



CONSEJO DE ESTADO

Nº:726/2016/289/2016

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 22 de septiembre de 2016, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a la extinción del contrato de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del Ayuntamiento de Liérganes, remitido por V. E. el 5 de agosto de 2016.

De los antecedentes remitidos resulta:

Primero.- El 14 de junio de 2006, el Pleno del Ayuntamiento de Liérganes aprobó el pliego de bases que regiría la contratación, en la modalidad de concesión, de la explotación del servicio de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio. De las bases destacan las que siguen:

1.1.- El Ayuntamiento de LIÉRGANES convoca concurso para contratar la gestión integral del Servicio Municipal de Abastecimiento de Agua y Saneamiento de su término municipal, en la modalidad definida en el apartado b) del artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.



CONSEJO DE ESTADO

(...)

1.5.- El concesionario se encargará del cobro de la basura (sic) a sus abonados y realizará una transferencia al Ayuntamiento de la recaudación trimestralmente
(...)

7.1.- El ámbito temporal o duración de la concesión se fija en el plazo máximo legal de (25) VEINTICINCO años.

(...)

42.1.- Las infracciones que pueda cometer el concesionario del servicio se clasificarán en leves, graves y muy graves

(...)

C.- Se considerarán infracciones muy graves:

- La cesión o subarriendo del contrato a terceros sin cumplirse los requisitos prevenidos por el artículo [sic] 114 y 115 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

(...)

42.2.- Las infracciones cometidas por el concesionario se sancionarán como sigue:

(...)

- Las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa cuya cuantía será de hasta TRES MIL CINCO EUROS (3.005,00 €).

(...)

Qu



CONSEJO DE ESTADO

BASE 43ª.- INTERVENCIÓN DEL SERVICIO

Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente haya irrogado.

(...)

BASE 45ª.- EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN

*1.- Son causas de extinción de la concesión las siguientes:
Resolución por incumplimiento del concesionario (...).*

Declaración de quiebra, concurso de acreedores o declaración de insolvente fallido en cualquier procedimiento o haber iniciado expediente de suspensión de pagos o presentado solicitud judicial de quiebra o concurso de acreedores de la persona jurídica.

Extinción de la persona jurídica gestora o muerte del empresario individual

(...)

3.- Los efectos de la extinción del contrato serán los previstos en el presente Pliego de Cláusulas y Legislación básica de Contratos del Estado, Texto Refundido de la Ley de Contratos, así como en la demás normativa concordante o complementaria que, directa o supletoriamente, resulte de aplicación.

Segundo.- El Pleno del Ayuntamiento de Liérganes, en su sesión de 15 de mayo de 2007, acordó adjudicar el contrato a la empresa "Emilio Bolado, S. L.", en las condiciones ofertadas.



CONSEJO DE ESTADO

Tercero.- El 20 de junio de 2007 se formalizó el contrato en documento administrativo. En la cláusula cuarta se establecía que la adjudicataria depositaba una garantía definitiva por importe de 45.000 euros mediante un aval bancario del Banco Santander Central Hispano, S. A.

Cuarto.- El 12 de septiembre de 2012, el Pleno del Ayuntamiento acordó denegar la conformidad a la escisión parcial realizada por la empresa "Emilio Bolado, S. L.", concesionaria del servicio de abastecimiento de agua, hasta que no acreditase estos extremos:

- a) *Acreditación de estar al corriente en el pago de las deudas pendientes que mantiene con este Ayuntamiento.*
- b) *Presentación en este Ayuntamiento de todos los documentos que la empresa "Emilio Bolado, S. L.", ha puesto en conocimiento del juzgado competente, en cumplimiento (...) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (...).*
- c) *Acreditación del estado actual de las negociaciones llevadas a cabo para alcanzar un acuerdo de refinanciación (...).*
- d) *Aportación al Ayuntamiento de todos los escritos de las personas (...) que (...) se han opuesto a la escisión parcial de la empresa "Emilio Bolado, S. L."*
- e) *Aportación al Ayuntamiento de los certificados de valoraciones de los medios materiales incluidos en la sociedad de nueva creación, Servibol.*

En la parte expositiva del acuerdo se relataba que el 26 de junio de 2012 la contratista había comunicado al Ayuntamiento que había procedido a su escisión parcial mediante la constitución de una sociedad de nueva creación denominada "Servibol Cantabria Servicios Generales, Sociedad Limitada Unipersonal", al tiempo que solicitaba que el Ayuntamiento prestara su conformidad y reconociese a la nueva empresa como sucesora en el contrato de concesión. Se indicaba que a través de los medios de comunicación se había tenido noticia de que la compañía "Emilio Bolado, S. L.", se había acogido al llamado "preconcurso de acreedores", con lo que la escisión podría tener por

Q



CONSEJO DE ESTADO

objeto evitar la resolución del contrato en caso de insolvencia de la concesionaria.

