



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 8 / 2 0 0 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de octubre de 2006.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera en relación con la *resolución del contrato con la empresa "S.R.G., S.L." concesionaria del servicio público del transporte regular de viajeros por carretera de la isla de La Gomera, por declaración de concurso voluntario ordinario (EXP. 182/2006 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2006, registrado de entrada en este Consejo el día 1 de junio siguiente, el Ilmo. Sr. Presidente del Excmo. Cabildo Insular de La Gomera solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), 59.1 y 3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP), y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), preceptivo Dictamen sobre la pretendida resolución del contrato de concesión del servicio público regular de viajeros por carretera en la isla de La Gomera a la empresa S.R.G., S.L., por causa de declaración de concurso voluntario ordinario.

2. Acompañan a la solicitud de Dictamen las actuaciones administrativas preparatorias del acto de resolución contractual pretendido, consistentes en:

Providencia del Consejero Delegado de Transportes de 24 de febrero de 2006, a la vista del Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de fecha 30 de

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

septiembre de 2005, en que se declara a la empresa S.R.G., S.L. en Concurso voluntario ordinario y ordena la tramitación del procedimiento establecido al efecto, disponiendo la emisión de informe jurídico relativo a la procedencia o no de incoación de expediente de resolución contractual a la empresa concesionaria.

Informe emitido el 27 de febrero de 2006 por la Técnico del Departamento de Transportes y el Secretario accidental de la Corporación, con exposición de antecedentes y elevación de propuesta favorable al inicio del expediente de resolución, por encontrarse la empresa titular de la concesión en situación legal de concurso voluntario sin que existan criterios que aconsejen el mantenimiento del contrato, indicación de que el acuerdo de incoación de dicho expediente resolutorio corresponde adoptarse por el Pleno de la Corporación en calidad de órgano de contratación, así como de los restantes trámites a seguir.

Propuesta del Concejal Delegado en Transportes Terrestres de fecha 1 de marzo de 2006 para ser sometida al Pleno, concordante con lo informado jurídicamente en cuanto al inicio del expediente de resolución.

Certificado del Acuerdo plenario de la Corporación Insular adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 10 de marzo de 2006, que dispuso iniciar el expediente de resolución contractual, dar audiencia a los Administradores concursales designados al efecto, así como a los socios partícipes de la empresa concesionaria E.C.C. y O.C.M., aunque no del avalista que también es parte interesada, como exige el subapartado b) del art. 109.1 RLCAP, en caso de que sea afectada de incautación dicha garantía.

Los escritos que documentan las alegaciones de las reseñadas partes afectadas por el incidente resolutorio a las que se otorgó el trámite de audiencia.

Y el informe de la Secretaría corporativa, emitido el 24 de mayo de 2006, sobre las alegaciones presentadas.

3. Integran el expediente recibido, además, otros antecedentes que corresponden a las actuaciones adoptadas relativas la intervención decretada en la empresa S.R.G., S.L. por el Pleno del Cabildo de La Gomera el 29 de abril de 2004: informe de fecha 12 de abril de 2004 de la Técnico responsable del Departamento de Transportes, conformado por el Secretario General Accidental de la Corporación, favorable a la intervención de la concesión y a la incoación de los expedientes sancionadores que se deriven de los incumplimientos del concesionario señalados en

dicho informe; propuesta de acuerdo corporativo elevada al Pleno por el Presidente del Cabildo (20 de abril de 2004); informe del Interventor Técnico y del Consejero Delegado de Transportes (5 de octubre de 2005) relativo al período de intervención; y sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife de fecha 1 de septiembre de 2005, desestimatoria del recurso interpuesto por la empresa concesionaria S.R.G., S.L. contra el acuerdo de intervención citado, de conformidad a lo razonado en los fundamentos de Derecho, al haberse acreditado el incumplimiento de los servicios y la grave perturbación para el interés general de un servicio público esencial.

4. Por último se acompañan también copias de los Autos de fecha 30 de septiembre de 2005 y 9 de noviembre de 2005, dictados por la Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, recaídos en el Procedimiento de Concurso Ordinario nº 6/2005 promovido por la empresa S.R.G., S.L.

