



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 25 de septiembre de 2014, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq1, S.A.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 9 de septiembre de 2014 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq1, S.A.*, relativo a la *concesión administrativa para la gestión de las instalaciones deportivas destinadas a la práctica de pádel en el complejo municipal "cccc"*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de septiembre de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 440/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa reducción de éste, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxx de 2 de marzo de 2012 se adjudicó el contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, de las instalaciones deportivas destinadas a la práctica de pádel en el Complejo Deportivo "cccc".



El 17 de abril el Ayuntamiento de xxxx y la empresa qqqq1, S.A. formalizan el contrato.

Segundo.- El 25 de abril de 2014 el Gerente del Organismo Autónomo de Gestión Económica y Recaudación comunica al Servicio de Bienes y Contratación del Ayuntamiento de xxxx el incumplimiento de qqqq, S.A. de la obligación de pago de las cantidades que le han sido giradas en concepto de canon para el 2014, tanto por la explotación del edificio Multiusos cccc1 por importe de 72.870,22 euros, como por las pistas de pádel por importe de 8.209,61 euros. Añade que, igualmente, se ha incumplido la obligación de pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y de la tasa por recogida de basuras correspondientes a los inmuebles objeto de la concesión. En dicha comunicación señala la situación de intervención judicial existente sobre la sociedad concesionaria y las nulas posibilidades de cobro de las cantidades giradas.

Tercero.- El 19 de junio de 2014 la Jefe de la Sección de Deportes emite informe en el que pone de manifiesto una serie de irregularidades en el cumplimiento del contrato. Expone que durante los meses de mayo y junio de 2012 se reciben varias comunicaciones de empresas que prestan sus servicios a las instalaciones anteriormente citadas de impagos de varias facturas. Asimismo señala que entre los meses de julio y octubre de 2012 y marzo de 2013 se realizan varias visitas a las instalaciones en las que se observan deficiencias en ellas. Añade que el 26 de junio de 2013 se ha recibido una notificación en la que se expone que la empresa concesionaria será administrada por cinco administradores judiciales, que el 13 de diciembre toman posesión y empiezan las gestiones en las instalaciones deportivas propiedad del Ayuntamiento. El 6 de marzo de 2014 llega un nuevo embargo que afecta a éstas.

En relación con la situación actual de la concesionaria señala lo siguiente:

“1.- Los administradores judiciales se van retirando, pues esperan que qqqq entre en concurso de acreedores, pero ese concurso parece que nunca llega. (...).



»2.- La administración de multiusos y de las instalaciones de pádel no disponen de dinero en efectivo más que para pequeños suministros necesarios para el funcionamiento cotidiano.

»3.- No tienen capacidad para contratar personal nuevo o eventual (...).

»4.- No se está pagando a los proveedores habituales y la deuda se va agravando.

»5.- El mantenimiento de las instalaciones se está dejando de hacer, tan solo reparaciones pequeñas o gastos menores.

»6.- No se ha abonado el canon de ambas instalaciones.

»7.- No han abonado los impuestos municipales correspondientes al IBI y tasas de basuras”.

Por ello señala que, a la vista de esta situación y del pliego de condiciones que rige el contrato, se están incumpliendo las siguientes obligaciones del concesionario: el abono del canon anual del Ayuntamiento de xxxx y las derivadas de las normas vigentes en materia fiscal, laboral, de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales. En cuanto a las infracciones y procedimiento sancionador también se incumplen varias obligaciones tipificadas en el pliego como faltas graves o muy graves: la demora en el pago del canon establecida a favor del Ayuntamiento y el incumplimiento por el concesionario de la normativa laboral y/o de Seguridad Social de obligado cumplimiento. El artículo 6.11 del pliego establece que es causa de resolución contractual la comisión de una infracción muy grave.

Cuarto.- El 4 de agosto el Jefe de Servicio de Bienes y Contratación informa favorablemente el inicio del procedimiento de resolución del contrato con propuesta de incautación de la garantía definitiva.

Quinto.- Consta en el expediente un escrito de los trabajadores de la empresa qqqq, S.A. en el que, tras exponer su situación en dicha empresa, solicitan al Ayuntamiento que se tomen medidas de máxima urgencia ante la gravedad de la situación económico-financiera de ésta.