Quinto.- Previa instrucción de un expediente administrativo, el Pleno del Ayuntamiento de Liérganes, en su sesión de 17 de junio de 2013, acordó resolver el contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio suscrito con "Emilio Bolado, S. L.", como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso de la citada sociedad, declarada mediante Auto de 13 de febrero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander, y retener la garantía definitiva. Se expresaba que por Auto del mismo Juzgado de 22 de noviembre de 2012 se había declarado el concurso voluntario de la compañía y que ni esta ni el Banco de Santander habían formulado oposición, aunque sí lo había hecho "Servibol", sociedad ajena al contrato.

Sexto.- El acuerdo de denegación de la conformidad a la escisión parcial fue objeto de recurso contencioso-administrativo, que fue estimado en parte por Sentencia de 20 de junio de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santander. La sentencia entendía que si el Ayuntamiento consideraba que la sociedad escindida no reunía las condiciones de solvencia necesaria, lo procedente habría sido resolver el contrato, no denegar la conformidad, con lo que anulaba el acto impugnado. La estimación del recurso era parcial, pues no accedía a declarar el derecho de la parte actora de subrogarse en el contrato, dado que no se había acreditado su solvencia y además era una participada de una sociedad en fase de liquidación, en el marco de un concurso de acreedores.

Séptimo.- El acuerdo de resolución del contrato también fue objeto de recurso contencioso-administrativo, que fue estimado en parte por Sentencia de 23 de junio de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander. El fallo anulaba el acto combatido y condenaba al Ayuntamiento a reponer a "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L.", en sus derechos como contratista. La sentencia consideraba que la contratista no era "Emilio Bolado, S. L.", sino la actora, la citada "Servibol Cantabria Servicios Generales,



CONSEJO DE ESTADO

S. L.", que no estaba en concurso de acreedores al resolverse el contrato. Entendía la sentencia que la escisión producía sus efectos sin necesidad de actuación municipal, aunque quedaba a salvo el control de la solvencia mediante una eventual resolución del contrato por falta de solvencia. Mencionaba que no se discutía la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado en caso de oposición ni su carácter esencial.

Octavo.- Recurrida en apelación la primera sentencia, anulatoria de la no conformidad con la escisión, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia el 21 de enero de 2015. Estimaba el recurso de la demandante y declaraba el derecho de "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L.", a quedar subrogada en el contrato administrativo de concesión del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento a la fecha del acuerdo recurrido, 12 de septiembre de 2012. Entendía que al contrato le era de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por razón de la fecha de adjudicación.

Noveno.- Recurrida en apelación la segunda sentencia, anulatoria del acuerdo de resolución del contrato, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia el 16 de febrero de 2015, en la que desestimaba el recurso.

Décimo.- El 21 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Liérganes un escrito, en el que el administrador concursal de "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", pedía que se refrendase la cesión del contrato llevada a cabo mediante escritura pública a favor de "Oxital España, S. L.".

Entre otros documentos, adjuntaba una copia de la escritura pública de cesión de 12 de mayo de 2015. En ella figuraba que la cedente había sido declarada en concurso mediante Auto de 4 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander y que mediante otro auto del mismo Juzgado de 25 de junio de 2014 la sociedad había sido disuelta y se había abierto la fase de liquidación, con cese de los administradores, que



CONSEJO DE ESTADO

habían sido sustituidos por la administración concursal. Las partes exponían que la cedente al día de la fecha no contaba con trabajadores adscritos al contrato. El precio de la cesión era 20.000 euros, pagadero mediante un cheque que quedaba en poder del notario autorizante de la escritura hasta que la cedente acreditase que el Ayuntamiento de Liérganes había autorizado expresamente la cesión, previéndose que en caso contrario se devolvería el cheque a la cesionaria, "quedando sin efecto el presente contrato". Las estipulaciones sexta y séptima tenían esta redacción:

Sexta.- El presente contrato queda sujeto a la condición suspensiva expresa de la obtención de la autorización a prestar por el Ayuntamiento de Liérganes respecto de la cesión que se pacta en esta escritura.

