

En Logroño, a 30 de enero de 2012, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por mayoría, y con un voto particular del Consejero D. Pedro de Pablo Contreras, el siguiente

DICTAMEN

7/12

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales en relación con el procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de la gestión de servicio público, en la modalidad de concesión, del Centro de día de personas mayores *S. J. de C.* de Logroño (Expediente nº 10-2-2.1-0070-2007), por incumplimiento del contratista con incautación de garantía.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Del expediente inicialmente remitido a este Consejo Consultivo, se desprenden los siguientes antecedentes:

-La empresa A. de S. A. venía ejecutando la gestión del servicio público, en la modalidad de concesión, del Centro de día de personas mayores “S.J. de C.” de Logroño, tras formalizar el pertinente contrato el día 10 de abril de 2008.

-El día 26 de septiembre de 2011, el Servicio de Contabilidad de la Consejería de Administración Pública y Hacienda recibió una Diligencia de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, por importe de 8.307.759,15 euros, contra A.. Asimismo, constan otras dos Diligencias de embargo, de sendas Direcciones Provinciales de la Seguridad Social, por importe de 93.509,36 euros y 60.442,88 euros.

-El día 3 de noviembre de 2011, el Comité de Empresa de la Residencia A.-La Rioja, informó al Gobierno de La Rioja del impago de la paga extraordinaria del mes de junio de 2011, así como un importante retraso en el pago de la nómina del mes de septiembre.

-El día 23 de noviembre de 2011, el Sindicato UGT informó al Gobierno de La Rioja que continuaba presentando retrasos e impagos a los trabajadores del Centro de día de referencia, y de que “los

trabajadores de dicho Centro, a través de sus representantes legales, nos comunica su estado de insatisfacción laboral ante estos hechos, lo que conlleva la incomodidad en la realización del trabajo y a la merma que se produce en la calidad del servicio que desean dar a los usuarios de dicho Centro.

-Con estos antecedentes, la Consejería de Salud y Servicios Sociales realizó gestiones con la empresa y los representantes de los trabajadores, que compaginan la realización de sus empleos con el ejercicio de derecho de huelga y manifestación, para conocer el estado de la cuestión, así como la situación de la ejecución del contrato y la calidad del servicio prestado.

-Finalmente, la propia Consejería, en cuanto que órgano de contratación, resolvió la iniciación del procedimiento para la resolución del contrato administrativo, en el entendimiento de que los incumplimientos de las obligaciones de seguridad social y los impagos y retrasos de las obligaciones con los trabajadores suponen un incumplimiento contractual que justifica la medida.

Abierto el procedimiento conforme a la legislación sobre contratos del sector público, la Consejería confirió traslado a A., para que alegara lo que tuviera por conveniente. El día 19 de diciembre de 2011, la empresa presentó su escrito de alegaciones, mediante el que se oponía frontalmente a la resolución del contrato, sobre la base de los siguientes argumentos:

-Falta total y absoluta de motivación e indefensión, frente a la resolución de inicio del procedimiento.

-El retraso en el pago de las nóminas, así como la deuda con la Seguridad Social no supone un incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato formalizado con el Gobierno de La Rioja, por lo que no existe causa de resolución contractual.

-ASER estima, asimismo, que es completamente injustificada la incautación de la garantía definitiva, en la medida en que no existe incumplimiento contractual alguno que la soporte.

-Carácter arbitrario y contrario a Derecho de cualquier resolución que pretenda declarar el incumplimiento de A.

-Inexistencia de causa de resolución por incumplimiento.

Con estos antecedentes, el órgano de contratación considera que se dan las circunstancias de hecho habilitantes para ejercitar sus prerrogativas y resolver el contrato, en la medida en que la situación existente afecta directamente, no sólo a los derechos de los trabajadores del Centro, sino también a la propia ejecución del contrato, en términos de calidad del servicio.

Con posterioridad, se ha aportado la siguiente documentación complementaria:

- Contrato de *factoring*, de fecha 12 de marzo de 2010, suscrito entre A. de S. A. y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián.

- Notificación de Notario de Madrid y documentos anexos, sobre póliza de préstamo, de 5 de marzo de 2007, entre B. E. S. S.A. y A. de S. A. comunicando que, en seguridad de la misma, se ha

constituido garantía pignoratícia sobre cualesquiera derechos que el pignorante pueda ostentar frente al Gobierno de La Rioja, derivados del contrato de gestión integral de la Residencia de la Tercera Edad *La Rioja*, de fecha 7 de febrero de 1997.

