, aunque la infracción, de probarse adecuadamente, pudiera ser subsumida en la c.4,d) PPT.

H) También consta que, a partir del año 2014, se ha incumplido con la obligación de pago del canon concesional, por más que el cálculo de su amortización haya sido discutido por el contratista en sus alegaciones, lo que nos impide ahora una calificación exacta de esta circunstancia, contemplada en la c.4 PCA y que, por supuesto, es materialmente esencial en todo contrato de gestión de servicio público.

I) También se alude al incumplimiento derivado de la no creación del *Fondo afectado de inversión*, destinado, según la c.7,a) PPT, a la conservación y mejora de los inmuebles, infraestructuras y bienes naturales concesionados. Se preveía que este *Fondo* se nutriera con el 1% del canon concesional satisfecho por el concesionario y se complementara con el 50% obtenido de la venta de la energía eléctrica fotovoltaica producida por la instalación de placas solares ubicadas en el tejado del edificio del Hotel; ya que dicha producción y precio de venta de energía eléctrica se estimaba que era titularidad, al 50%, del Ayuntamiento de Grávalos y del concesionario, previendo destinar el 50% municipal al referido *Fondo Afectado de Inversión*. Además, dicho *Fondo* debía ser depositado en una cuenta restringida de la Tesorería municipal. Por lo tanto, si ese *Fondo* no se ha constituido, no puede achacarse en exclusiva al concesionario, vista la procedencia de los caudales que lo nutrían.

2. En definitiva, no puede negarse, a la vista del expediente, que concurren diversos incumplimientos contractuales, los cuales, considerados cada uno de ellos aisladamente, justificarían, en nuestra opinión, no tanto una resolución contractual, cuanto que, por parte de la Corporación municipal, se hubiese exigido, a la concesionaria, un correcto funcionamiento de las instalaciones, con estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales, realizando, a tal efecto, cuantos requerimientos de subsanación fueren precisos.

3. Ahora bien, todos esos incumplimientos, considerados en su conjunto (y con independencia de la posterior declaración en situación de concurso de acreedores de la concesionaria), hacen que, racionalmente, resulte imposible cumplir con la finalidad del

contrato, puesto que el Balneario está cerrado al público desde diciembre de 2015; y existe una suspensión administrativa de la actividad en las instalaciones destinadas a piscina hasta que se cumplan las condiciones técnico-sanitarias requeridas.

Ello, ya de por sí, supone la imposibilidad de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 256 a) LCSP'07, que obliga al concesionario a *“prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas”*. Se frustra así la finalidad esencial del contrato, además de que el Ayuntamiento no percibe el canon establecido.

4. La situación de concurso no ha ayudado a mejorar la situación, siendo, por el contrario, una situación sobrevenida que agrava la de incumplimiento descrita y que, además, como ha señalado el Consejo de Estado en su D.681/2009, no impide la apreciación de otras causas de resolución contractual cuando los incumplimientos sean anteriores a la declaración del concurso, que es, precisamente, lo que sucede en este caso, donde la declaración en concurso se produjo por Auto de 9 de mayo de 2016 (publicado en el BO de 18 de mayo de 2016), siendo así que la audiencia al contratista sobre el conjunto de incumplimientos antes señalados se había producido ya con fecha 4 de abril de 2016.

5. En cuanto a la pretendida concurrencia de la causa de resolución del art. 206 b) (por declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento distinto del concurso), no puede darse tal carácter al Decreto del Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretario judicial) del Juzgado de lo Mercantil de La Rioja de 22 de febrero de 2016 (fols, 259-262 del expediente), ya que se limita a anunciar la apertura de negociaciones para un posible convenio de refinanciación de deudas, pero sin declarar en absoluto la insolvencia de la concesionaria en un procedimiento extraconcursal, para lo cual, además, carece de competencia dicho Letrado.

Además, dicho Decreto se dicta al amparo del art. 5 bis de la Ley Concursal (en la redacción dada al mismo por el RDL 4/2014) que establece la propuesta de un posible futuro convenio con los eventuales acreedores como un trámite pre-concursal, por lo que tampoco puede decirse que constituya propiamente un procedimiento distinto al concursal como exige el mentado art. 206 b) LCSP'07.

Finalmente, el aludido art. 5 bis de la Ley Concursal deja al margen los procedimientos para hacer efectivos créditos de Derecho público, por lo que tampoco afecta al expediente que nos ocupa.

En suma, este Decreto del Letrado judicial carece de relevancia como posible causa de resolución del contrato que nos ocupa *ex art. 206 b) LCSP'07* y su eficacia, en nuestro caso, se limita, en nuestro criterio, a revelar una posible insolvencia de la

concesionaria como un indicio augural de una futura declaración de concurso, erigiéndose así en una circunstancia adicional a los incumplimientos imputables a la concesionaria que ya estaban siendo considerados por la Administración contratante en el expediente como posible causa de resolución contractual.

6. Es más, como ha señalado reiteradamente el Consejo de Estado (cfr. sus dictámenes núms. 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91, 719/91, 1656/92, 712/94 o 740/95 y, recientemente, en sus DD. 1377/2012 y 408/2013), cuando, en un mismo expediente, concurre la causa de resolución por concurso de acreedores del contratista con incumplimientos esenciales del contrato imputables al mismo contratista o con otras causas de resolución, dicha concurrencia de causas de resolución debe resolverse aplicando el *criterio de prioridad cronológica*, que determina que la Administración contratante sólo conceda relevancia resolutoria a la causa legal de resolución del contrato que primero se haya manifestado en el tiempo, prescindiendo de las que hubieran podido manifestarse posteriormente, las cuales devienen irrelevantes por su posterioridad cronológica.