En la primera de estas resoluciones judiciales se señala que la entidad actora alega en su solicitud que se encuentra en estado de insolvencia actual (art. 2.3 y 6.1) de la Ley Concursal, con estimación estimada del pasivo en la cantidad de 1.000.000 de euros; y en la parte dispositiva, entre otras medidas, se declara a la Compañía S.R.G., S.L. en situación legal de Concurso Voluntario Ordinario y se prorroga la medida cautelar administrativa adoptada por el Cabildo Insular de La Gomera el 29 de abril de 2004, declarando prorrogadas las facultades conferidas al Interventor Administrativo S.O.H., pero sometido en el ejercicio de de esas facultades a la intervención de los Administradores concursales mediante autorización o conformidad hasta la terminación del procedimiento instado y con suspensión de las facultades de los Administradores solidarios de la Sociedad concursada, E.C.C. y O.R.C.M. Entre los miembros de la Administración concursal designados se encuentra el Excmo. Cabildo Insular de La Gomera, para actuar mediante representante a designar entre cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas, sin derecho a retribución con cargo a la masa del concurso.

En la segunda resolución se dispone la suspensión del ejercicio por el concursado de las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones, quedando sustituidos por los Administradores concursales, quienes adquieren plenas facultades de administración, disposición y de ejercicio sobre dicho

patrimonio; y se deja sin efecto la prórroga de la medida cautelar de la intervención administrativa de la concesión por parte del Cabildo de La Gomera.

5. Advertida por el Pleno de este Consejo, en la sesión celebrada el día 7 de junio de 2006, la falta en el expediente recibido de la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de contractual tramitado, objeto del Dictamen recabado, se acordó no tramitar la solicitud interesada hasta la recepción de dicho documento, lo que se comunicó al Ilmo. Sr. Presidente del Excmo. Cabildo Insular de La Gomera en escrito de la misma fecha, indicándosele que el cómputo del plazo para la emisión del Dictamen se verificaría a partir del día de entrada en el Consejo de la indicada PR.

La PR interesada fue elaborada por el Consejero Delegado de Transportes el 1 de septiembre de 2006, remitida mediante comunicación de fecha 14 de septiembre de 2006 por la Autoridad legitimada para recabar el Dictamen (art. 12.3 LCCC) y registrada de entrada en este Consejo Consultivo el 21 de septiembre de 2006.

II

Seguidamente, se efectuará un somero relato de las actuaciones más relevantes que se han hecho constar en el expediente soporte del procedimiento de resolución del contrato adjudicado.

1. Por Resolución de la Dirección General de Transportes del Gobierno de Canarias, con fecha de 7 de agosto de 1987, se hace pública la autorización de unificación de las concesiones de servicio público regular de transporte de viajeros por carretera, V-3062: CC-22 y V-3203:CC-23, en la isla de La Gomera, cuya titularidad ostenta E.C.C., creándose la nueva concesión identificada como V-5203:CC-30.

Según el pliego de condiciones, es objeto de la concesión el servicio público regular de viajeros por carretera de la isla de La Gomera (Tenerife) entre Valle Gran Rey y San Sebastián de la Gomera, por Las Hayas, Cercado, Chipude e Igualero; entre La Rajita y San Sebastián por Vallehermoso, Agulo y Hermigua; entre Alajeró y San Sebastián. Los vehículos afectos a la concesión son cinco con capacidad total de 167 pasajeros sentados, cuyas características se indican en el proyecto presentado el 27 de junio de 1985.

No consta en la documentación recibida ni las concesiones originarias, ni la nueva unificada, ni tampoco el pliego de condiciones que rigió para su otorgamiento, ni el contrato oportunamente suscrito.

2. El 27 de abril de 1993 se constituye la Sociedad S.R.G., S.L., a la que se transmite la titularidad de la concesión V-5203: CC-30 mediante Decreto de la Presidencia de fecha 9 de diciembre de 1993.

No consta en el expediente dicho Decreto de autorización de la transmisión de la concesión.

3. A consecuencia de la calificación en Canarias del transporte terrestre como "servicio público esencial", por el art. 8 de la Ley 19/1994, de 7 de junio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, este servicio público empezó a contar con una financiación específica que obligaba a concertar contratos-programas entre la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo Insular, a quien se le transfirieron funciones en la materia a resultas del Decreto 159/1994, de 21 de julio, siendo la asunción efectiva el 29 de diciembre de 1999.