Séptima.- Transcurrido un año desde el día de hoy sin que el Ayuntamiento haya autorizado la presente cesión, este contrato quedará sin efecto alguno, y el Notario podrá hacer entrega del cheque depositado a OXITAL ESPAÑA, S. L.

Undécimo.- "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L.", promovió un recurso contencioso-administrativo contra el silencio del Ayuntamiento de Liérganes frente a su petición de 6 de mayo de 2013 de abono de una subvención compensatoria prevista en el contrato, que fue resuelto mediante Sentencia de 18 de junio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, que tenía este fallo:

SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda presentada (...) en nombre y representación de la entidad SERVIBOL CANTABRIA SERVICIOS GENERALES SL contra la resolución del Ayuntamiento de Liérganes que desestima por silencio la solicitud (...), SE ANULA la misma, SE DECLARA el derecho de la actora a percibir en concepto de subvención de las bases 34ª y 37ª del pliego de prescripciones administrativas particulares del contrato administrativo (...) la cantidad de 32.769,4 euros y SE CONDENA al Ayuntamiento demandado a abonar a la actora la cantidad de 32.769,4 euros ...

9



CONSEJO DE ESTADO

Duodécimo.- El Pleno del Ayuntamiento de Liérganes, en su sesión de 29 de julio de 2015, acordó denegar la solicitud de cesión, pues "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U." no tenía la condición de titular del contrato, al haber sido disuelta y estar en fase de liquidación, ni había llevado a cabo la explotación del contrato durante al menos una quinta parte de los veinticinco años, pues el servicio se venía prestando directamente por el Ayuntamiento de modo ininterrumpido desde agosto de 2013.

Decimotercero.- Promovida la ejecución forzosa de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander de 23 de junio de 2014, que anulaba la resolución del contrato y condenaba al Ayuntamiento a reponer a "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L.", en sus derechos como contratista, el mismo Juzgado dictó un Auto el 30 de octubre de 2015. El auto exponía que esa sentencia, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, había sido declarada firme el 16 de marzo de 2015. En su parte dispositiva acordaba:

SE DESESTIMA la causa de imposibilidad legal y material de ejecución del fallo planteada por el ejecutado.

SE DECLARA no ejecutada la Sentencia de este Juzgado (...) y SE ACUERDA ORDEN GENERAL DE EJECUCIÓN y el despacho de ejecución: A favor de la entidad SERVIBOL CANTABRIA SERVICIOS GENERALES, S. L., en liquidación, como parte ejecutante, contra el Ayuntamiento de Liérganes.

SE ACUERDAN las siguientes medidas:

Requírase al Alcalde personalmente para el cumplimiento del fallo y para que informe al Juzgado de las actuaciones que se van desarrollando en la ejecución, bajo apercibimiento de imponer multas deducir testimonio por desobediencia.



CONSEJO DE ESTADO

SE DESESTIMA la pretensión de anulación de la Resolución del Ayuntamiento de Liérganes de fecha 29-7-2015.

En el fundamento jurídico séptimo se contenía este texto:

Evidentemente el fallo que ahora se ejecuta no prejuzga el devenir contractual futuro, ni las posibilidades de resolución por causas y hechos distintos de los ya juzgados, ni lo que debe decidirse sobre futuras cesiones. Por ello, la simple denegación de una cesión no contraviene sin más el fallo conforme a los arts. 103.4 y 5 LJ. Sin embargo, no son correctos sus motivos pues no es cierto y ello sí contraviene el fallo, que SERVIBOL no sea el contratista al tiempo de la cesión, en mayo, pues sí lo era y es ahora, al imponer el fallo y no existir ningún acto que resuelva el contrato. Si conforme al art. 112 TRLCAP se produce una causa de resolución, la Administración, previo el oportuno expediente, habrá de resolverlo así, pero no puede usando otro acto, referido a la cesión, para declarar lo contrario a lo dicho en el fallo. Así, SERVIBOL era el contratista al tiempo de la cesión y desde luego sí ha recurrido la gestión directa por el Ayuntamiento, pues es precisamente esa gestión en contra de su posición de contratista lo que ha generado el fallo que hoy se trata de ejecutar.