Sexto.- Mediante Resolución del Alcalde en funciones de 6 de agosto de 2014 se inicia el procedimiento de resolución del contrato, con base en lo establecido en los artículos 223 y 225 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), por haber sido declarado el contratista en situación de concurso de acreedores.

En el mismo acto se concede trámite de audiencia al contratista, al avalista y a la administración concursal y judicial.

Séptimo.- El 22 de agosto la administración concursal de la empresa contratista presenta alegaciones en las que manifiesta que el Ayuntamiento no es competente para resolver el contrato, pues éste tiene naturaleza privada; que la declaración del concurso no es causa de resolución del contrato ni en los contratos privados ni en los administrativos y que no hay incumplimiento ni causa para acordar la resolución del contrato.

Octavo.- El 1 de septiembre de 2014 el Jefe de Servicio de Bienes y Contratación emite informe en el que, tras rebatir las alegaciones de la concesionaria, declara su plena conformidad con la Resolución de 6 de agosto de 2014 de inicio del procedimiento de resolución del contrato para elevar su propuesta de resolución a la Junta del Gobierno Local de xxxx.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.



2ª.- La normativa aplicable viene constituida, además de por el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), por la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 224 del TRLCSP y 109 del RGLCAP.

4ª.- En cuanto al procedimiento seguido en la resolución contractual, se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 109.1 del RGLCAP. Además, con el presente dictamen se cumple lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

5ª.- Vistas las cuestiones referentes al régimen jurídico aplicable y a los requisitos formales, procede determinar si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato relativo a la concesión administrativa para la gestión de las instalaciones deportivas destinadas a la práctica de pádel en el complejo municipal "cccc".

La Administración considera como causa de resolución del contrato la declaración de concurso del contratista, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 223.b) y 224 del TRLCSP, así como incumplimientos de las disposiciones contenidas en los pliegos que rigen la contratación.

La administración concursal de la empresa contratista se opone a la resolución alegando que el contrato no tiene naturaleza administrativa, que la declaración del concurso no es causa de resolución del contrato ni en los contratos privados ni en los administrativos y que no hay incumplimiento ni causa para acordar la resolución del contrato.



Respecto a la naturaleza del contrato, éste se configura como un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión por el que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, tal y como dispone el artículo 277.a) del TRLCSP.

La administración concursal de la empresa contratista señala que se trata de un contrato de servicios de esparcimiento, culturales y deportivos de la categoría 26 del Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que tiene naturaleza privada.

Estos contratos, a los que actualmente se refiere el Anexo II del TRLCSP, se configuran como contratos de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del TRLCSP: "Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II".

En todo caso se trata de un contrato de naturaleza administrativa, que por su objeto y la naturaleza de la prestación se configura como un contrato de gestión de servicios públicos. El artículo 1º del PCAP prevé que "El objeto de este Pliego es la contratación de la gestión, mediante concesión, del servicio público de las instalaciones deportivas destinadas a la práctica del pádel en el Complejo Deportivo 'cccc. La gestión del servicio se realiza a riesgo y ventura del contratista. Dicha gestión deberá abarcar: mantenimiento de las instalaciones, información y alquiler de pista, limpieza de las instalaciones interiores y exteriores y zona ajardinada, vigilancia y control durante las horas de apertura de la instalación y recaudación de cobros por servicios".

La cuestión sobre la correcta calificación de un contrato como de gestión de servicios públicos es esencialmente un debate doctrinal. Tradicionalmente la doctrina diferenciaba estos tipos contractuales con base en pautas y criterios tales como quién es el usuario final del servicio a contratar; cómo se retribuye al contratista; si los usuarios del servicio deben satisfacer una tarifa; si la prestación objeto del contrato constituye un servicio público de la competencia de la Administración contratante; si el contratista realiza una prestación de hacer; presta un servicio; o por el contrario explota un servicio; y



singularmente, quién asume directamente la organización y el riesgo de la prestación objeto del contrato.

Precisamente la doctrina seguida por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que ha sido fijada, entre otros, en los Acuerdos 52 y 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, determina que para que exista un contrato de gestión de servicios públicos es relevante que se transfiera el riesgo operacional. Es decir, es condición *sine qua non* la transferencia del riesgo al contratista, tal y como mantiene la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el presente caso, existe una prestación a terceras personas ajenas a la Administración, que son los usuarios de las pistas de pádel, y se transfiere el riesgo operacional, pues la contratista cobra una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, por lo que en este contrato el contratista asume el riesgo de la explotación, por cuanto la retribución no es fija, sino en función de la utilización del servicio por el usuario.

Debidamente calificado como un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, la Administración tiene la prerrogativa de acordar su resolución, tal y como establece el artículo 210 del TRLCSP.

Sobre la segunda alegación efectuada por la administración concursal de la contratista en relación con que el concurso no es causa de resolución, cabe hacer referencia a lo dispuesto en los artículos 223 y 224 del TRLCSP.

El artículo 223.1 b) prevé como causa de resolución del contrato “La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”.

Y el artículo 224.5 dispone: “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 aquella para su ejecución”.

Del contenido de los preceptos transcritos se desprende claramente que la declaración de concurso del adjudicatario constituye causa de resolución del



contrato y que, sólo en tanto no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, podrá la Administración, con carácter potestativo, acordar la continuación del contrato si el contratista prestare las garantías suficientes.

Por ello, si bien la resolución contractual no ha de producirse necesariamente, la continuación de la ejecución es meramente potestativa y corresponde a la Administración valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y la determinación de si ha de procederse o no a la resolución contractual.

Respecto a los incumplimientos alegados por la Administración, el escrito de oposición formulado por la contratista carece de cualquier fundamentación, pues se limita a señalar que no hay ninguna causa de incumplimiento que justifique la resolución del contrato.

Ante dicha alegación cabe señalar lo establecido en el informe de 19 de junio de 2014 de la Jefa de la Sección de Deportes en el que se señalan reiterados incumplimientos por parte del contratista como son el impago del canon, el incumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y los defectos en el mantenimiento de la instalación, circunstancias que conforme a los pliegos que rigen la contratación dan lugar a la resolución del contrato.

Así, el artículo 6 del pliego de cláusulas técnicas particulares establece como obligaciones del concesionario, entre otras, cuidar las instalaciones puestas a disposición para la prestación del servicio, el abono del canon anual al Ayuntamiento de xxxx y el cumplimiento de las normas vigentes en materia fiscal, laboral y de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales, quedando el Ayuntamiento exonerado de responsabilidad por incumplimiento y sin generarse, en ningún caso, vínculos laborales entre el Ayuntamiento de xxxx y el personal contratado por el concesionario.

Así mismo se incumplen varias de las obligaciones tipificadas en el pliego como faltas graves o muy graves, como son la demora en el pago del canon, que constituye una falta grave si hay una demora de más de tres meses y falta muy grave si la demora es de más de seis meses, así como el incumplimiento de la normativa laboral y/o de la Seguridad Social, y se considera como causa de resolución contractual la comisión de una infracción muy grave.



A la vista de estos incumplimientos y de la doble concurrencia de la administración judicial y concursal sobre la misma empresa, la viabilidad de la concesión y su capacidad para prestar el servicio quedan gravemente maltrechas, con el consiguiente perjuicio al interés público si se cerrasen las instalaciones a la vista del número de abonados a éstas, que ascienden a 4.800. Por ello este Consejo Consultivo considera procedente la resolución del contrato.

6ª.- En lo que respecta a las consecuencias de la resolución del contrato, el artículo 225.3 TRLCSP establece que "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 de la garantía incautada". El apartado 4 del precepto establece que "En todo caso el acuerdo de resolución contendrá un 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".

Por otro lado, el artículo 111 del RGLCAP dispone que "La quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva", disposición que interpretada de manera integradora con la regulación de la materia, que se contiene en los artículos 163 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modificada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, llevaría a considerar que la garantía será incautada de forma automática en el caso de que el concurso se califique como culpable.

En el Acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato se señala que "resulta ajustado al interés público y es proporcionado proceder a la incautación de la fianza definitiva prestada por el contratista, para atender a las deudas líquidas exigibles al contratista así como a los daños y perjuicios derivados de su gestión".

Según se deriva de la normativa anteriormente referida, es preciso que la jurisdicción mercantil califique el concurso, a efectos de incautar la garantía,



de conformidad con lo estipulado en el artículo 225.4 del TRLCSP anteriormente transcrito.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y yyyy, S.A., relativo a la concesión administrativa para la gestión de las instalaciones deportivas, destinadas a la práctica de pádel en el complejo municipal "cccc", en los términos expuestos en el presente dictamen.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.