

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de -----, solicita un informe jurídico relativo a la forma de proceder ante varias cuestiones sobre la resolución contractual del contrato de concesión del servicio de residencia de mayores.

ANTECEDENTES

En su escrito de petición de informe dirigido a este Servicio de Asistencia y Asesoramiento a Entidades Locales el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de ----- expone:

“Este Ayuntamiento adjudicó mediante concesión la gestión indirecta del servicio Residencia de Mayores, realizándose dicha adjudicación estando en vigor el RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Después de 15 años de gestión indirecta del citado servicio, la empresa adjudicataria ha presentado un escrito solicitando la resolución del contrato por imposibilidad de ejecución del mismo.

Las causas de dicha imposibilidad las basan en embargos procedentes de la AEAT, Seguridad Social y Juzgado de lo Social por deudas que tienen con los citados organismos derivados de la gestión de otra Residencia en otro municipio, además del agravante del incremento actual del IPC.

Como consecuencia de dichos embargos, los citados organismos, al resultar infructuosos los embargos a la empresa y al otro Ayuntamiento del municipio en que tienen adjudicada la gestión del servicio, dirigieron los embargos hacia nuestro Ayuntamiento por los créditos que la empresa tuviera pendientes, reteniendo y pagando este Ayuntamiento los citados embargos hasta el límite de la facturación que mensualmente presenta la empresa por la prestación del servicio.

Ante la presentación de dicha solicitud de resolución, el Ayuntamiento ha procedido a informar de la misma a los organismos que han dictado las órdenes de embargo, al considerarlo procedente.

La resolución del citado contrato debe regirse por las causas de resolución establecidas en el RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que los efectos y extinción del mismo se rigen por la citada Ley. Concretamente, el artículo 111 g) de la misma establece como causa de resolución "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales". Hay que señalar, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de remitía a las causas de resolución establecidas en la Ley.

Se hace constar que no se ha considerado procedente la aplicación de las figuras de la asunción temporal, el secuestro o la intervención de la concesión debido a que no se trata de una causa temporal sino que como hace constar la empresa es definitiva pues no podrán volver a asumir la gestión del servicio.

Hemos entendido, que se aplicaría el citado artículo 111 g, ya que en definitiva es una renuncia al servicio y que esta renuncia la ha entendido la doctrina y así , entre otras, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 27/1999, de 30 de junio, al considerar que "aunque no exista precepto expreso que configure la renuncia del contratista como causa de resolución debe entenderse que ello es debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato"

Durante el período transitorio de asunción directa hasta la nueva adjudicación este Ayuntamiento se subrogará en los contratos del personal en las condiciones que actualmente tienen, teniendo en cuenta que el convenio colectivo que rige al citado personal establece expresamente la citada subrogación.

Las cuestiones planteadas son las siguientes:

1ª) ¿Es correcto considerar causa de resolución del contrato lo dispuesto en el artículo 111 g) del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al entender que se trata de una renuncia expresa por imposibilidad de cumplimiento?

2ª) ¿Debe subrogarse el Ayuntamiento en los contratos del personal que actualmente está contratado por la empresa adjudicataria en las condiciones que establece el convenio colectivo de aplicación hasta la adjudicación de un nuevo contrato?

3ª) ¿Es correcto haber puesto en conocimiento de los organismos que han dictado las órdenes de embargo la solicitud de resolución y, en su caso, el acto administrativo por el que el órgano de contratación resuelva dicha solicitud, teniendo en cuenta que la resolución es un procedimiento que se deberá dirimir de conformidad con lo dispuesto en la normativa contractual y que dichos embargos no deben condicionar el acuerdo que se adopte?

4ª) Y, en consonancia con lo anterior, ¿el Ayuntamiento tendrá algún tipo de responsabilidad respecto de las deudas de la empresa, teniendo en cuenta que dichas deudas traen su causa del personal afecto a la Residencia que gestionan en otro municipio? ”.

CONSIDERACIÓN PREVIA

ÚNICA.- Respecto al régimen jurídico aplicable al presente supuesto, es determinante la fecha de adjudicación del contrato que, según figura explicitado en la solicitud del Ayuntamiento, se acordó “*estando en vigor el RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”.