La misma *doctrina de prioridad cronológica excluyente caso de concurrencia de diversas causas de resolución contractual* ha sido mantenida por otros AOCA, como p.e: CC de Canarias, DD. núms. 142, 369, 391 y 516/12; CC de Aragón, D.16 y 98/12; CC de Andalucía DD. núms. 53/12 y 8, 310, 503 y 580/13; CC de Castilla y León, DD. núms. 1561/11, 371 y 412/13; CJC de la Comunidad Valenciana, DD. núms. 318, 380 y 941/2012, y 72 y 144/13; CC de Castilla-La Mancha, DD. núms. 88/10 y 200/13; CC de la Comunidad de Madrid, DD. núms. 403/13; CJC de la Región de Murcia, DD. núms. 45, 66 y 187, 198 y 261/12 y 62 y 344/13; CC de Galicia DD. 192/11, 402 y 957/12; CC de Extremadura, D. 145/13; CC del Principado de Asturias, DD. núms. 266 y 279/13; y la Comisión Jurídica Asesora (CJA) de Euskadi, D. 175/09

7. En definitiva, entendemos que, en concurrencia con la causa, posteriormente sobrevenida, de declaración del concurso, a que se refiere el art. 206, b) LCSP'07, los distintos incumplimientos que hemos reseñado y que la Administración contratante aduce y justifica en el expediente, sin haber sido contradichos por la mercantil concesionaria, son de consideración prioritaria, esenciales, imputables a dicha mercantil y anteriores a la declaración de la misma en concurso de acreedores, por lo que constituyen, considerados en su conjunto, causa suficiente para la resolución del contrato al amparo del art. 206 f) - no "g)", tal y como antes hemos explicado- LCSP'07.

8. Respecto al procedimiento administrativo aplicable para esta resolución por incumplimiento, es el establecido en los arts. 207.1 LCSP'07, desarrollado por los arts. 101 a 113 RCAP'01, cuyos trámites han sido cumplidos adecuadamente en el presente

caso. Sólo debemos advertir que, si tras la declaración del concurso de la concesionaria, procediera ofrecer a ésta el trámite de audiencia o recabar de la misma cualquier otra intervención jurídica, como, p.e., para la ejecución de las diversas medidas contempladas en la Propuesta de resolución, tales actuaciones deberán entenderse con el administrador concursal, habida cuenta de las limitaciones de capacidad de obrar a las que está sujeto el concursado por los arts. 51 y concordantes de la Ley Concursal.

Cuarto

Sobre la incidencia en el caso de la causa de resolución del contrato por declaración de la empresa contratista en concurso de acreedores

1. La aplicación al presente caso del criterio de prioridad temporal de las causas de resolución contractual antes referido excusa de entrar a considerar la posible relevancia de cualquier causa de resolución contractual que, eventualmente, haya advenido con posterioridad a la prioritaria en el tiempo. Por eso, una vez sentado que la causa de resolución aplicable a este caso son los incumplimientos esenciales de la contratista antes referidos *ex art. 206 f) LCSP'07*), no sería preciso analizar la concurrencia de la causa sobrevenida *ex art. 206 b) LCSP'07*, consistente en la insolvencia o concurso de acreedores del contratista.

2. Sin embargo, entraremos a analizar la referida causa posterior para solventar cualquier género de dudas, ya que la Propuesta de resolución recoge la postura -que el órgano de contratación ha mantenido a lo largo del expediente- en el sentido de reputar que concurre, también, como causa de resolución del contrato, la prevista en los arts, 206 b) y 207.2 LCSP'07, al haberse producido las declaraciones judiciales de que la mercantil contratista se encontraba, primero, en situación insolvencia (al anunciarse judicialmente la apertura de negociaciones para un eventual convenio de refinanciación de deudas con sus acreedores) y, luego, en la de concurso de acreedores, declaraciones judiciales ambas que la Administración contratante estima como un incumplimiento más, esta vez de la necesaria solvencia que, exigida a todo licitador para contratar con la Administración, ha de mantener éste durante toda la ejecución del contrato.

3. Ahora bien, aunque el citado art. 206,b) LCSP'07 considera como una causa de resolución contractual distinta a los incumplimientos culpables la declaración judicial de que el contratista se encuentra en situación de concurso o la declaración, también judicial, de insolvencia del mismo, adoptada en cualquier otro procedimiento, dicho precepto debe matizarse con lo establecido en el art. 207.2 LCSP'07, según el cual, mientras que la declaración de insolvencia, en cualquier otro procedimiento (distinto del concurso), y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato, sin embargo, en los demás casos, la resolución podrá instarse por la parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma; razón por la que el art.

207.5 LCSP'07 añade que, “*en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración, potestativamente, continuará el contrato, si el contratista prestare las garantías suficientes, a juicio de aquélla, para su ejercicio*”.

Por lo tanto, de la lectura de los dos preceptos citados, se desprende que la declaración de concurso, sin apertura de la fase de liquidación, no es ni una causa más de incumplimiento esencial del contrato, ni tampoco una causa automática de resolución, sino una circunstancia meramente potestativa y habilitante para que la Administración contratante pueda iniciar el procedimiento de resolución, si el órgano de contratación declara, previa y expresamente: i) que el interés público, cuya tutela le compete, aconseja la continuidad del contrato; y ii) que el contratista ha prestado garantías adicionales que dicha Administración reputa suficientes para asegurar la correcta ejecución del contrato; unas garantías adicionales, por cierto, que nada tienen que ver con la garantía definitiva ya prestada, pues no tratan de asegurar la solvencia del contratista, sino el cumplimiento del contrato por el contratista insolvente y que, por eso (como señala el Consejo Económico y Social (CES) del Estado en sus dictámenes DD. 1/2002 y 4/2001), bien pueden consistir en medidas tales como un Plan de viabilidad de la empresa.

Esta solución procede de la normativa anterior (que también preveía la posibilidad de prórroga del contrato en los casos de insolvencia provisional o de mera iliquidez, como era la suspensión de pagos) y se sitúa en línea con la *voluntas legis* de la Ley Concursal (Ley 22/2003), en el sentido de que la declaración de concurso no comporta automáticamente la suspensión de actividad de las empresas concursadas, con objeto de dar a las mismas una oportunidad de salir de la situación de iliquidez antes de abrir la fase de liquidación. Por lo mismo, la normativa contractual anterior sólo anudaba la resolución automática de los contratos administrativos a las declaraciones de insolvencia definitiva o quiebra, solución ésta que ahora se reconduce a la decisión de apertura judicial de la fase concursal de liquidación. Además, hay que tener en cuenta que, últimamente, incluso en la propia fase de liquidación, el art. 209.2 b) LCSP'07, añadido por el RDL 6/2010, permite, si concurren determinadas circunstancias, la cesión del contrato; y la DA 2ª, introducida en la Ley Concursal por el RDL 11/2014, permite la acumulación de un concurso a otros cuando estén afectados por un mismo convenio con los acreedores; medidas ambas que relativizan la eficacia resolutoria de dicha fase concursal de liquidación.