En el fundamento jurídico octavo, entre otros extremos, se decía:

En cuanto a la imposibilidad material, no es tal, pues si bien no cabe ninguna duda que el ejecutante no prestará el servicio, es indudable que mantiene su personalidad jurídica y que ha cedido el contrato a un tercero. El Ayuntamiento rechaza esa cesión, si bien, como se ha dicho que no es posible hacerlo por no ser SERVIBOL contratista o consentir la ejecución directa, pues ello es contrario al fallo. El resto de cuestiones, incluido el régimen legal aplicable, es algo relativo a la legalidad de acto que en sí no se opone al contenido del fallo.

Ahora bien, desde la perspectiva concursal, es decir, las facultades de una entidad en fase de liquidación de ceder un contrato



CONSEJO DE ESTADO

administrativo, el Juez del concurso, con jurisdicción y potestad excluyente y exclusiva en materia concursal (art. 8 LC), ha entendido posible esa actuación y la ha autorizado.

No cabe duda, por ello, que, sin perjuicio del acto dictado por el Ayuntamiento, la ejecución del fallo, reponiendo al contratista en un contrato en vigor, no es imposible (...).

Finalmente, el Ayuntamiento señala que ni siquiera puede ceder el contrato, dada su situación de liquidación y el régimen aplicable al contrato (...). Bien, esta cuestión, como se dirá, es ajena a la presente ejecución y se refiere exclusivamente a la legalidad del acto que deniega la cesión del contrato, objeto de otro pleito (...).

Ya se ha dicho que el denegar una nueva cesión, por sí no es un acto que infrinja el fallo ni impida o eluda su cumplimiento. Eso sí, siempre que no implique negar la condición de contratista y la reposición que se ordena. El acto no resuelve sobre la vigencia del contrato ni sobre la condición de contratista, aunque sí prejuzga equivocadamente sobre tal extremo. Pero la decisión también se funda en otras consideraciones como el régimen legal aplicable a las facultades de cesión de la entidad concursada o el cumplimiento del requisito de prestación de servicios, que nada tienen que ver con esa posición.

En definitiva, no procede anular aquí esa resolución que será objeto de enjuiciamiento en otro pleito, desde la perspectiva, no de la ejecución forzosa, que ya se ha resuelto aquí, sino de la legalidad del acto ...

Decimocuarto.- El Alcalde de Liérganes, el 20 de noviembre de 2015 y a la vista del auto anterior, acordó dar cumplimiento a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander y ordenar la reposición de "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L., en liquidación", en la posición de contratista, "sin perjuicio de que, si conforme a los artículos 111 y 112 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones



CONSEJO DE ESTADO

Públicas, se produce una causa de resolución del contrato, la Administración, previo el oportuno expediente, habrá de resolverlo así”.

Decimoquinto.- El 1 de diciembre de 2015, el administrador concursal de “Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U. en liquidación”, formuló recurso de reposición contra la resolución anterior, en el que solicitaba que se dejase sin efecto la reposición de la sociedad en la posición de contratista hasta tanto se pronunciase la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de la eficacia o ineficacia de la cesión del contrato verificada a favor de “Oxital España, S. L.”.

Decimosexto.- El 11 de diciembre de 2015, un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, responsable técnico del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Liérganes en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2015, informó que “Servibol” no había realizado actuación material alguna para hacerse cargo del servicio, pese a la resolución de la Alcaldía, ni se había recibido ninguna comunicación sobre la forma en que la mercantil estaba dispuesta a asumir el servicio, con lo que se constataba que no existía intención o voluntad real de hacerse cargo de la prestación del servicio.

Decimoséptimo.- El Pleno del Ayuntamiento, en su sesión de 18 de diciembre de 2015, acordó el inicio de un procedimiento de resolución del contrato, de acuerdo con los artículos 111.g) y 112.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que “Servibol” se encontraba disuelta y en liquidación por Auto de 25 de junio de 2014 y que mediante Auto de 18 de mayo de 2015 se había aprobado ya su plan de liquidación, con audiencia a las interesadas y notificación a “Oxital”. Acordaba como medida cautelar la suspensión temporal del contrato. Hacía referencia también a la causa de extinción prevista en el pliego.