El 20 de diciembre de 1993 se firmó el contrato-programa de transporte 93/96 y el 2 de octubre de 1999 se suscribió el contrato programa 96/99, no siendo seguido por ningún otro, por lo que, se supone, ha sido prorrogado.

Con fecha 18 de septiembre de 2003, se acuerda por unanimidad de la Comisión de Seguimiento del contrato-programa la "denuncia" de la "vigencia del CP-96/99" e iniciar nuevas conversaciones para la formalización de un "nuevo contrato-programa cuya vigencia abarcaría el periodo 2004/2007" [pues en virtud de la disposición transitoria segunda de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, "la concesión (...) finaliza (...) en julio de 2007], extremos que fueron avalados por Acuerdo del Pleno de 3 de octubre de 2003.

Con fecha 4 de octubre de 2000, se ordenó el pago a la empresa concesionaria de 94.600.000 pts., "tal y como se establecía en el CP-96/99 para cubrir el déficit operativo (...) correspondiente a los años 1997, 1998 y 1999". Con fecha 2 y 3 de agosto y 29 de octubre de 2001 y 11 de junio de 2002, se abonó a la empresa concesionaria por el mismo concepto la cantidad de 69.506.159 pts. correspondientes

al año 2000. Con fecha 2 de agosto y 15 de noviembre de 2002, se procede en igual sentido respecto del déficit correspondiente al año 2001 (84,3 millones de pesetas).

El 7 de mayo de 2003, la empresa eleva informe de Auditoria en el que efectúa una propuesta de déficit para el ejercicio de 2002 de 96,6 millones de pesetas, siendo evaluada la liquidación por la Comisión de Seguimiento en 58,1 millones, y aprobada por el Pleno el 9 de abril de 2004, suspendiéndose el pago hasta tanto "no se resuelva el expediente de reintegro".

Con fecha 3 de diciembre de 2003, la Comisión de Seguimiento procede a liquidar el periodo 1996-2001, resultando que la empresa concesionaria debería reintegrar la cantidad de 1.150.632,61 €, iniciándose por Acuerdo del Pleno de 30 de diciembre de 2003 el procedimiento de reintegro.

El 23 de diciembre de 2003, la empresa, "por no haber recibido las compensaciones económicas para cubrir el déficit operativo de los años 2002 y 2003" cambia sin autorización administrativa el cuadro de servicios de la concesión (tráficos, itinerarios y expediciones), lo que puso en peligro "la buena prestación del servicio público de transporte", lo que determinó que el Pleno acordara, el 29 de abril de 2004, la intervención de la concesión (que fue declarada ajustada a Derecho por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2005) por un plazo máximo de seis meses, siendo efectiva hasta el 5 de octubre de 2005.

El 26 de abril de 2004, la empresa hace una propuesta de déficit de 130,9 millones de pesetas correspondiente al ejercicio de 2003; la Comisión evalúa el déficit y correspondiente subvención en 64,3 millones, siendo aprobada tal liquidación por el Pleno el 19 de noviembre de 2004, suspendiéndose el pago por los mismos antedichos motivos.

Con fecha 29 de junio de 2005, la Junta General de Socios de la empresa titular de la concesión acordó someterse a concurso "como única medida posible para evitar su disolución", presentándose demanda el 26 de septiembre de 2005 de declaración de concurso voluntario, resuelta en el sentido de lo instado por Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2005.

No obran en el expediente ninguno de los mencionados Contratos-Programa ni las actuaciones de seguimiento reseñadas.

III

Como se ha indicado, el Pleno del Cabildo en sesión celebrada el 10 de marzo de 2006, acordó iniciar expediente de resolución de la concesión, desprendiéndose de su fundamentación la concurrencia de tres eventuales causas (declaración del concurso; la situación que generó la intervención de la empresa; e incorrecta gestión empresarial con “manipulación y ocultación de cuentas”), aunque la parte dispositiva de dicho Acuerdo de incoación esgrime como causa de la resolución aplicable exclusivamente la primera de las a priori consideradas.