- Como quiera que la Administración autonómica no tenía conocimiento anterior de la constitución de esa garantía hasta la recepción de la comunicación notarial y, dado que los pagos realizados por el Gobierno de La Rioja se realizaban a favor de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián, en virtud del contrato de cesión de crédito (*factoring*) ya referido, se solicita, mediante escrito de fecha 24 de enero, aclaración a la A. de S. A. sobre las citadas cuestiones.
- Comunicación, de fecha 17 de febrero de 2011, del B. E. S., en la que manifiesta que, con carácter excepcional y hasta que el Banco comunique lo contrario, autoriza que las cantidades satisfechas por el Gobierno de La Rioja, derivadas de ese contrato, puedan ser ingresadas en la cuenta que la A. de S. A. notifique a esa Consejería.
- Contestación de A. de S. A., de fecha 3 de marzo de 2011, indicando que la póliza de préstamo con B. E. S. a que se refiere la comunicación notarial quedó sin efecto por otra posterior, en la que se ofrecieron otras garantías diferentes. Al mismo tiempo, se aclara que la cesión de créditos que debe prevalecer en todo caso es la operada a favor de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián, al ser la primera que se notificó fehacientemente a la Administración.
- Escrito de B. E. S., de fecha 30 de septiembre de 2011, continuación de la de fecha 17 de febrero del mismo año, requiriendo al Gobierno de La Rioja para que, a partir de la recepción, todos los pagos relativos al contrato de gestión integral de la Residencia de la Tercera Edad *La Rioja* en Albelda de Iregua sean hechos a favor de la cuenta que la A. de S. A. mantiene en esa entidad financiera, sin que el requerimiento afecte a aquellas facturas ya recibidas por la Administración autonómica y que hayan sido cedidas por A. a otra entidad financiera.
- Comunicación de A., de fecha 7 de octubre de 2001, indicando la improcedencia de que, por parte del Gobierno de La Rioja, se realicen retenciones de ningún tipo sobre los créditos endosados o cedidos por esa A..
- Escrito, de la misma fecha, de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián, indicando que las facturas 26/30 y 26/32 no han sido cedidas a su entidad para su descuento.
- Escrito conjunto del B. E. S. y de la A. de S. A., de fecha 7 de octubre de 2011 y que tiene su entrada en Registro el día 25 de noviembre de 2011, indicando ambos la cesión irrevocable, a favor del B. E. S., de los pagos que deban hacerse a A.
- Nueva comunicación de Notario de Madrid, de fecha 13 de enero de 2011, reiterando la cesión a favor del B. E. S. de los créditos de que sea titular A.
- Escrito de A., de fecha 14 de diciembre de 2011, requiriendo al Gobierno de La Rioja para que se abstenga de practicar retención alguna sobre los créditos cedidos derivados del contrato y proceda, sin más dilación, al pago de las facturas por la contraprestación económica realizada, a B. E. S., como entidad titular del derecho de crédito. Las citadas facturas a las que se alude son las de agosto a noviembre de 2011, ambas inclusive, referidas a todos los Centros que A. gestiona en La Rioja.

- Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería, de fecha 16 de enero de 2012, en el sentido de:

- Instar a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, conforme a los artículos 70, de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y 18.1 párrafo segundo, del Decreto 21/2006, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, al inicio del procedimiento de consignación judicial de la cantidad de **un millón ciento treinta y ocho mil trescientos cincuenta y cinco euros** (1.138.355 euros), en concepto de pago por los servicios prestados por la A. de S. A., con C.I.F. G-79984811, con el desglose indicado en el Antecedente h) de esta Resolución.

- Consignar en la cuenta bancaria núm. 0030-8029-1204-000-49-000012, de consignaciones judiciales, la cantidad de **un millón ciento treinta y ocho mil trescientos cincuenta y cinco euros** (1.138.355 euros).

- Anunciar el inicio de este procedimiento de **consignación judicial de cantidades** a:

- A. de S. A..

- Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxa).

- Al B. E. S., S.A. Sucursal en España.