Decimoctavo.- En relación con el acuerdo anterior se recibieron dos escritos de alegaciones:



CONSEJO DE ESTADO

a) D. Manuel Huerta Terán en representación de "Oxital España, S. L.", entendía que el acto adolecía de desviación de poder, pues trataba de recuperar a toda costa la prestación del servicio y de impedir que su representada pudiera alcanzar la condición de contratista, sin tener en cuenta el artículo 371.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ni el artículo 146 *bis* de la Ley Concursal, que remitía al artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Consideraba que no procedía tramitar expediente alguno de resolución, sino continuar con la prestación del servicio por el Ayuntamiento en tanto la jurisdicción contencioso-administrativa se pronunciara sobre la cesión del contrato. Manifestaba por ello no oponerse a la suspensión cautelar del contrato.

b) El administrador concursal de "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", expresaba que la autorización de la cesión del contrato era reglada y que concurría mala fe y abuso de derecho por parte del Ayuntamiento.

Decimonoveno.- El Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Liérganes emitió un informe el 11 de marzo de 2016 en el que consideraba que era de aplicación el artículo 111.b) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la cláusula 45ª del pliego. El mismo día el Alcalde acordó solicitar dictamen al Consejo de Estado, por conducto de la Comunidad Autónoma, y ordenar la suspensión de la tramitación hasta que se recibiera.

Vigésimo.- El 4 de mayo de 2016, el Presidente del Consejo de Estado solicitó que el expediente se completara con estos documentos:

1.- Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander, dictado al parecer el 4 de diciembre de 2013 en el procedimiento concursal ordinario número 480/2013, relativo a "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", que declaró a esta sociedad en concurso de acreedores.



CONSEJO DE ESTADO

2.- *Auto del mismo Juzgado, en el mismo procedimiento, al parecer de 25 de junio de 2014, que disolvió la sociedad y abrió la fase de liquidación.*

3.- *Declaración de caducidad del presente procedimiento de resolución de contrato, e inicio, en su caso, de un nuevo procedimiento, con repetición del trámite de audiencia. Es de notar que la suspensión del plazo por consulta al Consejo de Estado no pudo llegar a tener eficacia, pues cuando el 31 de marzo de 2016 se solicitó el dictamen ya había expirado el plazo de tres meses fijado en la jurisprudencia para resolver y notificar estos procedimientos incoados de oficio.*

En caso de que se inste un nuevo procedimiento y en el ínterin se notifiquen al Ayuntamiento nuevas resoluciones judiciales, habrán de ser incorporadas también al expediente.

Vigésimo primero.- El Alcalde de Liérganes acordó el 10 de junio de 2016 declarar la caducidad del procedimiento de resolución y reiniciar el expediente, al que se incorporarían los documentos solicitados por el Consejo de Estado, con audiencia a la sociedad contratista y demás interesados. Este acuerdo se notificó al administrador concursal de "Servibol", a "Oxital España, S. L.", y al Banco de Santander.

Vigésimo segundo.- A las actuaciones se incorporaron, entre otros, los siguientes documentos:

a) Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander de 4 de diciembre de 2013, que declaraba en concurso voluntario a "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U."

b) Auto del mismo Juzgado de 25 de junio de 2014, número 315/2014, que abría la fase de liquidación del concurso de "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", y declaraba su disolución, con cese de los administradores sociales, sustituidos por la administración concursal.



CONSEJO DE ESTADO

c) Auto del mismo Juzgado de 1 de septiembre de 2015, en el mismo concurso, que autorizaba la cesión de derechos derivados del contrato administrativo de concesión del servicio de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Liérganes operada mediante escritura de cesión de contrato de 12 de mayo de 2015, otorgada por la administración concursal a favor de "Oxital España, S. L.". En el primer fundamento jurídico se decía que según la administración concursal aunque el contrato administrativo no se había incluido en el inventario y plan de liquidación, quedaba fuera de toda duda que se integraba en el patrimonio de la concursada. Según el fundamento jurídico segundo la solicitud debía aprobarse, teniendo en cuenta la fase de liquidación del concurso, la incapacidad de la concursada para continuar prestando el servicio, la obtención de liquidez para la masa y la expresa condición suspensiva de autorización por el Ayuntamiento concedente.

