

Expediente: 49/2013
Objeto: Resolución de contrato entre la Sociedad municipal... y la entidad...
Dictamen: 2/2014, de 14 de enero

DICTAMEN

En Pamplona, a 14 de enero de 2014,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Eugenio Simón Acosta, Presidente; doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria, y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda don Alfredo Irujo Andueza, don José Antonio Razquin Lizarraga y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente doña María Asunción Erice Echegaray,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

La Presidenta del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el día 22 de noviembre de 2013, recaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3, en relación con el artículo 16.1, de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), la emisión del dictamen solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Huarte y Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal..., sobre expediente de resolución de contrato entre dicha sociedad mercantil y la entidad... (hoy bajo otra denominación) para la gestión de las instalaciones de pista de hielo y dotaciones deportivas anexas.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

Primero.- La Sociedad Municipal de... (en adelante,...), aprobó, en el año 2002, el pliego de cláusulas administrativas particulares para adjudicar la redacción del proyecto, la ejecución de la obras y la posterior gestión de la “Pista de hielo y dotaciones deportivas anexas” en el municipio de Huarte.

Dicho pliego hace mención en diversas ocasiones a las prescripciones de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (desde ahora, LFCAPN), norma sobre contratos públicos vigente en el momento de aprobación del pliego referido.

Así mismo, y por lo que aquí interesa, en la cláusula segunda de dicho pliego se dispuso que “el canon a abonarse por la entidad adjudicataria por la concesión no podrá ser inferior a 120.215, 42 euros”.

Segundo.- Con fecha 18 de junio de 2002 se adjudicó el referido contrato a...

Y con fecha 12 de noviembre de 2002, se suscribió el contrato entre... y la contratista adjudicataria.

Tercero.- La entidad contratista ha explotado las instalaciones desde diciembre de 2005 (parcialmente) y marzo de 2006 (íntegramente).

Cuarto.- La adjudicataria no ha abonado la totalidad del canon del año 2006, ni los cánones correspondientes a los años 2007 a 2013, ambos inclusive.

Quinto.-..., tras realizar diversos requerimientos de pago a la contratista, de los que no obtuvo respuesta, formuló, con fecha 10 de febrero de 2010, demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aoiz en solicitud de declaración de incumplimiento del contrato y de condena al abono de los cánones relativos a los años 2006 a 2008, ambos inclusive (procedimiento 212/2010).

Sexto.- La entidad demandada, al contestar a la demanda civil, formuló reconvencción, solicitando al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Aoiz que declarara la improcedencia de la ejecución de un aval

por ella prestado como garantía y que declarara la resolución del contrato, por incumplimiento de... de sus obligaciones.

Séptimo.- Dicho Juzgado, mediante Auto número 207/2013, de 16 de octubre, declaró la falta de jurisdicción del órgano judicial, por estimar que el contrato que vincula a las partes es un contrato de naturaleza administrativa, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. No consta si el mismo ha adquirido firmeza.

Octavo.- Respecto de los cánones correspondientes a los años 2009 a 2011, ambos inclusive, también impagados, interpuso..., con fecha 29 de enero de 2013, demanda en los Juzgados de Pamplona. Y el procedimiento (103/2013) ha finalizado, mediante Auto número 96, de 5 de marzo de 2013, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pamplona, por el que, igualmente, se declara la falta de competencia de la jurisdicción civil, por entender que el contrato que une a las partes es administrativo y que, por ende, el pago de los cánones ha de reclamarse ante tal orden jurisdiccional. Se recoge en dicho Auto que *“nos encontramos ante un contrato administrativo celebrado por una entidad, que aún revistiendo la condición de sociedad anónima, ha de considerarse como parte de la Administración”*. Se añade que, *“independientemente de que la forma de constitución (de la sociedad) sea privada, en todo caso conforme al artículo 85 de la Ley de Bases del Régimen Local, a efectos de contratación ha de someterse a la normativa administrativa, esto es, funciona como Administración y está sujeta a dicha legislación”*. El Auto es firme.

Noveno.- Mediante sendas resoluciones de fecha de 29 de mayo de 2013, el Alcalde del Ayuntamiento de Huarte y Presidente del Consejo de Administración de... requirió a la contratista el pago de 736.974,73 euros, en concepto de cánones de los años 2009 a 2012, ambos inclusive, y adoptó medidas cautelares tendentes a asegurar el cobro de determinadas cantidades. Ambas decisiones han sido impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha decretado la suspensión cautelar de las mismas.

Décimo.- El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pamplona dictó, con fecha 22 de julio de 2013, Auto por el que se declara el concurso voluntario ordinario de acreedores de la sociedad adjudicataria (bajo la denominación actual de la misma).

Undécimo.- Con fecha 25 de septiembre de 2013,... inició los trámites para la resolución del contrato por culpa imputable a la contratista, por entender que el impago de los cánones supone el incumplimiento de una obligación esencial del contrato. Dicha decisión fue notificada a la contratista con fecha 27 de septiembre de 2013.

Duodécimo.- Mediante escrito fechado el 16 de octubre de 2013, la contratista ha formulado oposición a la resolución contractual. Aduce, entre otras razones, que..., que instó ante la jurisdicción civil la declaración de incumplimiento contractual de la contratista, no puede válidamente en la actualidad conceptualizar el contrato como administrativo y tramitar la resolución del contrato con base en la normativa de esta naturaleza. Entiende que el contrato es de naturaleza civil y que, por tanto, su resolución debe decretarse por la jurisdicción civil. Explica, en este sentido, que, conforme a la LFCAPN, la selección del contratista sí se sujeta a la normativa administrativa (para garantizar la igualdad de oportunidades de los contratistas, explica), pero no la extinción del contrato (el cual, se dice, una vez firmado, se rige por el derecho privado).

Decimotercero.- Al amparo de la previsión establecida en el artículo 23.2 de la citada LFCAPN, relativa al dictamen del órgano consultivo en materia de resolución de contratos cuando se formule oposición por parte del contratista, el Ayuntamiento de Huarte y... solicitan de este Consejo de Navarra dictamine sobre la procedencia de tal resolución contractual. Se acompaña a la petición la propuesta de resolución.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto del dictamen

La presente consulta, formulada por el Alcalde del Ayuntamiento de Huarte y Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal

de Gestión Urbanística..., a través de la Presidenta del Gobierno de Navarra, somete a dictamen del Consejo de Navarra la resolución del contrato suscrito entre dicha sociedad mercantil y la entidad... para la gestión de las instalaciones de pista de hielo y dotaciones deportivas anexas.

Consta en el expediente que la referida sociedad anónima,..., considera que ha habido un incumplimiento esencial del contrato por parte de la entidad adjudicataria del mismo (impago de los cánones anuales) y que, así mismo, iniciados los trámites para la resolución contractual, se ha formulado oposición por parte del contratista. Por tal motivo, estima... que debe emitir dictamen preceptivo sobre el particular el Consejo de Navarra.

II.2ª. Sobre el carácter no preceptivo del dictamen

La disposición transitoria primera de la vigente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP) dispone que: “Lo dispuesto en esta Ley Foral será de aplicación a los contratos cuyos pliegos de cláusulas administrativas particulares o condiciones reguladoras no estuvieran aprobados en la fecha de su entrada en vigor”. En consecuencia, a los contratos cuyos pliegos de cláusulas administrativas particulares sí estuvieran aprobados en la fecha de su entrada en vigor les seguiría siendo de aplicación la referida Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (LFCAPN), norma cuya derogación se operaría en virtud de la disposición derogatoria única de la LFCP.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, como quiera que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato cuya resolución se insta se aprobaron en el año 2002, es claro que le serían de aplicación las prescripciones de la citada LFCAPN.

Por su parte, el artículo 16.1.j) de la LFCN, en la redacción dada al mismo por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, dispone que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra”.

Y el artículo 23.2.a) de la mencionada LFCAPN establece que será preceptivo el dictamen del órgano consultivo en los casos de resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista. Ahora bien, hemos de precisar que dicho artículo 23 se encuentra ubicado en el título II de la Ley Foral citada, dedicado a los “contratos administrativos típicos”, y lleva por título, precisamente, “de las prerrogativas de la Administración”.

Así pues, esa ubicación nos ilustra acerca de los supuestos en que, con arreglo a tal norma, el Consejo de Navarra debe dictaminar preceptivamente. Y tales supuestos son los de resolución de contratos (cuando se formule oposición por parte del contratista) que merezcan el calificativo de contratos administrativos típicos.

En efecto, el hecho de que el legislador introduzca, en el citado artículo 23.2.a), esta previsión de intervención del Consejo de Navarra obedece a la razón de estar regulando los contratos administrativos -típicos- en los que, como es sabido, la facultad de acordar la resolución del contrato, en los términos legalmente señalados, constituye, como lo avala la rúbrica del citado artículo, una prerrogativa de la Administración; prerrogativa de resolución contractual, derivada de la autotutela que la Administración tiene conferida con arreglo a las normas del derecho administrativo, que no alcanza, como es claro, a las sociedades mercantiles (que se rigen por normas de derecho privado).

Interesa, por tanto, determinar si el contrato que nos ocupa ha sido celebrado por una Administración pública, así como si es un contrato administrativo.

Se recoge en el mencionado Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Aoiz, de fecha 16 de octubre de 2013, que las partes contratantes (... , de un lado, y la contratista, de otro) consideran, por lo que respecta al procedimiento ahí sustanciado, el contrato de referencia como privado. En efecto, se deduce del Auto citado que las partes estiman que, conforme a la normativa foral de contratos aplicable al caso -LFCAPN-, “no puede calificarse el contrato de administrativo, al amparo de los artículos

1.4, 3, 5 y 7". En particular, considera..., en el seno de tal procedimiento, como decimos, que no es de aplicación el artículo 5 de la LFCAPN, toda vez que dicha sociedad mercantil no es una entidad de derecho público. Sostiene, por el contrario, que es una sociedad incardinable en el artículo 1.4 de dicha Ley Foral, de lo que se seguiría que, conforme a dicha norma (LFCAPN), únicamente le sería la aplicación la prescripción según la cual tales sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de una Administración "se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad".

Seguidamente dicho Auto, tras sostener que... es "una sociedad anónima cuyo único socio es el Ayuntamiento de Huarte, estando su capital, por tanto, suscrito íntegramente por tal Ayuntamiento", concluye afirmando que "no puede dudarse de la incardinación de... en el artículo 1.2.d)" de la LFCAPN; es decir, conceptúa a... como una Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente del Ayuntamiento de Huarte, a la que, por tanto, le es de aplicación en su totalidad la citada LFCAPN.

A similares conclusiones se llega en el Auto también citado, 96, de fecha 5 de marzo de 2013, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pamplona.

Sin embargo, este Consejo considera, con las consecuencias que de ello se derivarán, que el contrato que nos ocupa ni ha sido suscrito por una Administración pública, ni es un contrato administrativo (sino un contrato privado).

Que el contrato no fue suscrito por una Administración pública, sino por una sociedad mercantil, es claro. Consta, sin ningún género de duda, en el expediente que el contrato fue adjudicado y suscrito por la referida sociedad mercantil...

Así mismo, es de consignar que el referido contrato no contempla la prerrogativa de la sociedad anónima municipal contratante de resolver el contrato en caso de incumplimiento del contratista.

El artículo 1 de la LFCAPN, aplicable al caso, tras disponer, en su número 2, que dicha Ley Foral “se aplicará en su totalidad” a determinadas Administraciones y entidades, y, en su número 3, que las normas relativas “a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación” se aplicarán a determinadas entidades o sujetos contratantes, establece expresamente en su número 4 el régimen al que se someten las sociedades mercantiles. Y prescribe sobre las mismas que “las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una Administración, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Por su parte, el artículo 5 de dicha Ley Foral distingue, dentro de los contratos celebrados por la Administración (repárese en que el sujeto contratante ha de ser una Administración -no, como es el caso que nos ocupa, una sociedad anónima-), los de carácter administrativo y los de carácter privado. Y, respecto de estos últimos, establece que, en cuanto a su extinción, se regirán por las normas de derecho privado.

Similares prescripciones se establecían en la normativa estatal vigente en el momento del dictado de la referida LFCAPN (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), así como en la vigente en el momento de aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas del contrato que examinamos (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Pues bien, como se ha dicho más arriba,... es, como así se admite pacíficamente por las partes contratantes, una sociedad mercantil cuyo capital pertenece en su totalidad al Ayuntamiento de Huarte. No es, por tanto, como se afirma en el Auto citado, una Entidad de Derecho público dependiente de una entidad local, a la que, por prescripción del artículo 1.2.d) de la LFCAPN, le sea de aplicación tal Ley Foral “en su totalidad”.

En el mismo sentido, la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra establece, en su artículo 199, que: “sin perjuicio de lo establecido en esta Ley Foral y en las disposiciones que la desarrollen, las Sociedades mercantiles, con participación exclusiva o parcial de las Entidades locales, se regirán por la normativa civil, mercantil o laboral que les sea de aplicación”. De forma aún más clara, la vigente LFCP, en su artículo 184, establece que: “Los contratos de obras, suministro, asistencia y las concesiones de obras públicas y de servicios celebrados por las personas y entidades señaladas en las letras e) y f) del artículo 2.1 se prepararán y adjudicarán conforme a las disposiciones de este Libro, y en cuanto a sus efectos y extinción se regirán por las disposiciones del Derecho Civil o Mercantil sin perjuicio del régimen de modificaciones del contrato previsto en el Libro Primero y de reclamaciones establecido en el siguiente Libro”. Y entre estas entidades señaladas en el artículo 2.1.e) se encuentran las sociedades mercantiles que, sujetas a determinadas características, en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil. Y seguidamente se dispone, incluso, en el número 3 de dicho artículo, que las sociedades mercantiles que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público “quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley Foral”.

Por tanto, es claro que el contrato que nos ocupa no es un contrato administrativo. Basta examinar los artículos 5 y 6 de la LFCAPN, en los que se definen los contratos administrativos y se establece el régimen jurídico de los mismos, para concluir que un contrato celebrado por una sociedad mercantil, que sólo se sujeta en su actividad contractual, por voluntad expresa de la normativa referida, a los citados principios de “publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad”, no merece el calificativo de contrato administrativo. Y el hecho de que la vigente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) establezca expresamente que los contratos celebrados por tales sociedades mercantiles “en cuanto a sus efectos y extinción se regirán por las disposiciones del Derecho Civil o Mercantil” avala la tesis expuesta.

En el mismo sentido, y por lo que respecta a la normativa estatal -de carácter básico-, el artículo 20 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece lo siguiente:

“Artículo 20. Contratos privados.

1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. (...)

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos”.

Por su parte, la sentencia núm. 978/2011, de 30 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), explica, en relación con la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, lo siguiente:

“Finalmente la Ley distingue dentro de los contratos del sector público entre los contratos de carácter administrativo y carácter privado, artículo 18, teniendo la consideración de contratos privados, artículo 20, los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de administraciones públicas. Por lo tanto los contratos celebrados por quien tiene la condición de poder adjudicador, condición que ostenta la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S. A., son contratos privados. Ello sin perjuicio de que también puedan celebrar contratos privados las Administraciones Públicas cuando concurren las circunstancias que detalla el segundo párrafo del número 1 del artículo 20 de la Ley.

Por último la Ley dedica el artículo 21 a determinar la jurisdicción competente para el conocimiento y resolución de las distintas cuestiones que surjan entre las partes atendiendo a la naturaleza de los contratos según sean administrativos o privados. El artículo citado en el número 2 dispone que "El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes

en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada".

Así pues, podemos concluir que nos ocupa un contrato en el ámbito del sector público, celebrado por un ente que no tiene el carácter de Administración Pública (sino de sociedad mercantil). Por tanto, tal contrato es de naturaleza privada (es decir, no se trata de un contrato administrativo). En consecuencia, su extinción no está sujeta a las prescripciones establecidas al efecto para los contratos administrativos. Y, por ende, como quiera que no nos ocupa la extinción -mediante su resolución por incumplimiento del contratista- de un contrato administrativo, no ha lugar a que se pronuncie sobre el particular el Consejo de Navarra.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede pronunciarse sobre la resolución del contrato suscrito entre la Sociedad Municipal... y la entidad... para la gestión de las instalaciones de pista de hielo y dotaciones deportivas anexas.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.