4. Pues bien, en el presente caso, no consta que el concurso de la empresa contratista, *H.B.G.SL* se encuentre en fase de liquidación, sino que todavía se halla en la fase común del proceso concursal, por lo que el Ayuntamiento de Grávalos, como órgano de contratación, estaría habilitado, por el precitado art. 207.5 LCSP'07, para decidir la continuidad de la ejecución del contrato, siempre que se cumplieran las siguientes condiciones, derivadas del citado precepto legal: i) que dicho órgano de contratación estimase que la continuidad del contrato es adecuada al interés público cuya tutela le

competente (estimación que es, obviamente, discrecional, como han reconocido diversos AOCA, pe. CC de Aragón, D. 98/12 y CC Castilla y León DD. 1433/11 y 440/12); ii) que el contratista concursado se prestase a continuar la ejecución del contrato y, además, ofreciera garantías adicionales (a la definitiva ya prestada), las cuales fueran reputadas suficientes por la Administración contratante (cfr., en este sentido, CC de Canarias, D. 273/13; CC de Andalucía, D. 427/10; y CC del Principado de Asturias, D. 163/13); iii) que dicha Administración decidiera, mediante un acto administrativo previo, expreso, ejecutivo y motivado, la continuidad del contrato y la suficiencia de las garantías ofrecidas por el contratista concursado para ejecutarlo (así, CC de Galicia, D.472/13; CC de Canarias, D. 273/13 y CC del Principado de Asturias 3/13); y iv) que el contratista efectivamente siga cumpliendo el contrato, ya que, de lo contrario, procederá resolverlo por incumplimiento imputable al mismo, como ha reconocido el CC de Canarias en su D.76/13.

Si se cumplieran estas condiciones, la declaración de concurso (como señala el Consejo de Estado en su dictamen D.1075/1992) no exoneraría al contratista de seguir cumpliendo el contrato administrativo de que se trate, aunque dicha declaración haya sido solicitada por el propio contratista concursado; y, por el contrario, si tales condiciones no se cumplen y más bien, como señala el Consejo de Estado en su dictamen D. 745/10, existen fundamentos suficientes en el expediente para entender que el contrato va a ser inejecutado, el interés público exige la resolución del mismo.

5. Pues bien, ninguna de esas tres condiciones se ha cumplido en el presente caso, ya que, por el contrario: i) la Administración municipal contratante, en ningún momento, se ha mostrado dispuesta a permitir la continuidad del contrato, sino que, ante los diversos incumplimientos esenciales imputados al contratista -los cuales han sido detallados en el expediente-, ha decidido incoar el procedimiento legalmente previsto para resolver el contrato por causa de tales incumplimientos esenciales; ii) el contratista no ha ofrecido garantías adicionales de cumplimiento y se ha limitado a criticar la forma de cálculo del canon de amortización; y iii) tampoco la Administración ha dictado ningún acto por el que haya requerido al contratista la continuación del contrato ni la prestación de garantías adicionales para cumplirlo. Y, además, el expediente presenta indicios y fundamentos más que sobrados para colegir que el contrato no va ser ejecutado y que, por tanto, procede su resolución por incumplimientos imputables al contratista.

En suma, al haber escogido como causa de resolución la del art. 206 f) LCSP'07 (*incumplimientos esenciales*), que, además, es la prioritaria en el tiempo, la Administración contratante, aunque cite reiteradamente en el expediente la aplicabilidad al caso también de la causa del art. 206 b) LCSO'07 (*declaración judicial de insolvencia en cualquier otro procedimiento o de concurso de acreedores*), está demostrando que, en rigor, ha optado -tácita y potestativamente y al amparo del art. 207.5 LCSP'07-, por no imponer la continuidad del contrato, previa prestación y calificación de suficiencia de las

garantías adicionales que eventualmente hubiera podido ofrecer el contratista por su propia iniciativa o a requerimiento de la Administración contratante.

Así las cosas, esta decisión potestativa de la Administración contratante resulta amparada por el precepto legal citado y es, por tanto, ajustada a Derecho, siempre que, del expediente, no se deduzca un uso arbitrario de la misma, esto es, siempre que la decisión de que el actual contratista no continúe en la ejecución del contrato pueda ser reputada razonada y razonable, según los principios de buena administración, en el desarrollo de este concreto contrato del Sector público.

Y, esto dicho, este Consejo Consultivo no tiene duda de que es razonable y no arbitraria la decisión municipal de, en aplicación del art. 207.5 LCSP'07, no continuar con la ejecución del contrato sometido a nuestra consideración, habida cuenta de la concurrencia, no sólo de la causa de resolución consistente en la posterior declaración de concurso, que afecta al contratista, sino principalmente en una serie de incumplimientos previos que, como ya hemos analizado, revelan, en su conjunto, una situación de incumplimiento y paralización de la ejecución del contrato, que ha de concluir con la extinción del mismo por causa de incumplimiento imputable al contratista *ex* art. 206, f) LCSP'07, sin tener que acudir a la causa de insolvencia o concurso del art. 206 b) LCSP'07. En el mismo sentido, cfr. CC de Canarias D. 76/13 y CC de la Comunidad de Madrid, D. 403/13.

6. Además, una eventual consideración de la concurrencia de la causa de extinción contractual por la declaración del contratista en situación de insolvencia o concurso, plantearía, como cuestión derivada, la necesidad de determinar cuál sería el órgano competente y el procedimiento adecuado para decidir la extinción contractual por dicha causa, ya que podría dudarse si lo sería: i) la Administración contratante y a través del procedimiento administrativo especial en materia de contratación; o ii) el Juzgado de lo Mercantil encargado del proceso concursal abierto al contratista y mediante los trámites rituarios establecidos en la legislación concursal.