d) Sentencia de 27 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 30 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander (por error se indica el número 3), en procedimiento de ejecución forzosa de sentencia.

e) Auto de 4 de julio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, que declaraba ejecutada la Sentencia del mismo Juzgado de 23 de junio de 2014, sin perjuicio de la liquidación de intereses y costas. En el fundamento jurídico tercero se indicaba:

Esta ejecución no puede convertirse en el marco de discusión de los actos futuros de las partes, de todo devenir contractual, sino que debe limitarse a conseguir que se cumpla el fallo, el cual, como ya se ha reiterado, no hace más que ordenar una reposición. Pero sucede que, efectivamente, esa reposición (hasta ahora negada por el Ayuntamiento, que no trataba a Servibol como contratista) no puede ser más que formal, pues no hay duda que SERVIBOL no va a prestar ya el servicio. Por ello, no cabe exigir al Ayuntamiento actuaciones materiales de reposición, imposibles, sólo el reconocimiento de la situación previa, que SERVIBOL era el contratista. Pero ni



CONSEJO DE ESTADO

el fallo ni su ejecución exigen reconocer situaciones posteriores que no fueron enjuiciadas en el pleito, como la posterior cesión a tercero (...) o una futura resolución, o cualquier otro hecho del contrato. Y, desde luego, el fallo no pasa por imponer en incidente ejecutivo que el Ayuntamiento acepte la cesión a OXITAL, pues ello es objeto de otro pleito declarativo, como reconoce la Sala (...).

Esta restitución formal se ha producido, sin perjuicio de que ahora el Ayuntamiento resuelva o no el contrato frente al contratista que decía el fallo, SERVIBOL, o resuelva lo que proceda sobre la cesión hecha por ese contratista a tercero (lo que es objeto del PO pendiente ante este Juzgado).

Vigésimo tercero.- Se presentó un escrito de alegaciones por parte de D. Manuel Huerta Terán, en nombre de "Oxital España, S. L.", que daba por reproducidas sus alegaciones anteriores y reiteraba su solicitud de que quedase pendiente el procedimiento hasta que se resolviese el recurso contencioso-administrativo contra el rechazo de la cesión del contrato, cuya demanda adjuntaba.

También presentó alegaciones el administrador concursal de "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", que se remitía a sus alegaciones anteriores e insistía en ellas.

Vigésimo cuarto.- El Secretario-Interventor del Ayuntamiento emitió informe el 22 de julio de 2016.

Vigésimo quinto.- El Alcalde de Liérganes acordó el 25 de julio de 2016 remitir las actuaciones al Consejo de Estado y declarar la suspensión del procedimiento hasta que se recibiese el dictamen, con notificación a los interesados.

Y, en tal estado de tramitación, V. E. dispuso que se remitiera de nuevo el expediente al Consejo de Estado para dictamen, donde tuvo entrada el 10 de agosto de 2016.



CONSEJO DE ESTADO

Se consulta la resolución de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, por insolvencia de la contratista.

El contrato de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Liérganes ha conocido múltiples vicisitudes y ha dado lugar a numerosas controversias y litigios, alguno de ellos aún pendiente al solicitarse por el Ayuntamiento que se recabase el presente dictamen.

El contrato fue adjudicado el 15 de mayo de 2007 (punto segundo de antecedentes), antes por tanto de la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. De acuerdo con la disposición transitoria primera de esta ley, apartado 2, al haber sido adjudicado antes de su entrada en vigor, se rige, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por las normas anteriores, señaladamente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Como con más detalle se expone en los antecedentes de este dictamen, la empresa contratista inicial fue "Emilio Bolado, S. L.", que en el año 2012 hizo una escisión parcial mediante la constitución de una sociedad de nueva creación denominada "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", a la que aportó el contrato. Comunicada esta escisión al Ayuntamiento, el Pleno denegó la conformidad, en un acuerdo luego anulado en vía contencioso-administrativa. Dado que "Emilio Bolado, S. L.", había sido declarada en concurso de acreedores, y que incluso por Auto de 13 de febrero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander se había abierto la fase de liquidación, el 17 de junio de 2013 el Pleno del Ayuntamiento acordó la resolución del contrato y, a partir del mes de agosto de 2013, el Ayuntamiento asumió directamente la prestación del servicio, en la que continúa en el presente.



