

Dictamen nº: **6/15**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **14.01.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de enero de 2015, emitido ante la consulta formulada por el coordinador general de la alcaldía (por delegación de la alcaldesa de Madrid mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión administrativa, del mercado municipal de “Las Ventas”, adjudicado a la Asociación A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de diciembre de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 554/14, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excmo. Sra. Dña. María José Campos Bucé, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 14 de enero de 2015.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Con fecha 28 de febrero de 1986 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó adjudicar a la Asociación A, la explotación en régimen de concesión administrativa del Mercado Municipal del Distrito de Canillas denominado “*Centro Comercial Canillas*”, durante un plazo de 50 años a contar desde el 1 de abril de 1986.
2. El 23 de octubre de 1995 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acuerda la modificación de diversas cláusulas del pliego de condiciones, como consecuencia de la construcción de un nuevo centro comercial, denominado Centro Comercial “*Las Ventas*” de manera que se dispone que la concesión continúe en este nuevo espacio, desapareciendo el anterior. Se establece que la concesión finalizará el 1 de abril de 2036 y se modifican las cláusulas del pliego de condiciones relativas a la distribución de los locales comerciales, personal, seguros y canon municipal.

Consta en el expediente examinado que el 3 de julio de 2006 por Decreto del consejero delegado de Gobierno de Economía y Participación Ciudadana se modificó el pliego de condiciones con el fin de autorizar la implantación de nuevos usos en los locales comerciales.

3. El 11 de julio de 2013 la Asociación A presenta en el juzgado solicitud de concurso voluntario y el 19 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 10, de Madrid, dicta Auto por el que declara

en concurso voluntario a la Asociación y nombra administrador concursal a la sociedad B

4. El 26 de noviembre de 2013 el presidente de la Asociación presenta en el Ayuntamiento de Madrid una propuesta de convenio para el pago de las deudas.

El 22 de enero de 2014 el Ayuntamiento de Madrid junto a la Asociación A solicitan del Juzgado la transformación del procedimiento abreviado en ordinario y la concesión de una ampliación del plazo para presentar una propuesta de convenio, evitando así la liquidación. Estas peticiones son rechazadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 10, mediante Providencia de 7 de marzo de 2014, en la que además se señala que resulta procedente que por el Secretario Judicial se proceda de inmediato a la apertura de la fase de liquidación.

En esa misma fecha, 7 de marzo de 2014, el Secretario del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid decreta la apertura de la fase de liquidación del concurso, quedando en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio.

5. El 25 de junio de 2014 se constituye la entidad C, con el objeto social de prestar servicios, actividades de gestión y administración de centros comerciales, mercados municipales y supermercados. Según se consigna en la escritura de constitución de la sociedad, su Consejo de Administración está integrado por las mismas personas que forman la Junta Directiva de la Asociación A.

El 29 de julio de 2014 la sociedad C y el administrador concursal de la Asociación A firman un contrato privado de transmisión y venta de la totalidad de la Unidad Productiva de la concursada, y más en concreto “*la concesión administrativa, las instalaciones técnicas, maquinaria, mobiliario y equipos para procesos de información*”. En la estipulación

tercera del contrato se establece que “*la concesión administrativa del Ayuntamiento constituye la causa y elemento esencial de la suscripción de la presente transmisión, sin la cual se desnaturalizaría el objeto del contrato*”.

6. Mediante Decreto de 1 de septiembre de 2014 de la delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública se acuerda el inicio de procedimiento de resolución del contrato de gestión de servicios públicos del mercado municipal de “Las Ventas”. Se invoca el artículo 75.6 del Texto Refundido de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, cuando dispone que sea causa de extinción del contrato de gestión de servicios públicos la “*declaración de quiebra o de suspensión de pagos o extinción de la persona jurídica gestora*”. También declara aplicable supletoriamente la regulación contenida en la legislación contractual posteriormente aprobada. En concreto el artículo 223 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al establecer como causa de resolución “*la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*” en relación con el artículo 224 del mismo texto legal, que establece que en caso de concurso “*la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato*”.

En esa misma fecha se notifica a la Asociación A y a la administradora concursal la concesión de un plazo de diez días para formular alegaciones.

7. Con fecha 2 de septiembre de 2014 la administradora concursal y la entidad C elevan a pública la operación de venta de la Unidad Productiva.

8. El 12 de septiembre de 2014 la administradora concursal formula alegaciones en el sentido de considerar que es perfectamente viable que el adjudicatario concursado pueda ceder el contrato aún encontrándose en

fase de liquidación. Invoca en este sentido el artículo 226 b) del TRLCSP y el artículo 146 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Añade que debe ser en el correspondiente incidente concursal donde se dirima si procede o no la resolución del contrato, negando la competencia del Ayuntamiento para la resolución contractual.

9. El 26 de septiembre de 2014 tiene entrada en el Ayuntamiento de Madrid escrito de la entidad C por el que solicita autorización para que opere la cesión a efectos administrativos. Aporta diversa documentación relativa a la constitución de la sociedad y la cesión del contrato.

10. El 13 de noviembre de 2014 emite informe la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid en relación con la cesión del contrato. En sus conclusiones recoge lo siguiente:

“1.- El art. 146 bis de la Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio de 2003, en la redacción introducida por el Real Decreto 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, dispone que la cesión de los contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

(...) 3.- La sociedad mercantil C, con la información y documentación que se ha aportado, tiene acreditada su personalidad jurídica y capacidad de obrar, si bien podría estar afectada por la prohibición de contratar prevista en el art. 60.3 TRLCSP en la medida que por aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” se considere la creación de la citada mercantil como un medio o instrumento para conseguir un resultado prohibido por la ley, existiendo indicios que sustentarían su invocación, como la

coincidencia en las personas y en el objeto y domicilio social entre la cedente ASOCIACIÓN A y la cessionaria C.

Asimismo, deberá apreciarse razonada y justificadamente si la empresa cessionaria posee la solvencia necesaria para subrogarse en el contrato, pues de no tenerla la cesión no podría autorizarse al ser uno de los requisitos legalmente exigibles.”

El 14 de noviembre de 2014 el director general de Comercio y Desarrollo Económico “Madrid Emprende” formula propuesta denegatoria de la autorización solicitada. Fundamenta la denegación en que “*no se aprecia solvencia alguna a C.*” tanto por no haber aportado documentación alguna en este sentido como por el escaso tiempo transcurrido desde su constitución”. A lo dicho añade que se detecta una continuidad manifiesta entre la mercantil y la asociación concursada, por lo que entiende debe aplicarse la prevención del artículo 60.3 TRLCSP, cuando advierte que “*las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas*”.

Por Decreto de 18 de noviembre de 2014 de la delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública se deniega la autorización para la cesión solicitada.

11. El 21 de noviembre de 2014 la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid formula informe favorable a la resolución del contrato.

El 24 de noviembre de 2014 la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública propone elevar acuerdo de resolución del contrato, previo dictamen del Consejo Consultivo, con

devolución de la garantía definitiva constituida por importe de 2.404,5 euros.

El día 26 de noviembre de 2014 emite informe favorable a la resolución contractual la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid.

12. Consta en el expediente que el día 28 de noviembre de 2014, la delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública, acordó suspender el procedimiento por la solicitud de informe al Consejo Consultivo hasta la recepción del mismo. Consta en el expediente que la solicitud de dictamen tuvo entrada en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno en la citada fecha de 28 de noviembre de 2014. Este acuerdo fue notificado a la administradora concursal y a la Asociación A el día 2 de diciembre de 2014.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos*

establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

La solicitud de dictamen del coordinador general de la alcaldía, por delegación de la alcaldesa de Madrid por Decreto de 10 de mayo de 2013, se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- Como hemos señalado en los antecedentes de este dictamen, el contrato fue adjudicado el 28 de febrero de 1986, por lo que el régimen jurídico aplicable está constituido básicamente por la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril (en adelante LCE), el Reglamento General de Contratación del Estado (aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre) y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (en adelante RCCL).