- Unidad de Recaudación Ejecutiva 28 de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Unidad de Recaudación Ejecutiva 04 de la Dirección Provincial de Almería de la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Unidad de Recaudación Ejecutiva 1601 de la Dirección Provincial de Cuenca de la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Unidad de Recaudación Ejecutiva 01 de la Dirección Provincial de Segovia de la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Comité de Empresa de la Residencia de Personas Mayores *La Rioja*, de Albelda de Iregua.

- Representante de los trabajadores del Centro de día de Alfaro.

- Representante de los trabajadores del Centro de día de *S. J. de C.*, de Logroño.

- D^a A. V. de V. G., Delegada de la Sección Sindical UGT en el Centro de trabajo *A. S. J. de C.*, por la reclamación previa interpuesta, en nombre propio y doce más, el 20 de diciembre de 2011.

- D^a A. V. del V. G., Delegada de la Sección Sindical de UGT en el Centro de trabajo *A. S. J. de C.z*, por la reclamación previa interpuesta, en nombre propio y veinte más, el 10 de enero de 2011.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 11 de enero de 2012, registrado de entrada en este Consejo el 16 de enero de 2012, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido .

Segundo

Mediante escrito de fecha 16 de enero de 2012, registrado de salida el 18 de enero de 2012, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como 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

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

Es necesario determinar la legislación aplicable al contrato que se pretende resolver, pues, en la fecha de suscripción del mismo, ya se había promulgado la, hoy derogada, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuya Disposición Final Duodécima establecía su entrada en vigor a los seis meses de su publicación, la cual tuvo lugar en el B.O.E. núm. 261, de 31 de octubre de 2007, por lo que entró en vigor el 30 de abril de 2008.

Por su parte, la Disposición Transitoria Primera de la misma Ley determinaba que los expedientes de contratación iniciados y los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de la Ley, se regirán, en cuanto a su tramitación, efectos,

cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Como quiera que el contrato que nos ocupa fue adjudicado el 19 de febrero de 2008, y, por lo tanto, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, resultan de aplicación al mismo las disposiciones de la legislación anterior, que venía representada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), desarrollado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP).

Determinada la legislación aplicable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.3º LCAP, en los supuestos de resolución de contratos administrativos en los que el contratista haya mostrado su oposición, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Tal circunstancia aparece igualmente reiterada en el artículo 109 RCAP.

Por su parte, nuestra Ley reguladora de 31 de mayo de 2001, recoge, en su artículo 11.i), la preceptividad de nuestro dictamen, en los mismos casos, lo que reproduce el artículo 12.I de nuestro Reglamento, aprobado por Decreto 8/2202 de 31 de mayo.

Habiendo mostrado el contratista su oposición, tanto a la resolución contractual como a la incautación de la garantía prestada en su día, nuestro dictamen deviene preceptivo.

Segundo

Análisis del procedimiento administrativo para adoptar la resolución del contrato administrativo de gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión.

Con arreglo a la legislación aplicable a este expediente, los cauces procedimentales para el ejercicio de la potestad de resolución contractual se encuentran regulados en el art. 109 RCAP. A la luz del citado precepto, hemos de analizar la corrección en la tramitación del expediente que se dictamina. De esta forma, se observa que es iniciado por el órgano competente, cual es el órgano de contratación, y, en cuanto al cuerpo de la instrucción, se observa:

- Se ha concedido audiencia al contratista, obrando en el expediente su escrito de alegaciones, oponiéndose a la pretensión de la Administración.

- Se ha concedido, igualmente, audiencia al avalista del contratista, sin que conste haber hecho uso de esta facultad.
- Consta el informe del Director General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja.
- Se ha elevado a consulta de este Consejo Consultivo, que se materializa en el presente dictamen.

Por lo tanto, debe concluirse que la Consejería consultante ha respetado todos los trámites procedimentales en virtud de los cuales se ha de dictar la resolución que proceda.

Tercero

Sobre la existencia de causa de resolución del contrato

Analizados los aspectos procedimentales del expediente, hemos de entrar en la valoración de la existencia sustantiva de una causa de tal entidad que conlleve la resolución del contrato administrativo concertado objeto de este expediente.

Para la verificación de la causa de posible resolución contractual, hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 94 LCAP, según el cual: *“Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, generales y particulares”*.

Por lo tanto, teniendo en consideración este sistema de fuentes ordenadora de la ejecución contractual, hemos de analizar si concurre la causa legal de resolución del contrato establecida en el acuerdo iniciador del expediente y en la posterior Propuesta de resolución.