CONSEJO DE ESTADO

La resolución del contrato fue anulada en vía contencioso-administrativa al entender que la empresa contratista a partir de la escisión no era "Emilio Bolado, S. L.", sino la escindida. Aunque se ordenó judicialmente que se repusiera a la contratista en sus derechos e incluso se declaró así por el Ayuntamiento, lo cierto es que nunca "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", llegó a hacerse cargo del servicio. En ello pudo influir su situación de insolvencia, que dio lugar a que por Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander de 4 de diciembre de 2013, se declarase su concurso voluntario y a que por otro auto del mismo Juzgado de 25 de junio de 2014 se abriera la fase de liquidación del concurso (punto vigésimo segundo, letras a) y b), de antecedentes).

La última vicisitud del contrato, a la que más tarde se hará referencia, ha sido la solicitud de cesión del contrato formulada por "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", a favor de otra empresa, que se presentó en el Ayuntamiento de Liérganes el 21 de mayo de 2015 (punto décimo de antecedentes) y cuya denegación ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo, aún no resuelto al parecer.

Teniendo a la vista los hechos que se acaban de sintetizar, conviene partir del artículo 111 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que disponía:

Son causas de resolución del contrato:

(...)

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento

(...)

h) Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.



CONSEJO DE ESTADO

Por su parte, el artículo 112 de la misma ley preveía en sus apartados 2 y 7:

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.

En los restantes casos de resolución de contrato, el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que en los supuestos de modificaciones en más del 20 por ciento previstos en los artículos 149, párrafo e), 192, párrafo c), y 214, párrafo c), la Administración también pueda instar la resolución.

(...)

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.

A estos preceptos se han de añadir los artículos 111 y 112.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Según el primero "la quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva". A tenor del artículo 112.1, "la resolución por causas establecidas expresamente en el contrato tendrá las consecuencias que en éste se establezcan y, en su defecto, se regularán por las normas de la Ley y de este Reglamento sobre los efectos de la resolución que le sean aplicables por analogía".

Este régimen legal de resolución en caso de insolvencia fue endurecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato,



CONSEJO DE ESTADO

pues la número 45 preveía expresamente como causa de "extinción de la concesión" la siguiente:

Declaración de quiebra, concurso de acreedores o declaración de insolvente fallido en cualquier procedimiento o haber iniciado expediente de suspensión de pagos o presentado solicitud judicial de quiebra o concurso de acreedores de la persona jurídica (punto primero de antecedentes).

Por consiguiente, el mero inicio de un expediente de suspensión de pagos o la solicitud judicial de quiebra o concurso de acreedores se configuran en el contrato como causa de resolución. Aunque estas categorías pertenecen a la legislación anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no ofrece duda que la solicitud de concurso voluntario, que en su día formuló "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", y que fundó la declaración de concurso por Auto de 4 de diciembre de 2013, constituía una causa de resolución.

Se ha de notar que no hay inconveniente en que, de acuerdo con la libertad de pactos que se recogía en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que hoy figura en el artículo 25 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Administración fije en los pliegos de los contratos una causa de resolución que imponga mayores exigencias de solvencia.

Por lo demás, aunque no se hubiera previsto esa causa de resolución, simplemente con las de la ley, la apertura de la fase de liquidación del concurso, acordada por Auto de 25 de junio de 2014, constituiría de por sí una causa indiscutible de resolución.



CONSEJO DE ESTADO

Tanto en el año 2013, en el que se solicitó y acordó el concurso de acreedores, como en el año 2014, la contratista era "Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.", la concursada. Esto es indudable a partir de las sentencias que anularon el anterior acuerdo de resolución y la denegación de la conformidad de la escisión parcial.

En consecuencia, concurre una causa de resolución del contrato y así ha de ser declarado.

En este contrato, que ya estaba incurso en causa de resolución, se produjo una solicitud de cesión a otra empresa que, como se ha indicado, fue denegada por la Administración local y a su vez la denegación impugnada. La cesión se verificó por escritura pública de 12 de mayo de 2015, que la sujetaba a la condición suspensiva de aprobación municipal, y la solicitud se presentó en el Ayuntamiento el 21 de mayo de 2015 (punto décimo de antecedentes).