Igualmente en materia de procedimiento debe acomodarse a las prevenciones del Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público así como al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas (en adelante RGLCAP).

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor

“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por otro lado, tomando en consideración la causa de resolución invocada por la Administración, que no es otra que la declaración del concurso de acreedores de la contratista, debe darse audiencia al administrador concursal, en su calidad de interesado, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista y al administrador concursal, si bien solo ha presentado alegaciones este último, habida cuenta que la contratista, al encontrarse en fase de liquidación, tiene suspendidas sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (artículo 145 de la Ley Concursal). El administrador concursal, mediante escrito presentado el 12 de septiembre de 2014, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. Del expediente examinado resulta que no se propone la incautación de la garantía y además que la misma fue constituida en

metálico, por lo que en esas circunstancias no resulta de aplicación lo expuesto anteriormente en cuanto a la preceptiva audiencia al avalista.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) (*“Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos, serán inmediatamente ejecutivos”*). No obstante, la disposición adicional octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), introducida por la Ley de Modernización del Gobierno Local, establece una serie de especialidades en las funciones correspondientes a los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional en los municipios de gran población - como es el de Madrid-. En lo que ahora interesa, el apartado e) dispone que *“las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponde al titular de la asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

En cumplimiento de la normativa citada, se han incorporado al procedimiento el informe de 21 de noviembre de 2014 de la Asesoría Jurídica así como el informe de 26 de noviembre de 2014 de la Intervención General. En relación con los mencionados informes, se observa que se han incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Ahora bien, en cuanto que no introducen ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa contratista, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina seguida en los dictámenes de este Consejo

Consultivo 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros.

Por lo que se refiere a la competencia para resolver el procedimiento, debe tenerse en cuenta que el contrato se adjudicó por el Pleno del Ayuntamiento, en virtud de acuerdo adoptado el 28 de febrero de 1986.

La competencia del Pleno para la celebración del contrato resulta del artículo 22.2 letra n) de la LBRL en su redacción originaria -dado que dicho apartado fue derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y sustituido por la Disposición Adicional 2^a.2 de la misma Ley-. En dicho precepto, se mencionaba como competencia del Pleno de la Corporación, en lo que aquí interesa, *“los contratos y concesiones plurianuales cuando su duración sea superior a cuatro años”*.

En este caso, el contrato fijaba una duración de la concesión de cincuenta años contados a partir de la fecha del contrato. Luego, es evidente que la competencia para celebrar el contrato que nos ocupa -al tener un plazo de duración superior a los cuatro años corresponde al Pleno. También será el Pleno el órgano competente para resolver acerca de todas las incidencias que surjan a lo largo de la vida del contrato (interpretación, modificación o extinción). En este sentido nuestros dictámenes 29/11, de 2 de febrero; 62/11, de 2 de marzo o 604/11, de 2 de noviembre.

En el mismo sentido podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 (recurso de casación nº 2595/2001) que declara:

«Partiendo del dato indiscutido por ambas partes que el contrato de concesión del servicio público de aparcamiento para residentes en el Parque de Santurtzi fue adjudicado por el Ayuntamiento en Pleno

el 26 Jul. 1990 y presentando el mismo un plazo de duración de 50 años, resulta de meridiana claridad la competencia exclusiva del Pleno del Ayuntamiento para acordar la declaración de caducidad del contrato adjudicado... Determinada la competencia del Pleno municipal para adjudicar la concesión que nos ocupa, es muy clara la previsión del artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 abr. en virtud de la cual “el órgano de la entidad local competente para contratar... podrá acordar su resolución...”

TERCERA.- Resta considerar la cuestión relativa al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato. Ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJ-PAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esta ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la Ley 30/1992, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

Por otro lado hemos señalado en otras ocasiones que el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 42.5 c) LRJ-PAC:

“5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición,

que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

En relación con la posible suspensión del procedimiento debe señalarse que la misma constituye una medida excepcional y por tanto ha de ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 26 de junio de 2008.

El tenor del artículo 42.5 c) es claro al exigir que para que opere la suspensión del procedimiento que la solicitud verse sobre “*informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución*”, requisitos que concurren en el dictamen de este órgano consultivo, y en segundo lugar, que tanto la petición del informe como su posterior recepción se comuniquen a los interesados. Este segundo requisito afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento, de modo como hemos venido señalando, haciendo eco de la jurisprudencia, que la falta de notificación del acuerdo de suspensión a los interesados redonda en la falta de eficacia interruptiva del mismo (así nuestro Dictamen 511/12, de 19 de septiembre, entre otros muchos).

Además, en cuanto al momento en que opera la suspensión, es doctrina de este Consejo Consultivo, que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen a este órgano consultivo. En este sentido nos hemos pronunciado en anteriores dictámenes, así por ejemplo en el Dictamen 115/13, de 3 abril o en el Dictamen 188/13, de 8 de mayo. En el Dictamen 556/13, de 20 de noviembre, consideramos razonable atender al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, ya que ello ofrece

mayores garantías de control por parte del interesado en una cuestión que afecta a sus intereses.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 1 de septiembre de 2014 mediante Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 18 de diciembre de 2014, transcurrido por tanto el plazo de tres meses que establece la LRJ-PAC. No obstante consta en el expediente que por Decreto de 28 de noviembre de 2014 se resolvió suspender el procedimiento por el tiempo que mediara entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo, y que en esa misma fecha la solicitud tuvo entrada en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, con lo que adquirió trascendencia externa al órgano solicitante, por lo que, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, podemos atender a esa fecha como de efectividad de la suspensión, que se habría producido antes del transcurso del plazo de tres meses que establece la LRJ-PAC. Debemos advertir que una vez que se reciba el dictamen de este Consejo Consultivo, lo que deberá ser comunicado a los interesados conforme a lo dispuesto en el artículo 42.5 c) LRJ-PAC, le restarán al Ayuntamiento dos días para resolver el expediente.

CUARTA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. El Ayuntamiento invoca como causa de resolución la declaración de concurso del concesionario, con la consiguiente apertura de la fase de liquidación, decretada el 7 de marzo de 2014, por el Juzgado de lo Mercantil nº 10, de Madrid.

Como hemos expuesto anteriormente, nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión administrativa, que se haya sometido a las prescripciones contenidas en la

LCE y en el RCE, así como en el RSCL y en la LBRL. Como ya dijimos en nuestro Dictamen 29/11, de 2 de febrero, en todo lo no previsto en esta normativa, cabrá la aplicación supletoria de la regulación contenida en la legislación contractual posteriormente aprobada, a propósito del contrato de gestión de servicios públicos.

La legislación de contratos de las Administraciones públicas ha venido considerando la insolvencia empresarial como causa de resolución de los contratos. En este sentido, el artículo 75.6 de la LCE contemplaba como causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos la quiebra o extinción de la persona jurídica gestora. Esta misma causa de resolución se ha mantenido en la legislación contractual posterior. En este sentido la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía como causa de resolución de los contratos “*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*”. Como es sabido, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, estableció un único procedimiento, el de concurso, para unificar los procedimientos de insolvencia y suprimió la dualidad de fases de la legislación anterior. Actualmente, el TRLCSP, establece en su artículo 223 b) como causa de resolución de los contratos “*la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*”, concretando el artículo 224.2 del mismo texto legal que “*la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento, y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato*” y añade en su apartado 5 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 prestará las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*”.

Dentro de las causas de resolución de los contratos, la ley distingue aquellas cuya aplicación es potestativa para la Administración en función de las circunstancias concurrentes, de aquellas otras que determinan siempre y de forma obligatoria la resolución contractual, como es, la citada declaración de concurso, con apertura de la fase de liquidación. Aún en el caso de que no se haya producido la apertura de la mencionada fase, como tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen 270/09, “*la mera declaración del concurso es causa potestativa de resolución del contrato cuando la administración lo juzgue conveniente. La posibilidad de que la Administración decida continuar el contrato exigiendo al contratista suficientes garantías es, simplemente, una opción que le otorga la Ley, pero no es, en absoluto, obligatorio para la Administración*”.

En este caso, no cabe duda de que concurre la causa de resolución invocada por la Administración consultante, dada la insolvencia definitiva de la empresa, en virtud de la declaración de concurso y la apertura de la fase de liquidación decretada por el Juzgado de lo Mercantil nº 10, de Madrid. A la citada resolución se opone el administrador concursal alegando, por un lado, la falta de competencia de la Administración para la resolución contractual y, por otro lado, la cesión del contrato a la empresa C.

Por lo que se refiere a la primera alegación, debe ser rechazada toda vez que el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que 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, lo cual supone la aplicación de la normativa de contratación pública, y la competencia administrativa en orden a la resolución contractual. En este sentido, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de junio de 2011, expresó lo siguiente:

“(...) corresponde a la referida Administración local la competencia para resolver los contratos administrativos, pues, conforme es doctrina reiterada de este Tribunal de Conflictos, expuesta en las sentencias de 25 de junio de 2007 (conflicto de jurisdicción 3/2007), y de 22 de junio de 2009 (conflicto de jurisdicción 7/2008), el principio de universalidad de la jurisdicción del Juez del Concurso, dirigido a asegurar la eficacia del procedimiento concursal, que se infiere de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748), 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”.

Por lo que atañe a la cesión del contrato alegada por el administrador concursal, cabe señalar que el citado artículo 67.1 de la Ley Concursal establece la aplicación a los contratos administrativos de su legislación especial y que el artículo 146 bis de la Ley Concursal (introducido por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal), invocado por el administrador concursal en orden a la posibilidad de la cesión contractual, concreta que *“la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*. No puede olvidarse en este punto que tal figura jurídica ha sido concebida tradicionalmente, como un negocio de disposición del contrato, que implica una novación subjetiva del mismo, de manera que un tercero (cesionario) se subroga en todos los derechos y obligaciones dimanantes del vínculo contractual. En el ámbito de la contratación administrativa, la selección del contratista adjudicatario está sometida a un procedimiento inspirado en los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, de ahí que la cesión del vínculo contractual se someta a ciertas cautelas con el objeto de evitar la conculcación de tales principios. Por ello la cesión del

contrato se somete a ciertos requisitos cuyo control se lleva a cabo mediante la autorización previa y expresa por parte del órgano de contratación. Como ha señalado el Tribunal Supremo *“la finalidad del acto administrativo que autoriza la cesión es garantizar el interés público en el cumplimiento del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo”* (Sentencia de 14 de octubre de 2005, recurso número 1125/2003).

De esta manera el artículo 226 del TRLCSP, como las normas precedentes (así artículo 58 de la LCE y por lo que atañe a la cesión del contrato de gestión de servicios públicos, artículo 81 de la LCE), exige, entre otros requisitos, que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. En este caso resulta del expediente examinado que el 29 de julio de 2014 la asociación concesionaria y la entidad C firmaron un contrato de transmisión y venta que incluía la concesión administrativa del Ayuntamiento de Madrid y que dicha transmisión fue elevada a pública el 2 de septiembre de 2014. Según figura en el expediente, no es hasta el 26 de septiembre de 2014 cuando se solicita del Ayuntamiento la autorización para la cesión, por lo que cabe concluir que no es posible que la cesión surta efectos frente a la Administración, toda vez que conforme prescribe la legislación reguladora de la contratación pública, la autorización previa y expresa constituye una condición esencial para que la cesión autorizada pueda operar válidamente. Es más, resulta del expediente examinado, que el Ayuntamiento, previo informe de la Asesoría Jurídica y del Director General de Comercio y Desarrollo Económico, ha denegado de manera razonable la autorización para la cesión solicitada toda vez que en virtud de lo expresado en los citados informes la empresa cesionaria no ha acreditado solvencia alguna (fue constituida un mes antes de la cesión) y además se aprecia, por razón de las personas que rigen a la empresa cesionaria, cuyo Consejo de Administración está integrado por las mismas personas que formaban la

Junta Directiva de la Asociación A, una continuación de la concesionaria, y por tanto estaría incursa en prohibición de contratar al amparo del artículo 60.3 TRLCSP.

Resulta por tanto que en este caso faltan los requisitos necesarios para que opere la cesión pues no existe autorización expresa y previa del órgano de contratación, sino al contrario denegación expresa a la novación contractual, además que no se ha acreditado que la cesionaria reúna los requisitos de solvencia técnica y económica (en el mismo sentido puede citarse la Sentencia de 15 de diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

Por consiguiente, entiende este Consejo Consultivo -de conformidad con los razonamientos que anteceden- que procede decretar por el órgano de contratación la resolución del vínculo contractual constituido por la insolvencia definitiva de la concesionaria.

QUINTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por la causa invocada por el Ayuntamiento, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En este punto el artículo 78 de la LCE dispone que “*Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados...*”. En el mismo sentido, el Pliego de Condiciones que rige esta contratación establece en su cláusula tercera, relativa a la reversión de la concesión, que el Ayuntamiento recuperará el inmueble y las instalaciones del Centro Comercial, libre de cargas y gravámenes, así como el uso del terreno ocupado por el Centro Comercial, cuyas instalaciones deberán encontrarse en perfecto estado de conservación.

Por otra parte, el artículo 165 del RGC establecía la incautación de la fianza definitiva constituida en el caso de que la quiebra fuera declarada como culpable o fraudulenta, calificación que corresponderá, en su caso, a la autoridad competente. Por ende, si la quiebra fuese declarada fortuita, procederá declarar resuelto el contrato con devolución de la fianza constituida por el contratista (en el mismo sentido el artículo 225.4 del TRLCSP señala que “*En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo 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*”). En el presente caso resulta del Auto de 19 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, de declaración del concurso de la Asociación A y del Decreto de 7 de marzo de 2014, del mismo juzgado, de apertura de la fase de liquidación, que el concurso no ha sido calificado como culpable, por lo que de acuerdo con la normativa precitada procedería la devolución de la fianza constituida por la concesionaria.

No obstante lo dicho, la procedencia de la devolución de la garantía conforme a lo expuesto, no impide que la Administración pueda resarcirse de los posibles daños y perjuicios causados. En este sentido el Dictamen 1736/2010, de 23 de septiembre, del Consejo de Estado:

“*El que deba en cualquier caso devolverse la fianza o garantía, tal y como impone el Real Decreto-ley, no obsta para que la Administración pueda y deba liquidar las obras realizadas (en este caso no parece haberlas) o incluso resarcirse, hipotéticamente, de los daños y perjuicios derivados de causas ajenas a la propia opción de la Administración de resolver el contrato con base en el mero hecho de la declaración del*

concurso. Pero ello, en cualquier caso, sería una consecuencia posterior que no autoriza en modo alguno a retener la garantía... ”.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

1^a.- El órgano competente para acordar la resolución del contrato es el Pleno del Ayuntamiento, de acuerdo con lo expuesto en la Consideración Jurídica Segunda.

2^a.- Concurre causa de resolución del contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión administrativa, adjudicado a la Asociación A, por la insolvencia definitiva de la concesionaria, en virtud de la declaración de concurso y la apertura de la fase de liquidación, por Auto de 19 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid y Decreto de 7 de marzo de 2014, del mismo juzgado.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 14 de enero de 2015