Y así, el artículo 167 LCAP determina que serán causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las expresamente en él contenidas, las establecidas en el artículo 111 LCAP, con la excepción de sus letras e) y f). Por su parte, el citado artículo 111 LCAP contempla, como causas de resolución, las siguientes: a) muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o extinción de su personalidad jurídica, en el caso de tratarse de una persona jurídica; b) declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento; c) mutuo acuerdo; d) falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva; g) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales; h) aquellas que se establezcan expresamente en el contrato; e i) las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de la Ley.

Vista la documentación que forma parte del expediente, se refieren al supuesto objeto de este dictamen los siguientes particulares:

- La cláusula 13 del Pliego de las administrativas particulares determina que *la adjudicataria deberá disponer los medios materiales y personales necesarios para el funcionamiento del servicio.*
- El apartado 27 del Cuadro de datos técnicos administrativos (al que se remite expresamente la cláusula 23.3 del precitado Pliego), dispone que *el concesionario deberá prestar la gestión del servicio público con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidos.* Además, se indica que *todo el personal empleado en el servicio correrá a cargo de la entidad adjudicataria, estando obligada al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de seguridad social.*
- Por otra parte, en el punto 29 del mismo Cuadro, al que se remite la cláusula 24.2 del Pliego antes expresado, se indica que *será causa suficiente para la resolución del contrato cualquier incumplimiento de los mínimos exigidos en la prestación del servicio, así como la negativa u obstrucción a la labor inspectora de la Administración competente.*
- Por último, la cláusula 1.2 del Pliego de prescripciones técnicas, al referirse a los medios materiales para la prestación del servicio (cláusula 1.2), indica que *estará incluido el servicio de comida para todos los usuarios del Centro de día, siendo los gastos de cuenta del adjudicatario* (folio 85 del expediente).

Esto dicho, del expediente se desprende, sin ningún género de dudas, que la adjudicataria del servicio público, tanto en el Centro de día *San José de Calasanz*, como en otros Centros de trabajo en La Rioja y en otras Comunidades Autónomas, atraviesa por serias dificultades económicas, que impiden que cumpla con la obligación fundamental de todo empleador, cual es el pago puntual e íntegro de su salario a sus trabajadores.

Por lo que hace referencia al Centro de día *San José de Calasanz*, consta que se les adeudaba la paga extraordinaria de junio y la mensualidad de octubre de 2011(y, a la fecha de emitir este Dictamen, también las de noviembre y diciembre, con su paga extra, y, posiblemente, también la de enero de 2012), habiéndose producido retrasos en el abono de nóminas anteriores.

Ello es evidente que ha causado y está causando, en éste y otros Centros de trabajo de la entidad, un trastorno en la prestación del servicio, siendo frecuentes las movilizaciones y protestas de los trabajadores, que aparecen incluso en la prensa regional

con frecuencia, reclamando lo que legítimamente les corresponde, cual es el puntual abono de las nóminas por el trabajo ejecutado para la concesionaria.

La anterior situación dista mucho de poder ser considerada como una normal prestación de un servicio público y menos con la continuidad y normalidad que ello requiere, siendo motivada esta situación, como ya hemos indicado, por el incumplimiento de la obligación impuesta a todo empleador por el artículo 4.2.f y 29 del Estatuto de los Trabajadores.

Además, la empresa concesionaria ha incumplido con la obligación contractualmente asumida de estar al corriente en el pago de las cotizaciones devengadas a la Seguridad Social por su plantilla de trabajadores. Esta situación incluso ha dado lugar a la presentación por los representantes de los trabajadores de reclamaciones previas a la vía judicial laboral, a las que se hace referencia en el expediente, donde también figura una actuación penal abierta contra la concesionaria por posible falsedad documental.

Estos incumplimientos han influido, tal y como expone la Administración en diversos documentos del expediente, en la forma en la que se presta el servicio y, por lo tanto, son suficientes para, por razones de interés público, justificar la resolución del contrato como plantea la Propuesta de resolución.

Dichos incumplimientos no pueden considerarse accesorios, sino esenciales, no sólo por estar contemplados en el contrato y en el pliego (circunstancia cuya trascendencia ha sido subrayada por el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en su Dictamen 258/2009, de 1 de diciembre), sino también porque, en realidad, considerando el conjunto de la situación creada, podemos considerar que están afectando de manera grave a la normal prestación del servicio.