Al estar "sub judice" la validez de la denegación de la cesión, este Alto Cuerpo Consultivo no se pronuncia sobre ella. Tan solo pone de relieve que, en cualquier caso, la cesión no impide resolver el contrato.

En efecto, si la denegación de la cesión hubiese sido válida, ninguna duda ofrece que no se habría verificado ni, por consiguiente, podría afectar al contrato. Como es sabido, la aprobación municipal se configuraba en el propio contrato de cesión como una condición suspensiva y, además, el artículo 114.2.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya citada, exigía para ceder los derechos y obligaciones del contrato "que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión". Si en vez de este precepto se aplicase el artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, por remisión del artículo 146 *bis* de la Ley Concursal, la solución



CONSEJO DE ESTADO

sería la misma, pues el nuevo precepto, en su apartado 2, párrafo a), sigue exigiendo “que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión”. En la misma línea, el artículo 128.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, dispone como una de las obligaciones del concesionario (la 5ª), “ejercer, por sí, la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales”.

Sin embargo, si la denegación de la cesión hubiese sido inválida y resultase anulada en la vía contencioso-administrativa, en la que incluso se llegase a reconocer el derecho de la cesionaria a ser considerada contratista, tampoco ello impediría la resolución contractual.

Como se ha indicado, la causa de resolución se produjo en el año 2013 (a igual conclusión se llegaría si se entendiese surgida en el año 2014), cuando la contratista sin lugar a dudas era “Servibol Cantabria Servicios Generales, S. L. U.”. Al haberse verificado la cesión con posterioridad, mediante escritura de 12 de mayo de 2015 (punto décimo de antecedentes), resulta obvio que no la puede enervar.

Está fuera de toda duda que las causas de resolución de los contratos no desaparecen aunque el contrato se ceda a un tercero. La Administración puede apreciarlas con posterioridad a la cesión, aunque en ese momento sea otro el titular del contrato. Así, quien contrata como cesionario la cesión de un contrato administrativo incurso en causa de resolución asume el riesgo de que esto se produzca. La dinámica propia de la cesión del contrato, que supone una subrogación en toda la posición contractual por parte del cesionario, obliga a este a responder de todas las vicisitudes del contrato, aun las anteriores a la cesión. En los términos del artículo 114.3 de la Ley de



CONSEJO DE ESTADO

Contratos de las Administraciones Públicas, hoy incluidos en el 226.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, "el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponden al cedente".

Por lo tanto, cualquiera que sea la solución a la que se llegue en el litigio contencioso-administrativo sobre la denegación de la cesión, la resolución del contrato puede ser declarada y ejecutada.

Quedan por discernir las consecuencias de la resolución. Dado que el Ayuntamiento explota por sí mismo el servicio desde agosto de 2013, no es preciso hacer entrega de las instalaciones y demás medios de la concesión. Sin embargo, el contrato habrá de ser liquidado, con determinación de las obligaciones que recíprocamente correspondan a las partes, si las hubiera.

En cuanto a la garantía definitiva, en aplicación del artículo 111 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, antes transcrito, procede su incautación si el concurso resulta ser culpable. En otro caso puede ser devuelta a la administración concursal, salvo que en la liquidación del contrato se determinasen obligaciones de pago de la contratista y estas no fuesen satisfechas, en cuyo caso podrían cobrarse con cargo a la garantía. Para conocer la calificación del concurso hay que estar a la resolución judicial que ponga fin a la sección sexta del concurso de acreedores, una vez que sea firme. Hasta tanto esta resolución se produzca procede retener el aval bancario que obra en poder de la Administración.

En síntesis, este Alto Cuerpo Consultivo entiende que concurre una causa de resolución del contrato, la insolvencia del contratista, y que así ha de ser declarado, con independencia de lo que resulte de la posterior cesión del contrato.



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que procede resolver el contrato de concesión de la explotación del servicio de abastecimiento de agua y saneamiento del municipio de Liérganes, con retención de la garantía definitiva y liquidación del contrato."

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

Madrid, 22 de septiembre de 2016

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA.