

ASUNTO: INFORME SOLICITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE _____ SOBRE RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS POR DECLARACIÓN DEL CONCESIONARIO EN CONCURSO DE ACREEDORES.

030/19

FC

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Alcalde/a de la Entidad Local Menor de _____, esta Oficialía emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante y cuyo ponente ha resultado ser el funcionario arriba indicado.

INFORME

I. ANTECEDENTES:

Plantea el Sr/a. Alcalde/a de referido Municipio la emisión de informe sobre el asunto arriba epigrafiado.

II. NORMATIVA APLICABLE

- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1-NORMATIVA APLICABLE.-Siendo que la adjudicación del contrato que nos ocupa se realizó en Agosto de 2006, de conformidad con lo establecido en

la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, la normativa aplicable al mismo es el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000.

Es cierto que el apartado tercero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP-2017) establece que “3. *La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate*”. Sin embargo no es la resolución de un contrato por declaración del contratista en concurso de acreedores un rescate del servicio, sino una resolución por una de las causas establecidas en el artículo 111 del TRLCAP: “b) *La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera*.”. Sin embargo, el rescate es una forma de extinción del contrato que no responde a una causa de resolución por causa imputable al contratista sino a “razones de interés público”. Por consiguiente, y como conclusión, la norma de aplicación a este contrato será el TRLCAP y no la LCSP-17.

2. LA DECLARACIÓN EN CONCURSO DE ACREEDORES COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.-

En términos generales, la potestad resolutoria conferida a la Administración en relación a los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, previstas en el artículo 59 del TRLCAP, concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce de manera automática sino precisamente cuando así lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

El ejercicio de esta potestad se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material, de tal forma que sólo puede ser ejercida «*mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine*»(artículo 112 de TRLCAP y cuando concurren las causas definidas en la Ley.

El TRLCAP contiene una regulación general de las causas, aplicación y efectos por las que puede operar la prerrogativa resolutoria, estableciendo otra específica para cada tipo de contratos.

Dentro de estas causas distingue la Ley aquéllas cuyo régimen de aplicación es potestativo para la Administración atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso concreto, de otras que determinan siempre y de manera obligatoria la resolución del contrato, en tanto que su mera concurrencia implica una vulneración del interés público inherente a la contratación administrativa.

Así, el artículo 111.2 del TRLCAP establece como una de las causas de resolución de los contratos administrativos “*La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*”

Por su parte, el artículo 112, que regula la aplicación de las causas de resolución, en sus apartados 2 y 7 establece:

“2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato.

7. 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 ejecución.”

Se nos indica que el contratista adjudicatario ha manifestado “*que se encuentra en fase de concurso*”. Si la situación fuese que aún no se ha producido la apertura de la fase de liquidación, el Ayuntamiento puede optar entre la resolución del contrato y continuar con la ejecución del contrato, exigiendo al contratista que preste garantías suficientes, a juicio del propio Ayuntamiento.

En el supuesto u opción de que la Administración continuase con la ejecución del contrato no sólo se requiere el acuerdo formal en el cual la Administración valore la solvencia o suficiencia de estas garantías ofrecidas por el contratista, sino que, precisamente es requerido este ofrecimiento del adjudicatario. Por consiguiente, si el contratista no prestare la garantía o ésta fuere considerada como insuficiente por el órgano de contratación, puesto que era una opción de éste (*potestativamente*), si no se da la causa que habilitó o permitió al contratista continuar con la ejecución del contrato por opción discrecional de aquella, procede la resolución del contrato aunque no haya entrado en fase de liquidación el concurso.

En estos términos favorables a la resolución del contrato, si no se ha presentado garantía o ésta sea estimada insuficiente, se han pronunciado, entre otros:

- El Consejo Consultivo de Extremadura en su dictamen 29/2009, de 5 de febrero, en relación a la declaración concursal.
- El Consejo Consultivo de Andalucía (entre otros los n.º 179/2006, de 10 de mayo; 353 y 354/2008, ambos de 24 de junio; y 248/2008, de 1 de octubre), en los que el órgano consultivo se pronuncia favorablemente a la propuesta de resolución del contrato por tal causa al estimar que el

contratista no ha presentado garantías suficientes para continuar con la ejecución del contrato

En el supuesto de que el órgano de contratación optara por la resolución del contrato en lugar de por su continuidad, como sostuvo el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen N.º. 96/2009, de 13 de mayo, *“En el presente caso motiva el incumplimiento de las prestaciones contempladas en el contrato la delicada situación económica en la que se halla la empresa contratista y que le ha llevado a ser declarada incurso en concurso voluntario de acreedores. **Dado que no consta que dicho concurso haya entrado en fase de liquidación o que el mismo haya sido calificado como «culpable» por la autoridad judicial, no es posible apreciar el elemento culpabilístico que exige el precepto para la incautación de la fianza, procediendo por tanto la devolución de la misma.**”*

Así pues, **si el concurso no ha sido calificado como culpable no procede**, en caso de resolución del contrato, **la incautación de la garantía definitiva**. La liberación de la garantía deberá ser puesta en conocimiento de la administración concursal por si constituyera un crédito a incluir en la masa activa, conforme a lo previsto en el artículo 76.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Asimismo y en el caso de que la fianza se hubiera constituido mediante aval, tal comunicación a la administración concursal deberá ser puesta en conocimiento igualmente de la entidad avalista, a efectos de que, en su caso, pudiera hacer valer ante aquella los derechos que le correspondieran.

Hay que señalar respecto al régimen de garantías, que en el caso de continuar con la ejecución del contrato, se entiende que se trataría de garantías complementarias y suficientes distintas de las iniciales, que podrán ser cualquiera de las admitidas en Derecho, no teniendo por qué constreñirse a lo dispuesto en el Capítulo primero del Título Cuarto de la Ley de contratos ya que la propia Ley establece que la garantía definitiva responderá de los posibles daños y perjuicios causados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución (Art. 43.2.b TRLCAP).

En definitiva, las modificaciones legales operadas en esta materia han suavizado los efectos que la declaración del concurso tiene sobre las relaciones contractuales con la Administración. No obstante, siguen sin resolverse algunas cuestiones tan importantes como el amplio margen del que dispone la Administración para, a su voluntad, proceder o no a la resolución del contrato, si no se ha iniciado la fase de liquidación, **sin que se haya determinado por parte del legislador de manera clara que se**

entiende por garantía suficiente para garantizar la ejecución del contrato. Sin embargo, cabría entender que la prestación de garantías suficientes no se refiere tanto a garantías en sentido formal, como obligaciones accesorias de garantía (personales o reales), como a garantías de continuidad de la actividad económica y ejecución material del contrato, que pueden quedar reflejadas, por ejemplo, en un plan de viabilidad. No se trata de asegurar la indemnidad económica de la Administración Pública sino la realización del objeto del contrato —«para su ejecución»—.

Así pues, aunque no existe normativa que regule esta garantía suficiente, entendemos que no puede tratarse de una garantía pecuniaria, tal como la complementaria del artículo 36 del TRLCAP (piénsese en la difícil situación financiera del contratista que le impedirá obtener una garantía de este tipo), sino aquella que garantice la ejecución del contrato por el propio contratista. Tal podía ser el caso de un plan de viabilidad en el que quede reflejado de forma coherente y creíble la ejecución del contrato.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

OPOSICIÓN DEL CONTRATISTA.-Conforme a lo determinado en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, el procedimiento a seguir para resolución de este contrato es el siguiente:

- Acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato.
- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- Informe propuesta emitido por la Secretaría.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- Acuerdo de resolución del contrato.
- Notificación a las partes.

Siendo que, al parecer, el Ayuntamiento ya ha iniciado este expediente de resolución y que el contratista ha presentado alegaciones contra el acuerdo en el que parece oponerse a dicha resolución, procede, siguiendo el procedimiento descrito, solicitar el preceptivo pero no vinculante Dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.-Dado que no se trata de un rescate sino de una resolución de contrato por declaración del contratista en concurso de acreedores, la norma de aplicación no es la LCSP-17, sino el TRLCAP por determinarlo así la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

SEGUNDA.-El artículo 111.2 del TRLCAP establece como una de las causas de resolución de los contratos administrativos *“La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.”*

TERCERA.-Conforme al artículo 112 del TRLCAP, mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración tiene la opción o de resolver el contrato o de permitir la continuidad en su ejecución si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.

CUARTA.-Aunque no existe normativa que regule esta *garantía suficiente*, entendemos que no puede tratarse de una garantía pecuniaria, tal como la complementaria del artículo 36 del TRLCAP (piénsese en la difícil situación financiera del contratista que le impedirá obtener una garantía de este tipo), sino aquella que garantice la ejecución del contrato por el propio contratista. Tal podía ser el caso de un plan de viabilidad en el que quede reflejado de forma coherente y creíble la la ejecución del contrato.

QUINTA.-En caso de optar por la resolución del contrato, si el concurso no ha sido calificado como culpable no procede la incautación de la garantía definitiva.

SEXTA.-El procedimiento para la resolución del contrato es el establecido en el artículo 109 del RGLCAP.

SÉPTIMA.-Siendo que ya se ha iniciado este expediente de resolución y que el contratista ha presentado alegaciones contra el acuerdo en el que parece oponerse a dicha resolución, procede solicitar el preceptivo Dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

En Badajoz, 2019