De acuerdo con la disposición transitoria primera de la vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, apartado 2: “*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la*



entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Esta normativa anterior no es otra que el 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, cuya disposición transitoria primera, apartado segundo, se remite, en cuanto al régimen aplicable a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor del Texto Refundido, a la normativa anterior. Ésta es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que, de forma idéntica a las anteriores, se remite a la normativa anterior respecto de los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor.

De este modo, y considerando la fecha de adjudicación del contrato, la sucesiva remisión a la normativa anterior conduce a señalar como régimen regulador de las cuestiones objeto del presente informe al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), como acertadamente señala el ayuntamiento en su solicitud.

El desarrollo de la ley se encuentra en 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 Públicas (en adelante RGLCAP), que debe asimismo observarse, particularmente en lo referente al expediente a tramitar.

Al tratarse de un servicio público, serán también de aplicación las previsiones al respecto del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL) y habrá de atenderse al régimen del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL).

Asimismo, deben tenerse en cuenta tanto el contrato como los pliegos, auténtica “*lex contractus*”, tal y como viene afirmando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, en las STS de 21-I-1994, de 29-IV-2009 o en la de 27-V-2009), en aplicación del



artículo 49.5 del TRLCAP, que dispone que *“los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos”*.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA: Respecto al incumplimiento como causa de extinción del contrato de gestión de servicios públicos, el Tribunal Supremo ha declarado (Sentencia de 25 de septiembre de 1987) que no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato, en términos análogos a los establecidos en la contratación civil.

Asimismo, citando, entre otros, el Informe 27/99, de 30 de junio de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puede afirmarse de acuerdo con la consideración jurídica segunda del mismo:

“Es cierto, como se consigna en el escrito de consulta, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se refiere a la renuncia del contratista, a diferencia del desistimiento de la Administración, como causa de resolución, ni en el artículo 111, aplicable a los contratos en general, ni en el artículo 150, específico del contrato de obras, por lo que la cuestión primera que se plantea debe quedar centrada en determinar si la renuncia del contratista puede encajarse en el citado artículo 111 y en su apartado g) en cuanto considera causa de resolución el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales.

A juicio de esta Junta Consultiva los términos en que aparece redactado el escrito de renuncia del adjudicatario no dejan duda de su intención de no ejecutar las obras, por imposibilidad de acometerlas se dice expresamente, por lo que aunque no exista precepto expreso que configure la renuncia del contratista como causa de resolución debe entenderse que ello es debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que con carácter principal figura la de ejecutar las obras objeto del contrato adjudicado.”



Asimismo, el Dictamen 4/2009, de 17 de febrero de 2009, de la Comisión Jurídica Asesora de Aragón, determina en su Fundamento de Derecho Segundo:

“La Comisión Jurídica Asesora ha de pronunciarse acerca de la propuesta de resolución del contrato administrativo a que se constriñe el presente dictamen, a la vista del expediente remitido, que permite constatar que el Ayuntamiento de Teruel pretende la resolución del contrato administrativo para la prestación del servicio para la gestión del vertedero de residuos sólidos procedentes de la construcción y demolición de la ciudad, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del contratista.

La cuestión planteada, consistente en la admisibilidad de la causa de resolución invocada (al amparo del art. 111-g) ha de estudiarse y decidirse a la luz del régimen jurídico vigente, contenido, dada la fecha de adjudicación del contrato, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) así como del contenido del correspondiente Pliego.

Determinado así el régimen jurídico aplicable, debe examinarse la procedencia o no de la causa de resolución contractual amparada en el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales por parte del contratista, causa que encuentra su amparo normativo, como ya se ha anticipado, en el art. 111, apartado g), a cuyo tenor es causa de resolución del contrato "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales" (distintas al incumplimiento del plazo y a la falta de pago).

Corresponde al órgano de contratación, al tratarse de un contrato de prestación de servicios, la determinación, según el art. 213 TRLCAP, de si la prestación realizada por el contratista se ajusta o no a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, con el correlato de requerir, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados, y así lo hizo en el presente supuesto, dando posibilidad para alegar lo que le conviniera en relación con las deficiencias observadas, sin que se presentara alegación alguna ni se subsanara ninguna deficiencia.



Ello dio lugar a la incoación de procedimiento para la resolución del contrato, y fue en ese marco temporal, tras presentar la contratista su escrito de alegaciones, cuando procedió a la puesta a disposición de la maquinaria necesaria y a fijar plazos concretos para la realización de otras prestaciones contractuales.

Pues bien, el análisis de los antecedentes documentados pone de manifiesto la existencia de un incumplimiento de obligaciones que no pueden dejar de calificarse como esenciales, sin que hasta que se haya puesto en marcha la maquinaria para resolver el contrato haya tenido virtualidad ninguna acción positiva de la empresa para ajustar su prestación a los requerimientos de la oferta que presentó y del propio contenido del contrato, de lo que se deduce que existe causa suficiente para la resolución del contrato. Y esta conclusión no pierde valor alguno si se contrapone con las alegaciones formuladas por la empresa contratista, ya que, sin perjuicio de ofrecer explicaciones sobre los motivos de su incumplimiento, centradas en el proceso de reestructuración del grupo empresarial al que pertenece la sociedad adjudicataria, viene a reconocer paladinamente que hasta ese momento ni siquiera había puesto a disposición del vertedero, con carácter de permanencia, la maquinaria comprometida. En definitiva, las alegaciones presentadas carecen de fuerza suficiente para desvirtuar el dato básico y concluyente del incumplimiento contractual.

En consecuencia de lo expuesto, considera la Comisión, a la vista de los antecedentes examinados, que ha existido un incumplimiento contractual imputable al contratista, incardinable en los incumplimientos contractuales a que se refieren el apartado g) del art. 111 TRLCAP, sin que de las actuaciones incorporadas al expediente se deriva la existencia de una conducta de la Administración a la que pudiera anudarse, por vía de imputación, la responsabilidad de la situación originada.”

Así las cosas, según se indica en la propia solicitud de informe, sobre la concesionaria recaen diversos embargos “*procedentes de la AEAT, la Seguridad Social, así como el Juzgado de lo Social por deudas que tiene con los citados organismos derivados de la gestión de otra residencia en otro municipio...*” y esos problemas económicos, de liquidez, son los que, presumiblemente,

llevarían a la concesionaria a no cumplir sus obligaciones contempladas en el contrato administrativo suscrito, así como en los pliegos.

En consecuencia, los que suscriben coinciden con el planteamiento de la solicitud de informe consistente en entender que existe causa de resolución del contrato, de conformidad con la norma aplicable al mismo, esto es, el artículo 111 g) del RDL 2/200, al tratarse de una renuncia expresa por imposibilidad de cumplimiento.

Eso sí, bien entendido que en la tramitación del oportuno expediente de resolución contractual el Ayuntamiento ha de seguir el procedimiento indicado en los artículos 109 a 112 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos, en el sentido de dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, así como al avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía, siendo preciso contar con Dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De manera que si existiera oposición del contratista a la resolución contractual, hasta tanto recaiga dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura, el Ayuntamiento, en puridad, lo que lleva a cabo es una propuesta de resolución del contrato, que sólo se verá refrendada en función del contenido favorable si tal es el contenido de dicho dictamen.

SEGUNDA: En relación a la segunda cuestión planteada, en función de lo establecido, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2018, y la de 27 de septiembre del mismo año, que diferencian entre subrogación convencional y sucesión de empresa, en el presente caso opera la denominada subrogación convencional, en virtud de la cual, por imperativo convencional, dada la existencia de un convenio colectivo aplicable al sector de trabajadores de residencias de mayores, el Ayuntamiento asume a los trabajadores del empresario saliente en las condiciones previstas en el convenio aplicable, hasta tanto se adjudique el nuevo contrato.

TERCERA: Conviene tener presente que, iniciado el expediente de resolución del contrato administrativo de concesión de servicios, si el contratista se opone, es preciso obtener el



pronunciamiento de la Comisión Jurídica de Extremadura, y hasta tanto se alcance el dictamen de la misma, el Ayuntamiento realiza una propuesta de resolución del contrato administrativo.

Hecha esta salvedad, los que suscriben entienden que el Ayuntamiento ha obrado conforme a derecho, poniendo en conocimiento de los organismos que dictaron las órdenes de embargo a la concesionaria, que se ha iniciado el expediente de resolución contractual, es más, como se indica en la solicitud de informe, al resultar infructuosos los embargos a la empresa dictados por la AEAT y la Seguridad Social, la aplicación de la normativa de recaudación conlleva que esos organismos, al detectar la situación financiera de la empresa, ya se hayan dirigido al Ayuntamiento, a fin de que éste retenga y pague dichos embargos “hasta el límite de la facturación que mensualmente presenta la empresa por la prestación del servicio”, como expresamente dice la solicitud de informe.

CUARTA: Finalmente, al operar la subrogación convencional de los trabajadores, habrá de estarse al artículo 42.2 del RDLeg. 1/1995, de 24 marzo, que aprueba el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -ET-, que dice:

"El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata".

Asimismo, el artículo 127.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -TRLGSS- dice expresamente:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente"



En este sentido, la Sentencia del TS de 23 de septiembre de 2008 establece lo siguiente:

"Estos preceptos legales (los arts. 42.2 ET y 127.1 LGSS) establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción "sin perjuicio" que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET: si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la "propia actividad" de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS, y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista "fuese declarado insolvente".

Al respecto, la Jurisprudencia -por todas, la Sentencia del TS de 3 de octubre de 2008-, ha sostenido reiteradamente que no hay *"obstáculo alguno para aplicar el art. 42 del ET a cualquier contratación efectuada por empresas públicas"* y esa aplicación *"depende de si se considera o no la actividad contratada o externalizada como parte esencial o no de la actividad de la empresa principal o comitente"*.

En consecuencia, la responsabilidad del Ayuntamiento se circunscribirá a las posibles deudas de la empresa en el ámbito de la seguridad social de los trabajadores, a la vista de la normativa (ET) y los pronunciamientos judiciales indicados, pero no se extenderá a las deudas de la empresa con los proveedores, dado que esas deudas le siguen correspondiendo a la concesionaria, y el Ayuntamiento no se subroga en ellas.

Por ello, en aplicación del derecho mercantil (entre otras normas, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) la deudora con los proveedores por la facturación correspondiente al periodo anterior a que el Ayuntamiento asuma

el servicio de forma directa, seguirá siendo la empresa concesionaria, debiendo el Ayuntamiento afrontar el pago a proveedores a partir del momento en que se haga cargo del servicio.

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y consideraciones jurídicas, los que suscriben elevan las siguientes,

CONCLUSIONES

PRIMERA: Pese a no existir precepto expreso que configure la renuncia del contratista como causa de resolución de un contrato administrativo, debe entenderse que ello es debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, de manera que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 111 g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA: En virtud de la denominada subrogación convencional, y tal y como tiene establecido la jurisprudencia social del Tribunal Supremo, al hacerse cargo del servicio de forma directa, el Ayuntamiento, por imperativo convencional, asume a los trabajadores del empresario saliente en las condiciones y con el régimen jurídico previsto en el convenio aplicable

TERCERA: Entendemos que es ajustada a derecho la actuación del Ayuntamiento poniendo en conocimiento de los organismos emisores una serie de embargos a la concesionaria, que se ha iniciado la tramitación de un expediente de resolución del contrato administrativo, que, como se ha indicado, en el caso de que exista oposición del contratista, requerirá pronunciamiento de la Comisión Jurídica de Extremadura, a través del oportuno dictamen, y sólo en el momento, y para el supuesto de que dicho dictamen fuera favorable, podrá concluirse dicho procedimiento de resolución contractual.

CUARTA: La responsabilidad del Ayuntamiento se podrá extender, en su caso, a cantidades adeudadas por la empresa a la Seguridad Social, como consecuencia de la aplicación de la



subrogación convencional de los trabajadores, mientras que la responsabilidad por las deudas contraídas con anterioridad por la empresa frente a los proveedores, le corresponderá atenderlas a ella, dado que la subrogación opera únicamente en relación con los trabajadores del servicio, si bien, a partir del momento en que el Ayuntamiento se haga cargo del servicio, éste deberá atender dichos gastos.