A) En favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil encargado de la tramitación del concurso de acreedores y de la adecuación del procedimiento establecido al efecto en la legislación concursal, podrían aducirse, entre otras, las siguientes consideraciones: i) que el art. 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), a cuyo tenor: "*los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial*", pudiera ser interpretado en el sentido de que compete al Juez del concurso conocer y acordar lo necesario sobre la resolución de estos contratos administrativos, al igual que sucede con el resto de contratos sinalagmáticos y no administrativos celebrados con la concursada; ii) que la remisión que el citado art. 67 LC efectúa a la legislación especial sobre contratos administrativos pudiera ser entendida en el

sentido de que obliga al Juez del concurso a aplicar dicha legislación especial en cuanto a la delimitación de las causas de extinción de los contratos administrativos, pero no le habilita para abdicar, en favor de la Administración contratante, su competencia para apreciar la concurrencia de una concreta causa de extinción referente a los mismos, ni para inaplicar el procedimiento establecido en los arts 61 y 62 LC para la resolución de los contratos que haya celebrado el concursado; iii) que, si el legislador hubiera querido sustraer al Juez del concurso la competencia y el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos, lo habría dispuesto expresamente y, sin embargo no lo hecho; iv) que lo único que se indica en la LC acerca del órgano competente y el procedimiento adecuado en estos casos es la remisión que se hace en el art. 207 LC a las normas reglamentarias de desarrollo de dicha Ley, sin que quepa que, por vía reglamentaria, se introduzca una excepción no prevista en el art. 8 LC, en el que se establece la competencia del Juez del concurso, tanto para conocer de todas las acciones que se entablen contra el patrimonio del concursado, o que puedan afectarle directamente, como para conocer de la ejecuciones acordadas contra el patrimonio del concursado, cualquiera que sea el órgano que hubiera despachado la ejecución; y v) que, en aquellos casos en los que la viabilidad del concurso dependiera exclusivamente de un contrato administrativo, se sustraería del Juez del concurso toda posibilidad de controlar el cumplimiento de la finalidad instrumental que asigna la Ley al concurso y que no es otra que procurar la continuidad de la actividad empresarial en beneficio de los acreedores del deudor, de suerte que, si pudiera la Administración contratante decidir unilateralmente sobre la resolución de estos contratos administrativos sobre los efectos de la resolución, se dejaría en manos de un órgano extra-concursal la satisfacción -o mejor la insatisfacción-, de los intereses de la masa, en perjuicio de los acreedores, con manifiesto incumplimiento de las previsiones de la Ley Concursal y del principio de igualdad de éstos (*par condicio creditorum*).

B) Sin embargo, en favor de la competencia de la Administración contratante para decidir estos casos de resolución de contratos administrativos mediante el procedimiento administrativo establecido por la legislación especial en materia de contratación del Sector público, podrían aducirse las siguientes razones: i) que el citado art. 97 LC se remite a la legislación especial en materia de contratos del Sector público, no sólo en cuanto al fondo del asunto, es decir, en cuanto a si concurre o no una concreta causa de resolución del contrato y a los efectos de la misma, sino también en cuanto a la competencia del órgano de contratación para apreciar tal concurrencia y al procedimiento administrativo al que ha de ajustarse a tal efecto, como lo demuestra el art. 207 LCSP'07, a cuyo tenor "*la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca*"; ii) que la potestad atribuida por la legislación especial en materia de contratación administrativa a la Administración contratante (para apreciar la concurrencia de una causa de resolución y para resolver, en consecuencia, el contrato administrativo de que se trate, mediante el procedimiento administrativo correspondiente)

es una de las prerrogativas esenciales de Derecho público de la que está investida la Administración contratante en la contratación administrativa por el art. 194 LCSP'07 (a cuyo tenor, “*el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”) y por el art. 195 LCSP'07 (que establece las líneas generales del procedimiento administrativo que ha de observar el órgano de contratación para “*la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución*” de los contratos administrativos); iii) que la remisión expresa que el art. 67 LC efectúa a la legislación especial en materia de contratación administrativa tiene por objeto, precisamente, preservar esas prerrogativas esenciales del órgano de contratación para evitar que las mismas puedan ser asumidas por el Juez de lo Mercantil en caso de concurso del contratista; y ello, no tanto para limitar las competencias y procedimientos concursales, cuanto para mantener la naturaleza jurídico-pública de los contratos administrativos, los cuales se distinguen, de los contratos que el concursado haya podido celebrar con otros particulares (contratos privados) o incluso con la misma Administración cuando no actúa revestida de prerrogativas de *imperium* (contratos privados de la Administración), precisamente en la incidencia sobre los mismos de las prerrogativas jurídico-públicas del órgano de contratación, las cuales, en rigor, no son sin la proyección sobre el contrato administrativo de potestades administrativas de supremacía general, como la autotutela o ejecutividad de los actos administrativos, que no son privilegios caprichosos o ancestrales y sin sentido actual, sino poderes concretos conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración pública para la eficaz tutela del interés público que constitucionalmente le compete (cfr. art. 103.1 CE); iv) que la Administración contratante, en los contratos administrativos, al actuar, unilateral y extra-concursalmente, las potestades de interpretación, modificación o resolución, no lesiona interés alguno de los demás acreedores, ya que se limita a emplear, en interés público, una potestad que la legislación contractual le confiere y que la legislación concursal, al remitirse a ella, preserva de modo expreso; v) que sería absurdo y carente de sentido atribuir al Juez encargado del concurso el ejercicio de potestades administrativas, no sólo en materia contractual sino en otros ámbitos reservados a la Administración pública (como, p.e, las liquidaciones o sanciones tributarias o las devoluciones de ingresos de Derecho público indebidos que puedan resultar procedentes); vi) que el contratista y demás interesados pueden interponer los recursos que, en vía administrativa o, en su caso, contencioso-administrativa, procedan contra las decisiones del órgano de contratación; y vii) que todo ello no obsta para que, cuando las decisiones administrativas correspondientes devengan firmes, los créditos que, de las mismas, puedan eventualmente resultar en favor de la Administración contratante sean objeto de la insinuación, calificación y tratamiento que proceda en el seno del concurso abierto al contratista.

C) La cuestión no es baladí y, de hecho, ha sido suscitada y debatida por la doctrina científica y en el seno de algunos incidentes concursales ante algunos Juzgados de lo

Mercantil (cfr., pe, Sentencia 309/09, del Juzgado de lo Mercantil de Valencia y Auto de 3 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil núm 6 de Madrid); pero este Consejo Consultivo entiende que la misma ha quedado resuelta, sin duda alguna, por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales (previsto en el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos jurisdiccionales -LOCJ-, en relación con el art. 38 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial- LOPJ-, en sus Sentencias de 25 de junio de 2007 (conflicto núm. 3/07) y de 22 de junio de 2009 (conflicto núm. 7/08), al declarar que el principio de universalidad de la jurisdicción del Juez del concurso, dirigido a asegurar la eficacia del procedimiento concursal e inferido de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, no puede entenderse en el sentido de vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración en orden a la interpretación y resolución de los contratos administrativos. Esta doctrina ha sido reiterada también por la Sentencia, del mismo Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, de fecha 16 de junio de 2011, que es recogida por el dictamen D. 6/2015, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para aplicar la remisión que el art. 67.1 LC efectúa a la legislación especial de contratos del Sector público, tanto al fondo del asunto, como a la competencia y al procedimiento que ha de seguir el órgano de contratación.

7. En suma, en el presente caso, la declaración de concurso del contratista, aunque no haya llegado a la fase de liquidación, podría constituir causa de resolución del contrato administrativo *ex* arts. 206 b) y 207. 5 LCSP'07, la cual, como ha reconocido la precitada jurisprudencia conflictual, podría ser apreciada y declarada por la Administración municipal contratante, al margen de la competencia del Juez del concurso y sin sujetarse al procedimiento concursal, aplicando para ello las potestades y la competencia conferidas a dicho órgano contratación por los arts. 194 y 207.1 LCSP'07 y observando el procedimiento señalado en los arts. 195 LCSP'07 y 109 a 113 RCAP'01; todo ello sin perjuicio: i) de que la preceptiva audiencia al contratista debería darse al administrador concursal que lo represente; y ii) de la insinuación, calificación y tratamiento que, en el seno del concurso, pudieran tener, ulteriormente, los créditos que (en su caso y a consecuencia de la resolución del contrato administrativo que el órgano de contratación decida en firme), pudieran resultar, a favor de la Administración contratante y en contra del contratista concursado, cuestiones éstas que quedan al margen del presente dictamen.

Pero todo ello no es necesario en el presente caso por la prioridad excluyente que ha de otorgarse a la causa del art. 206 f) LCSP'07 por existir incumplimientos esenciales del contrato.

Quinto

Otras cuestiones derivadas del expediente

Finalmente, hemos de analizar otras cuestiones que resultan del expediente y que han sido planteadas por el contratista y por la Administración contratante.

1. Oposición del contratista.

Una primera cuestión es la oposición manifestada por el contratista. A este respecto, debemos constatar lo siguiente:

-Por una parte, como hemos señalado antes, en su escrito de alegaciones, la mercantil concesionaria del servicio no entra a analizar las posibles causas de resolución indicadas por el Ayuntamiento de Grávalos ni los distintos incumplimientos de las obligaciones contractuales que se ponen de manifiesto; sino que centra el peso de sus alegaciones en el cálculo de la amortización del canon concesional, manifestando, a este efecto, su disconformidad con el importe tenido en cuenta por el Ayuntamiento como inversiones amortizables. Sin embargo esta cuestión, como indica la Propuesta de resolución, fue en su día objeto de una Resolución municipal, la cual fue consentida por la concesionaria, por lo que, en este momento, las manifestaciones realizadas sobre el particular resultan extemporáneas.

-Por otra parte, indica la contratista que, desde el inicio de la vida del contrato de gestión, se pusieron de manifiesto una serie de “vicios o defectos ocultos”, que impidieron que se abonara el canon, pues la inversión que se obligó a realizar fue desmesurada, de suerte que, en su criterio, procedería una renegociación del canon, a causa del desequilibrio económico que el contrato ha supuesto para la concesionaria. Sin embargo, sobre estos pretendidos “vicios o defectos ocultos”, cuya subsanación rompería, en opinión de la mercantil concesionaria, el equilibrio de las respectivas prestaciones, no existe la mínima prueba a lo largo del expediente.

-En definitiva, en el *Suplico* de su escrito de oposición, la contratista viene a mantener que su deuda con el Ayuntamiento de Grávalos no se corresponde con la indicada por dicha Corporación. Sin embargo, como ya hemos indicado, la referida contratista no discute ninguno de los incumplimientos contractuales que se le imputan, salvo el importe de la deuda existente; por lo que, en rigor, más que oponerse a la resolución pretendida por el Ayuntamiento contratante, parece que la contratista se opone sólo a alguna de las consecuencias derivadas de dicha resolución.

2. Ejecución del aval.

En cuanto al Ayuntamiento contratante, éste, además de la resolución del contrato, presenta diversas pretensiones, en su Propuesta de resolución, que pasamos a analizar, comenzando por la de incautar la garantía definitiva, ejecutando el aval bancario presentado en su día al efecto por la contratista por un importe de 12.500 euros.

Esta pretensión es ajustada a Derecho ya que, resuelto el contrato por causa imputable al contratista, procede incautar la fianza en su día depositada, al amparo del art. 208.3 y 4 LCSP'07 (según la numeración y redacción dada por el RDL 6/2010 y por la Ley 34/2010, que no del suprimido art. 208.5 que es citado erróneamente en la Propuesta de resolución). En efecto, dicho art. 208 LCAP'07 en la redacción aplicable al caso en la fecha de la adjudicación del contrato (27 de diciembre de 2010), dispone lo siguiente:

- 1. Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas*
- 2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.*
- 3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*
- 4. 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.*

Ahora bien, esta incautación debe cumplir todas las condiciones que se desprenden del precepto, es decir: i) que la causa de resolución sean los incumplimientos esenciales imputados al contratista; ii) que no se aplique la causa de resolución consistente en la declaración judicial de insolvencia o concurso del contratista o, que si se aplica, el concurso haya sido calificado judicialmente como culpable; iii) que se aplique el importe incautado a la indemnización de daños y perjuicios debidos a la Administración contratante; y iv) que se devuelva, en su caso, el sobrante al contratista, ya que la incautación (salvo que, en los documentos contractuales, sea configurada como una cláusula penal o sanción por el mero incumplimiento), debe ser reputada un mecanismo de finalidad exclusivamente resarcitoria, como declara el Consejo de Estado en su D. 318/12.