La Propuesta de Resolución fundamenta la pretensión resolutoria en que la empresa gestora de la concesión se encuentra en situación de concurso voluntario ordinario, lo que determina la aplicación del art. 111.b) TR-LCAP, introducida por la disposición final decimotercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que considera en efecto causa de resolución “la declaración de concurso”, precisando los apartados 2 y 7 del art. 112 TR-LCAP los dos supuestos posibles: la “apertura de la fase de liquidación” en un procedimiento concursal originará “siempre la resolución del contrato” (apartado 2); con la simple “declaración” concursal y mientras no se abra la fase de liquidación, la Administración “potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantía suficientes a juicio de aquella para su ejecución” (apartado 7).

Con anterioridad, el acuerdo plenario de inicio del procedimiento resolutorio expresamente se pronuncia desechando la aplicación del art. 82.d) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), conforme al cual entre las causas de extinción de una concesión se encuentra la “quiebra del concesionario o suspensión de pagos que imposibilite la prestación del servicio”; precepto en principio llamado por la propia Ley Concursal cuando su art. 67.1 remite los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos administrativos del deudor a “lo establecido en su legislación especial”. Aplicación que no se asume en dicho acuerdo porque se considera que el Texto Refundido de la Ley de Contratos ha derogado en este punto el citado art. 86.d) LOTT sustituyendo como causa resolutoria la declaración de “quiebra del concesionario o suspensión de pagos” por la “declaración de concurso”.

Debe efectuarse sobre esta cuestión una observación preliminar que incide particularmente en el presente caso que afecta al Derecho aplicable al incidente de

resolución contractual y determina el pronunciamiento de éste Órgano sobre la PR sometida a consulta.

Se pretende resolver la concesión administrativa cuyo título, aunque no se dispone en el expediente examinado de la documentación necesaria relativa a la misma, todas las referencias en los informes emitidos indican que fue novado mediante Resolución de la Dirección General de Transportes el 7 de agosto de 1987, que unificó dos títulos concesionales anteriores en uno nuevo, identificado como V-5203:CC-30.

Consecuentemente, para el otorgamiento de dicha concesión fue de aplicación la normativa legal vigente en el momento de resolver sobre ella, contenida fundamentalmente en el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

Al respecto resulta oportuno recordar la doctrina que ha mantenido invariable este Consejo sobre la aplicación al caso controvertido de las normas de carácter adjetivo y sustantivo reguladoras de las relaciones contractuales administrativas. Como ejemplo se transcribe a continuación el Fundamento II del Dictamen nº 156/2000, de 20 de diciembre:

" Como cuestión previa hay que considerar lo pertinente en cuanto al Derecho a aplicar en el presente supuesto, al pretenderse ejercitar la potestad que ostenta la Administración actuante, a través del órgano de contratación competente, de acordar la resolución del contrato concernido, como prerrogativa de naturaleza reglada, que tiene el deber de ejercer -cuando concurren las circunstancias legalmente aplicables- y en todo caso, dentro de los límites, y con sujeción a los requisitos y efectos que estén considerados en la norma legal de cobertura.

Sobre ello, basta la remisión a lo ya expresado en el Dictamen Nº 59/1995, de 28 de julio, de este Consejo, transcribiendo lo razonado en el Fundamento I, en la parte que interesa ahora recordar, con el interés de que fue exteriorizado a raíz de la promulgación de la señalada Ley 13/1995 (LCAP):

"1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Orden Departamental por la que se resuelve parcialmente el contrato de (...). Esta propuesta se formula en el curso de un procedimiento de resolución contractual iniciado por Orden Departamental de 12 de diciembre de 1994, bajo la vigencia de la Ley de Contratos

del Estado (Texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril), que ha sido derogada por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), publicada completamente en el BOE del 19 de mayo y que no contiene una disposición expresa acerca de su entrada en vigor, por lo que ésta se produjo, por mor del art. 2.1 del Código Civil, el 8 de junio de 1995, fecha en la que finalizó el plazo de veinte días naturales que se establece en dicho precepto.

Esta sucesión normativa plantea la cuestión del Derecho aplicable. Para resolverla, hay que partir de que la LCAP no contiene normas que dispongan su aplicación retroactiva a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor. Al contrario, de su Disposición Transitoria Primera (D.T. Iª) resulta su aplicación a los contratos que se adjudiquen con posterioridad a su entrada en vigor y a los expedientes de contratación en curso de adjudicación, pero con exclusión de la aplicación retroactiva de sus normas de procedimiento. Por tanto, según la regla general del art. 2.3 del Código Civil (CC) y el primer párrafo de la Disposición Transitoria Segunda (D.T. IIª) del mismo, en relación con el art.7.1 LCAP, el contenido obligacional de los contratos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se debe regir íntegramente por la normativa anterior.

El Derecho procedimental aplicable para resolver las incidencias de la vida del contrato, tales como su interpretación, resolución, o nulidad, será el vigente en el momento en que se inició el procedimiento. Ello es así porque la D.T. Iª LCAP sólo dispone su aplicación retroactiva para los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación; lo que excluye, en virtud de la regla del art. 2.3 CC, la aplicación retroactiva de sus normas procedimentales a los contratos ya adjudicados y, por ende, a los procedimientos dirigidos a decidir incidencias de la contratación que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP.

Esta conclusión, además, se refuerza porque, según la Disposición Adicional Séptima (D.A. VIIª) LCAP, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) contiene el Derecho procedimental supletorio en materia de contratación administrativa. De ahí que, ante el silencio de la LCAP sobre la aplicación de sus normas adjetivas a este tipo de procedimientos iniciados con anterioridad a su

entrada en vigor, es de aplicación la Disposición Transitoria Segunda.1 LPAC, la cual dispone su inaplicabilidad a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, ordenando que se rijan por la normativa anterior, lo cual conduce a la misma solución.

En definitiva, de la D.T. 1ª LCAP, en relación con el art. 2.3 CC, y de la D.A. VIIª LCAP, en relación con la Disposición Transitoria Segunda.1 LPAC, resulta la regla de que los procedimientos que se dirijan a resolver incidencias de la contratación y que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se rigen por la normativa anterior”.

En consecuencia, el parámetro legal de aplicación, en cuanto a la vertiente adjetiva del problema, es la normativa que esté vigente en el momento de ordenarse el inicio del procedimiento de resolución del contrato, mientras que - como ya se expresó en el señalado Dictamen N° 59/1995- el contenido obligacional del contrato perfeccionado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se debe regir íntegramente por la normativa anterior”.

IV

En puridad la resolución pretendida básicamente alcanza al título concesional, aunque son derivables de dicha medida las consecuencias que alcancen al cumplimiento de derechos y obligaciones resultantes del contrato programa 96/99, de 2 de octubre de 1999 y en su caso del contrato-programa 93/96, en cuanto al tratamiento sobre su alcance y la liquidación que corresponda efectuar.

Como se ha dicho, ninguno de los títulos concesionales ni los contratos-programa se encuentran en el expediente remitido, siendo fundamental disponer de los mismos y en particular los vigentes, no sólo para determinar la naturaleza del contrato, sino para conocer el régimen de derechos y obligaciones de las partes; la competencia de los correspondientes órganos insulares y el Derecho aplicable a la resolución contractual, visto el régimen transitorio previsto en las sucesivas Leyes de Contratos.

Tampoco obra el pliego concesional del que al parecer es complementario el contrato programa (calificado como “instrumento de apoyo para la prestación y explotación del servicio de transportes”); y ambos documentos deben integrar el expediente de resolución contractual para poder emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que se ha sometido a la consideración de este Consejo.

Y es importante ello porque la concesión, surgida de la unificación de otras dos previas, es de 7 de agosto de 1987, por lo que la resolución debería seguir el Derecho sustantivo contenido en el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril; su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, con las modificaciones de que haya sido objeto.

C O N C L U S I O N E S

1. No cabe resolver o declarar la extinción contractual pretendida con base en el único motivo que ampara la PR, por las razones expuestas en el Fundamento III

2. En caso de que el órgano de contratación disponga proseguir el expediente de resolución por considerar que concurre alguna o algunas de las causas, determinadas en el Derecho sustantivo de aplicación, procede retrotraer las actuaciones, integrar en el expediente los documentos que faltan señalados en el Fundamento IV, recabar nuevo informe del Servicio Jurídico para que se pronuncie sobre la concurrencia de las causas que se invoquen, conferir nuevo trámite de audiencia, reformular la Propuesta de Resolución pertinentemente dando respuesta a todas las cuestiones suscitadas y recabando finalmente sobre la misma el preceptivo Dictamen de este Consejo, en el supuesto de formularse oposición a la resolución por la representación legal de la empresa concesionaria.