El hecho de que los trabajadores no perciban sus remuneraciones debe afectar necesariamente a su dignidad en el desempeño de su trabajo, viéndose, por tanto, afectada su eficacia y rendimiento en el mismo. Esta circunstancia no se ve mejorada por la deteriorada situación financiera de la concesionaria, que atraviesa problemas de tesorería, de manera que no puede cumplir con sus obligaciones corrientes de pago, y ya no sólo en los centros que se encuentran en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, lo que hubiese requerido la solicitud de concurso de acreedores.

Además, dadas las características del servicio público afectado, la alarma social que se ha creado, y la propia postura de la concesionaria (la cual reconoce que ha estado negociando con la Comunidad Autónoma de La Rioja una resolución de mutuo acuerdo de sus contratos en dicha Comunidad), hace suponer que no puede atender sus obligaciones contractuales, aun cuando la Administración debiera haber extremado el celo para

acreditar en el expediente las concretas afectaciones que se están produciendo en la prestación del servicio.

Todo ello nos lleva a concluir que concurre una importante razón de interés público y, por ende, la causa de resolución invocada por la Consejería consultante. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en su Dictamen 119/2004, de 25 de marzo, en un caso de resolución por incumplimiento de la normativa de seguridad y salud.

En descargo de esa propuesta, se alega de adverso que a esta situación se ha llegado como consecuencia del retraso de la Administración autonómica en el pago de los servicios prestados por la contratista. Tales retrasos efectivamente constan reconocidos por la propia Administración en el cuadro obrante al folio 205 del expediente. Esta alegación, en principio, no es baladí, pues la Sentencia de 27 de febrero de 2001, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, consideró improcedente la extinción de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos en un caso de incumplimiento de obligaciones laborales de la empresa contratista que había sido provocado por impagos previos imputables a la Administración contratante.

No obstante, hemos de indicar que, en el presente caso, consta en el expediente administrativo, no sólo los referidos retrasos de la Administración, sino también la existencia de los siguientes procedimientos de ejecución contra la concesionaria:

- Diligencia de embargo, de fecha 1 de septiembre de 2011, de la Unidad de Recaudación Ejecutiva nº 28, de Madrid, de la T.G.S.S., por un importe de 8.307.759,15 euros, por la que se retuvo el pago de la factura del mes de agosto, relativa al Centro objeto de este expediente.
- Diligencia de embargo, de fecha 16 de noviembre de 2011, de la Unidad de recaudación Ejecutiva nº 4, de Almería, de la T.G.S.S., por un importe de 93.509,36 euros.
- Diligencia de embargo, de fecha 19 de diciembre de 2011, de la Unidad de Recaudación Ejecutiva nº 1, de Segovia, de la T.G.S.S., por un importe de 60.442,88 euros.
- Comunicación, de fecha 9 de enero de 2012, de la m. S. R. de A. S.A (S.), en la que se comunica la existencia de una deuda como consecuencia del servicio de comida en el Centro por importe de 4.184,07 euros.

Por último, consta también la existencia de diversos contratos de cesión, a favor de varias entidades financieras, de los créditos que la concesionaria pudiera ostentar frente a la Comunidad Autónoma de La Rioja, bien mediante un contrato de *factoring*, bien a

través de la constitución de una garantía pignoratícia, (que, en realidad, no afecta al presente expediente al referirse a la explotación de la Residencia *La Rioja* y no al Centro objeto de este Dictamen), habiendo contribuido expresamente la propia concesionaria a enturbiar la situación ante la falta de claridad sobre la entidad que resultaba ser la cesionaria de esos derechos de crédito, hasta el punto de que, con escritos prácticamente idénticos (a los que hemos hecho referencia en los Antecedentes de este dictamen), en un primer momento, designó a la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxa) y, posteriormente, al B. E. S.

Es posible que, con esas cesiones de crédito, haya pretendido la concesionaria eludir los diferentes embargos de la Tesorería de la Seguridad Social; pero es necesario señalar que, como establece reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 4 de noviembre de 2008):

*La cesión de los créditos a entidades financieras puede constituir una mala práctica bancaria orientada a situarse al margen y por encima del sistema legal de concurrencia y prelación de créditos. El crédito cedido no pierde su identidad ni, por tanto, sube de rango, ya que, aun cuando, además del cedente y del cesionario, intervenga en la cesión el deudor cedido, **los terceros ajenos a la cesión, pero que se crean con derecho a cobrar el importe de los efectos comprendidos en el ámbito de la cesión, no podrán resultar perjudicados por una relación jurídica a la que son ajenos, dada la regla del artículo 1257 del Código Civil.***

Es por ello que, ante la concurrencia de acreedores, la Comunidad Autónoma de La Rioja ha procedido de manera correcta, en base a lo establecido en el artículo 1.176.2 del Código Civil, al proceder a consignar judicialmente las cantidades adeudadas, comunicando dicha consignación a todos los posibles interesados en la misma. Téngase en cuenta que, desde la recepción del primer embargo de la Seguridad Social, la Comunidad Autónoma de La Rioja no podía disponer libremente del importe de las facturas expedidas por la concesionaria del servicio público.

En definitiva, la concesionaria se encuentra en situación fáctica de insolvencia, al no poder hacer frente regularmente a sus obligaciones exigibles, lo que incluso hubiera determinada la necesidad de solicitar su declaración en concurso de acreedores, cosa que, si no se ha hecho, es, muy probablemente, porque la solvencia es uno de los requisitos que determinan la adjudicación del contrato (cfr. arts. 15 y 16 LCAP); y dicha declaración, constituiría causa bastante para la resolución del contrato *ex* artículo 111. b) LCAP.

En otro orden de cosas, y dada la elevada cuantía de los embargos comunicados por la Seguridad Social, y el hecho de provenir de diversas Unidades de Recaudación Ejecutiva, parece difícil mantener que las dificultades de la concesionaria sean debidas al impago, por ella atribuido, a la Comunidad Autónoma de La Rioja, indicando dicha situación más bien la existencia de una grave crisis económica de la concesionaria, que le impide el cumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social en los

Centros de trabajo que tiene en diversas Provincias, lo que está influyendo de manera evidente en las condiciones mínimas de calidad en que debe prestarse un servicio público, agravada, además, esta situación por la notable alarma social que la misma ha creado en el concreto ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Por lo tanto, debemos mostrar nuestra conformidad con el contenido de la Propuesta de resolución y considerar que, en el caso sometido a nuestra consideración, concurre la causa establecida en el artículo 111. g) LCAP, pues, no se paga las nóminas a los trabajadores, ni las cotizaciones a la Seguridad Social, y hay problemas con los proveedores, al menos en lo relativo al servicio de manutención, lo que, en definitiva, supone incurrir en incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, imputable a la contratista.

Cuarto

Sobre las consecuencias derivadas de la resolución del contrato

Dispone el artículo 113.4 LCAP que *“cuando el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”*.

Por tanto, la Administración contratante debe proceder a la liquidación, del contrato, una vez resuelto, si bien es de advertir que, en el eventual cálculo de daños y perjuicios, debe tenerse en cuenta, no sólo lo dispuesto en el art. 113 RCAP, sino también y a efectos de una posible compensación, los que la Administración contratante haya podido causar a la concesionaria con el retraso en los pagos mensuales debidos a la misma.

Quinto

Otras posibles vías jurídicas de solución

Es evidente que, en este caso, el clausulado contractual habilita suficientemente a la Administración para resolver el contrato al amparo de la causa del art. 111.g LCAP, tal y como plantea la Propuesta de resolución. Pero este Consejo debe advertir que, tratándose principalmente el incumplimiento imputable al contratista de impagos laborales y de Seguridad Social que, en principio y en abstracto, no afectan a la relación contractual del concesionario con la Administración, sino a las relaciones del concesionario con terceros (sus trabajadores y la Seguridad Social), la Administración también puede valorar la oportunidad de acudir a otras vías jurídicas de solución del problema que ofrece la legislación contractual vigente.

En efecto, la resolución del contrato no es la única vía que la normativa contractual aplicable habilita para el caso de incumplimientos imputables al contratista, ya que ofrece otras alternativas, como la intervención del servicio o el rescate del mismo, así como, si no se quieren adoptar medidas tan drásticas, la mera policía del servicio.

A la intervención del servicio se refieren los arts 166 LCAP y 186 RCAP. Esta intervención no implica la extinción del contrato, sino la sujeción del concesionario a las órdenes del funcionario designado como interventor de la ejecución del contrato, mientras dure la anormalidad prestacional causante de la intervención o hasta que llegue el día de reversión del servicio por finalización del plazo de la concesión. La intervención conlleva la obligación del contratista de indemnizar los daños y perjuicios que haya podido causar a la Administración.

Por el contrario, el rescate del servicio (arts. 167.b y 169.4 LCAP) supone la extinción del contrato, constituye una expropiación virtual que conlleva para la Administración las obligaciones de indemnizar los daños y perjuicios eventualmente causados al concesionario y asumir la gestión directa del servicio.

Finalmente, hemos de advertir que la mera potestad de policía administrativa sobre la ejecución del contrato (art. 155.3 LCAP) habilita a la Administración para, sin necesidad de modificar el contrato o intervenir la concesión, ni de extinguir la relación contractual rescatando el servicio para su gestión directa por parte de la Administración, adoptar medidas puntuales para asegurar la correcta prestación del mismo, dando las oportunas órdenes de ejecución al contratista (cfr. art. 95 RCAP).

La opción entre estas posibles vías alternativas de solución al problema corresponde a la Administración contratante, ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la distinta naturaleza y efectos de cada una de ellas, siempre en perspectiva de lo más adecuado para el interés público.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista de obligaciones esenciales que le incumben en materia laboral y de Seguridad Social, al amparo de la causa de resolución del art. 111.g) LCAP.

Segunda

En cuanto a las consecuencias de dicha resolución, deberán tenerse en cuenta las consideraciones realizadas en el cuerpo del presente dictamen.

Tercera

La Administración también puede optar por otras vías jurídicas de solución del problema, tal y como hemos señalado en el último Fundamento de Derecho de este dictamen.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Joaquín Espert y Pérez-Caballero
Presidente

Antonio Fanlo Loras
Consejero

José María Cid Monreal
Consejero

M^a del Carmen Ortiz Lallana
Consejera

Ignacio Granado Hijelmo
Letrado-Secretario General

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL CONSEJERO D. PEDRO DE PABLO CONTRERAS

A mi juicio, es jurídicamente improcedente la resolución del contrato de prestación de servicios en el Centro de día de personas mayores *San José de Calasanz*, concertado por la Administración autonómica con la empresa ASER.

Tal resolución contractual pretende fundarse en el art. 111.g) LCAP, esto es, en el incumplimiento por la concesionaria de sus *“obligaciones contractuales esenciales”*, entendiendo incluida entre éstas la indicación, contenida en el apartado 27 del Cuadro de datos técnicos al que se remite expresamente la cláusula 23.3 del Pliego de cláusulas administrativas, de que *“todo el personal empleado en el servicio correrá a cargo de la entidad adjudicataria, estando obligada al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de seguridad social”*.

A mi juicio, sin embargo, tal indicación expresa lo que hace es precisamente distinguir las obligaciones que nacen del contrato administrativo que se pretende resolver de otras obligaciones distintas que no tienen su fuente en dicho contrato, sino en los concertados por ASER con sus trabajadores. Las primeras, que el mismo apartado 27 concreta en el deber de *“prestar la gestión del servicio público con la continuidad convenida”*, son las únicas cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato. El incumplimiento de las otras, en cambio, sólo puede dar lugar a dicha resolución de forma refleja, esto es, si el mismo se tradujera de hecho en la no prestación del servicio que es objeto de la concesión.

De hecho, todo indica que la resolución acordada tiene su justificación real en los apuros económicos o de falta de liquidez de ASER, que sí que parecen probados. Sin embargo, el sustancial efecto de la resolución pretendida del contrato no sería otro que disminuir el activo patrimonial de ASER y la real eficacia de los privilegios de que gozan sus trabajadores, la Seguridad Social y la Hacienda Pública para el cobro de sus créditos con preferencia sobre otros acreedores. Tal vez por eso, a la solución legal de tales problemas de liquidez atiende el art. 111.b) LCAP contemplando como causa de resolución la *“declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento”*, lo que remite hoy a la Ley concursal y a la declaración de ASER en situación de concurso, todavía no producida.

En definitiva, no habiendo sido declarada la concesionaria en concurso y constando, como consta, en el expediente que el servicio de atención a las personas mayores en el Centro de día *San José de Calasanz* lo ha prestado en todo momento ASER en las condiciones convenidas, el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento por dicha empresa de otras obligaciones en las que la Administración autonómica no es parte o que, aunque lo fuera, no tienen en él su fuente.

Este es el voto particular que emito en Logroño, a 30 de enero de 2012.

Pedro de Pablo Contreras
Consejero