Así pues, también en este aspecto es importante el criterio de prioridad de causas de resolución antes señalado, pues, si se aplicase la causa del art. 206 b) LCSP'07 (*insolvencia o concurso*), la incautación pretendida por el Ayuntamiento debería esperar a que el concurso fuese calificado, en su caso, como culpable; mientras que, al aplicar la causa prioritaria en el tiempo, que es la del art. 206 f) LCSP'07 (*incumplimientos esenciales*), la garantía definitiva puede ser incauta prescindiendo, como señala la STS de 16 de julio de 1991, de si posteriormente el concurso de dicho contratista es judicialmente calificado como fortuito o como culpable.

La razón de la procedencia de esta incautación no es sólo la prioridad temporal del incumplimiento sobre el concurso, sino también que no debe confundirse la culpabilidad o no del incumplimiento contractual con la culpabilidad o no del concurso del contratista. En efecto, una cosa es que el contratista pueda ser culpable de un incumplimiento contractual y otra que sea culpable del concurso de acreedores, ya que la situación de insolvencia del concursado puede deberse a otras causas. Además, cuando el incumplimiento contractual se ha manifestado cronológicamente antes que la declaración del concurso del contratista -que es lo sucedido en este caso-, la Administración contratante ha de calificar dicho incumplimiento como culpable o no, con independencia de si, más tarde, el concurso es judicialmente calificado como culpable o fortuito.

La confusión entre ambos planos de culpabilidad sólo sucede cuando la calificación del concurso como culpable es anterior en el tiempo a la calificación del incumplimiento contractual, pues entonces la Administración puede tomar la declaración judicial de culpabilidad como un indicio más de la culpabilidad del incumplimiento, si hubiere motivos para ello en el contrato; pero esta no es la situación del caso que nos ocupa, donde tal confusión no es posible debido a que el incumplimiento del contratista es anterior incluso a la declaración del concurso, el cual, además, aún no ha sido judicialmente calificado.

3. Realización de la pignoración

También pretende el Ayuntamiento contratante incautar la primera de las dos “garantías complementarias” prestadas por la mercantil concesionaria, es decir, hacer efectiva la pignoración sobre el equipamiento y el mobiliario instalado por la misma y aplicarla al pago del canon concesional pendiente.

Esta pretensión trata de ampararse también en los precitados arts. 208.3 y 4 LCSP'07 (según la numeración y redacción dada por el RDL 6/2010 y por la Ley 34/2010, que no del suprimido art. 208.5 que es citado erróneamente en la Propuesta de resolución), en cuanto que esta “pignoración” se constituyó para completar la cuantía avalada, habida cuenta de que, como hemos explicado en los Antecedentes del asunto, dicho aval sólo comprendía el 5% del canon anual y, por tanto, el contratista debía completarlo hasta

alcanzar el 5% del canon global de la contrata exigido por los preceptos legales expresados.

Ahora bien, es prioritario analizar cuál sea la naturaleza jurídica de esta garantía. En la Propuesta de resolución y en los documentos contractuales se la denomina “pignoración”, lo que parece indicar que su naturaleza sería la de una prenda, es decir, la garantía regulada en los arts. 1863 a 1874 del Código Civil (Cc).

Desde luego, se cumple una primera condición para ello, cual es la de que recaiga sobre cosas muebles propias del deudor (art. 1864 Cc), ya que, en este caso, se trata del mobiliario que constituye en equipamiento del Hotel-Balneario en cuanto que haya sido adquirido por la mercantil contratista para equipar las instalaciones del mismo.

Más problemático resulta si se cumple en este caso el requisito de que se haya producido un desplazamiento de la posesión de las cosas pignoradas, de tal manera que las mismas hayan pasado del deudor-propietario de ellas (en este caso, la mercantil concesionaria del servicio) al acreedor (o a un tercero) que no es propietario de ellas (en este caso, el Ayuntamiento de Grávalos). Es sabido que, en nuestro Derecho, es posible constituir una prenda sin desplazamiento de la posesión, pero ello sólo cabe sujetándose a lo dispuesto en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento; y ello no ha tenido lugar en este caso, ya que no se ha procedido a otorgar escritura pública e inscribirla registralmente, como exige, con carácter constitutivo dicha Ley (cfr. art. 1); y, además, tal garantía solo puede constituirse sobre los bienes muebles determinados en los arts. 52 a 55 de la expresada Ley, entre los que no se encuentra el mobiliario corriente que ahora nos ocupa.

Podría sostenerse, empero, que se ha producido un desplazamiento de la posesión *ex* art. 449 Cc, a cuyo tenor *“la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos”*, entendiendo que el mobiliario ha sido introducido por la concesionaria en el Hotel-Balneario, cuyo dominio ostenta el Ayuntamiento de Grávalos que sería así poseedor mediato de dicho equipamiento y que, además, adquirirá también la condición de poseedor inmediato en cuanto se resuelva el contrato de gestión del servicio público que nos ocupa.

Otro requisito de la prenda que debemos considerar es su otorgamiento en documento público que es exigido como “necesario” por la c. 13ª PCA y que el art. 1865 Cc requiere también para la constancia de su fecha ante terceros. Ahora bien, nada impide que una prenda ordinaria, es decir, con desplazamiento de la posesión y, por tanto, no sujeta a la precitada Ley de 16 de diciembre de 1954 (sobre prenda sin desplazamiento de la posesión), se haya constituido sin mediar instrumento público, pues ni la expresada cláusula del PCA, ni el art. 1865 Cc lo exigen como condición constitutiva *ad*

solemnitatem, sino como un mero requisito formal con eficacia meramente *ad probationem*, cuya inobservancia sólo comportaría, en este caso, *inter partes*, una infracción meramente formal del PCA, que no impide a ninguno de los dos contratantes la acción para compelerse mutuamente al otorgamiento; y, ante terceros, la necesidad de probar la certeza de su fecha por otros medios. Por lo que, en suma, no habiéndose compelido ninguna de las partes para documentar públicamente esta garantía en forma específica, estando la misma suficientemente acreditada por su constancia en los documentos públicos contractuales (contrato y PCA), y no interviniendo en este momento ningún tercero que discuta la certeza de la fecha de la misma, podemos concluir la irrelevancia jurídica de esta circunstancia formal.

Finalmente, como señala el art. 1858 Cc, es “*de esencia en estos contratos*” (se refiere a los de hipoteca y prenda) que, “*vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor*”. Por ello, el acreedor puede retener la cosa pignorada hasta que se pague el crédito (art. 1866 Cc) y, caso de impago, proceder a su enajenación (art. 1872 Cc). Pero lo que no puede, en ningún caso, un acreedor pignoraticio es apropiarse de las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas, ya que, en nuestro Derecho, *ex arts. 1859 y 1869 Cc*, rige la prohibición del llamado pacto comisorio, por el que el acreedor impagado queda facultado para apropiarse de la cosa pignorada.

Por ello, cuando la Propuesta de resolución pretende “incautar” esta garantía pignoraticia prestada por el contratista, ha de entenderse que ello sólo autoriza a la Administración municipal a retener las cosas pignoradas (*ex art. 1866 Cc*) y a proceder a su enajenación para cobrarse con el precio (*ex art. 1872 Cc*); pero esto último con la importante salvedad de que no puede hacerlo en la forma extrajudicial prevista en el último citado precepto, ni acudiendo a la potestad administrativa de autotutela ejecutiva, sino que ha de sujetarse para ello al procedimiento concursal en que está incurso la concesionaria ante el Juzgado de lo Mercantil de La Rioja. Así lo imponen los arts. 56 y 57 de la vigente Ley Concursal 22/2003 que, por efecto de la *vis atractiva* del proceso universal en que el concurso consiste, conduce a la jurisdicción y competencia del referido Juzgado todas las ejecuciones derivadas de acciones resolutorias particulares, incluidas las que puedan derivarse del ejercicio de prerrogativas contractuales de Derecho público, como es la que nos ocupa.

Obviamente, tales preceptos de la Ley concursal impiden también que la concesionaria concursada consienta, unilateralmente o de acuerdo con la Administración contratante, en una cesión de bienes, a favor de ésta última, al amparo del art. 1175 Cc, tanto en la forma de cesión *pro soluto* (es decir, pactando que la dación de bienes en pago extingue la deuda), como en la forma de cesión *pro solvendo* (es decir, pactando que el acreedor pueda enajenar los bienes, cobrarse con el precio y reintegrar al deudor el

sobrante o *superfluum*), pues tales facultades solutorias sólo pueden ejercerse en el seno del proceso concursal y no extra-concursalmente por la Administración contratante.

Por supuesto, el crédito público correspondiente que resulte a favor de la Administración municipal deberá someterse, en sede concursal, a la insinuación y gradación que, por su naturaleza, merezca con arreglo a la normativa procesal del concurso.

Es una de las consecuencias inevitables, no tanto de la actual declaración del concurso que afecta a la concesionaria, ni del evidente efecto intrusivo de la legislación concursal en las potestades administrativas de autotutela, cuanto de la decisión municipal inicial de no haber exigido a la misma la prestación de la garantía definitiva en forma de un aval ejecutable por la totalidad del importe legalmente exigido en la LCSP'07 y haberla suplido parcialmente mediante una peculiar pignoración del mobiliario instalado.

4. Realización de la afección de amortizaciones.

Igualmente, trata el Ayuntamiento contratante de incautar la segunda de las “garantías complementarias” prestadas por la mercantil concesionaria, es decir, pretende hacer efectiva, como parte de la garantía definitiva del contrato, la afectación (constituida por la contratista, en favor del Ayuntamiento contratante) del importe total de las obras (de urbanización y otras adicionales), que dicha contratista ha efectuado en el inmovilizado del Balneario y ha financiado anticipadamente (cuya cuantía el Ayuntamiento fijó en 185.538,38 euros, mediante Acuerdo de 25 de marzo de 2015, firme y consentido por la contratista, por más que ésta, en su escrito de alegaciones de fecha 1 de abril de 2016 -cfr. fol. 24 del expediente-, las valore en 448.421,43 euros).

Como hemos explicado en los Antecedentes del asunto, el mecanismo previsto para la efectividad de esta segunda “garantía complementaria” consistía en que la concesionaria se iría cobrando dicho importe mediante deducciones que, plasmadas en sendas cuotas de amortización, se aplicarían al pagar, en cada trimestre, el canon anual; de suerte que esta garantía -como se desprende de la propia c.13ª PCA (fol. 218 del expediente) y de la Propuesta de resolución (fol. 360 del expediente)-, pretende posibilitar al Ayuntamiento (en el caso de tener que ejecutarla como parte integrante que es de la garantía definitiva) la extinción total (“amortización definitiva”, según la expresada c 13ª PCA) de la obligación municipal de pagar a la concesionaria las referidas cuotas de amortización que, habiendo sido anticipadas por la misma, se encontraren, eventualmente, pendientes de pago desde la resolución del contrato hasta el fin del plazo concesional.

Esta forma tan peculiar de prestar la garantía definitiva no está expresamente contemplada en el art. 84 LCSP'07, pero podría considerarse admisible, a título rigurosamente excepcional, al amparo de la habilitación concedida en el art. 83.1 LCAP'07.

Ahora bien, la “incautación” del importe correspondiente a estas amortizaciones (afectadas en concepto de parte restante de la garantía definitiva no cubierta por el aval y pendientes de pago por deducción de los cánones trimestrales debidos por la concesionaria), que pretende la Administración contratante en la Propuesta de resolución, conforma una acción resolutoria que, por la *vis atractiva* del concurso, antes aludida, el Ayuntamiento no puede ejecutar por su propia autoridad, sino que ha de ser residenciada igualmente en el Juzgado de lo Mercantil de La Rioja, por imperativo de los reiterados arts. 56 y 57 de la Ley Concursal.

Como hemos señalado en el caso de la garantía pignoratícia, también el crédito público correspondiente que, por la ejecución de esta garantía, pueda resultar a favor de la Administración municipal deberá someterse, en sede concursal, a la insinuación y gradación que, por su naturaleza, merezca con arreglo a la normativa procesal del concurso.

Se trata también de otra de las consecuencias inevitables, no tanto de la actual declaración del concurso que afecta a la concesionaria, ni de la antes aludida y evidente intrusión de la legislación concursal en el ámbito de prerrogativas jurídico-públicas de las Administraciones contratantes, cuanto de la decisión municipal inicial de no haber exigido a la misma la prestación de la garantía definitiva en forma de un aval ejecutable por la totalidad del importe legalmente exigido en la LCSP'07 y haberla suplido parcialmente mediante esta atípica afectación del importe de las amortizaciones del inmovilizado.

5. Indemnización de daños y perjuicios.

El órgano de contratación pretende también reclamar a la concesionaria una indemnización, por importe de 97.193,25 euros, en concepto de defectos en el mantenimiento de las instalaciones, según evaluación de los peritos municipales, aunque deduciendo de ella el importe de la garantía incautada y reclamando, por tanto, sólo el exceso.

Esta pretensión encuentra su amparo: i) en los arts. 1101 y ss Cc, relativos a la responsabilidad contractual (como ha reconocido la jurisprudencia contencioso-administrativa, en las SSTS de 27 de abril de 1987 y 16 de febrero de 1974; el Consejo de Estado, en su D. 472/98; y la doctrina consultiva, así el CC de Galicia, en D. 1/98; el CC de la Comunidad de Madrid, en DD. 1/00 y 55 y 154/04; el CJC de la Comunidad Valenciana, en D. 196/09; o el CC de Castilla y León, en D. 90/04); y ii) en el art. 208.4

LCSP'07 (en la redacción dada por el RDL 6/2010, que era la aplicable al momento de la adjudicación del contrato, el 27 de diciembre de 2010; y no en el art. 208.3, como erróneamente se indica en algún momento del expediente), a cuyo tenor: “ 4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

No es óbice a esta pretensión el que se haya declarado el concurso de la concesionaria, como ha declarado la doctrina consultiva (cfr, p.e, CC de Galicia, en D. 444/12; CC de Extremadura, en D.647/12; CC de Castilla-La Mancha, en D.328/12; CC de Castilla y León, en D.440/12; o CC de Canarias, en D.27/08).

Ahora bien, esta pretensión ha de ajustarse también al art. 264 LCSP'07 que establece diversas modulaciones a estas indemnizaciones, con el siguiente tenor:

- 1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.*
- 2. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 208, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.*
- 3. En el supuesto de la letra a) del artículo 262, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.*
- 4. En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 262, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.*

Además y al igual que hemos indicado para las “garantías complementarias”, la indemnización pretendida por la Administración contratante ha de ser residenciada también en sede concursal para su insinuación y gradación que proceda según la prelación que merezca el crédito en que consiste.

6. Reversión de bienes.

La Propuesta de resolución plantea también la reversión de todas las instalaciones y equipamiento del Hotel-Balneario, sin tener que abonar nada a la mercantil concesionaria por las obras y mejoras efectuadas por ésta y valoradas pericialmente en el expediente

Ahora bien, esta pretensión debe acomodarse también a lo establecido en el artículo 264.1 LCSP'07, a cuyo tenor: *“en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”*.

Además, debe tenerse en cuenta que, entre los enseres introducidos en el Hotel-Balneario para su explotación como servicio público, pueden encontrarse bienes que no sean de la concesionaria sino de otras personas físicas o jurídicas cuyas titularidades han de ser depuradas previamente para evitar posibles tercerías.

Por tanto, más que una incautación directa, lo que procede es una retención cautelar de los bienes afectados hasta que se efectúe la liquidación procedente con arreglo al expresado precepto.

Y, una vez, efectuada ésta, la acción de reversión ha de someterse al proceso concursal por las razones antes expuestas.

7. Compensación.

La Propuesta de resolución pretende también la compensación de cualquier eventual crédito futuro de la contratista contra la Administración contratante con el importe que reste por pagar del canon concesional.

Ahora bien, esta pretensión debe ajustarse, en su caso, no sólo a los requisitos generales de toda compensación según el Código Civil (arts 1195 a 1202), sino también a lo establecido en el art.58 de la Ley Concursal, a cuyo tenor: *“sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal”*.

8. Nueva adjudicación.

Finalmente, la Propuesta de resolución prevé el emplazamiento, una vez declarada la resolución, a la empresa licitadora que no resultó adjudicataria del contrato, para que presente la documentación necesaria para adjudicarle la contrata, por el tiempo restante y en las mismas condiciones.

Obviamente, esta previsión, al ser futura, eventual y ajena al estricto expediente de resolución que nos ocupa, no ha de ser objeto de análisis en este dictamen

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede la resolución del contrato sometido a nuestra consideración, por concurrencia en el mismo de la causa de resolución prioritaria en el tiempo, y que es la señalada en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público (LCSP'07), en su artículo 206, f), por los incumplimientos imputables al contratista y señalados en el expediente, pero considerándolos, no aisladamente, sino en su conjunto, como esenciales.

Segunda

La resolución del contrato puede ser declarada por la Administración contratante en vía administrativa y al margen del concurso de acreedores, sujetándose al procedimiento administrativo señalado al efecto en el art. 207.1 LCSP'07, en relación con los arts. 109 a 113 del RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01), como se ha hecho en el expediente, aunque entendiéndose, en lo sucesivo, con el administrador concursal, aquellos trámites que deban afectar al contratista.

Tercera

La incautación de las garantías, la indemnización de daños y perjuicios y las demás medidas derivadas de la resolución contractual que prevé la Propuesta de resolución deben ajustarse a lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto de este dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero