



Concello de Vigo

ACTA DA XUNTA DE GOBERNO LOCAL
Sesión do 14 de maio de 2018

ASISTENTES:

Membros :

D. Abel Caballero Álvarez
D. Carlos López Font
M^a José Caride Estévez
D. Cayetano Rodríguez Escudero.
D^a. M^a. Isaura Abelairas Rodríguez
D. Jaime Aneiros Pereira.

NON ASISTEN:

D^a M^a. Carmen Silva Rego
D. David Regades Fernández
D^a. Olga Alonso Suárez
D. Angel Rivas González.

Na Casa do Concello de Vigo, ás catorce horas e vinte minutos do día catorce de maio de dous mil dezaioito e baixo a presidencia do Excmo. Sr. alcalde, Sr. Caballero Álvarez, coa asistencia dos concelleiros/as anteriormente citados, actuando como Secretaria a concelleira, Sra. Abelairas Rodríguez, constitúese a Xunta de Goberno Local desta Corporación co obxecto de realizar sesión EXTRAORDINARIA E URXENTE de acordo coa orde do día remitida a tódolos membros coa antelación legal precisa.

Está tamén presente por invitación, a titular do órgano de apoio á Xunta de Goberno Local, Sra. Campos Acuña.

A Xunta de Goberno Local adopta os seguintes acordos:

1(506).- RATIFICACIÓN DA URXENCIA.

A Xunta de Goberno ratifica a urxencia da sesión.

2(507).- RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPOSTO CONTRA ACORDO DA XGL DE 7/10/16, DE REQUIRIMENTO DE PAZO DE CONGRESOS DE VIGO S.A., DOS SEUS ADMINISTRADORES E DOS ACCIONISTAS DA MESMA, O CUMPRIMENTO DA OBRIGA DE SANEAMENTO PATRIMONIAL CONTEMPLADA NO PREGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS DO CONTRATO DA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DE QUE ES TITULAR PAZO DE CONGRESOS DE VIGO. S.A. EXPTE. 1035/330.

Examinadas as actuacións do expediente, visto o informe xurídico do 11/05/18, dáse conta do informe-proposta de data 26/04/18, asinado polo responsable do contrato e xefe do Servizo Xurídico de Servizos Xerais, o concelleiro delegado da Área de Cultura e o concelleiro delegado de Xestión Municipal, que di o seguinte:

PRIMEIRO.- A Xunta de Goberno Local, en sesión de 6 de marzo de 2006, acordou adxudicar o contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias, na Avda. de Beiramar, en Vigo, ás mercantís Testa Inmuebles S.A., Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A., Puentes Concesións S.L., Sacyr S.A.U., Expacontra S.A., e Puentes e Calzadas S.A., por prazo de trinta e cinco (35) anos, ampliado posteriormente a sesenta (60) anos, coa obriga de constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato; sociedade anónima que, co nome de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., foi constituída por escritura pública de 19 de abril de 2006, outorgada ante o notario de Vigo don Miguel Lucas Sánchez, co número 808 do o seu protocolo.

SEGUNDO.- O anteproxecto de construción e explotación da obra pública, redactado por Cesar Portela-IDOM UTE, como actuación preparatoria do expediente de contratación, prevía un investimento para esta de 93.177.280 euros, dos que 28.230.280 correspondían a achegas públicas á obra por parte do Concello de Vigo e da Xunta de Galicia.

Na proposición das adxudicatarias sinalábase como orzamento total do investimento na execución das obras a cantidade de 85.716.699 euros e como prazo da concesión o de trinta e cinco anos.

A redacción do proxecto técnico -tanto básico como de execución- da obra pública e a dirección da súa execución correspondía á citada UTE Cesar Portela IDOM, en virtude de concurso público convocado ao efecto pola Xunta de Galicia.

O proxecto básico de construción do Auditorio-Pazo de Congressos e das zonas complementarias, redactado por Cesar Portela-IDOM UTE, unha vez adxudicado o contrato, contemplaba un investimento de 82.490.720 euros e foi aprobado pola Xunta de Goberno Local en sesión de 9 de outubro de 2006.

Con todo, con data 12 de abril de 2007, Pazo de Congressos de Vigo, S.A. solicitou a modificación do contrato debido a incidencias no subsolo -aparición de roca de gran abrasividade, á necesidade de modificación de solucións do proxecto -consolidación e recalco, contención e movementos de terras por risco grave de estabilidade dos edificios colindantes- e a problemas de accesibilidade ás naves da rúa Jacinto Benavente como consecuencia das solucións construtivas propostas.

Dita modificación foi rexeitada pola Xunta de Goberno Local en sesión 4 de xuño de 2007, en base aos informes técnicos e xurídicos municipais emitidos en relación coa mesma.

Neste acordo requiriuse de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. a presentación do proxecto de execución do conxunto arquitectónico, fixando o 16 de xullo de 2007 como data límite para a súa presentación. O proxecto de execución, redactado pola mesma UTE Cesar Portela IDOM, foi presentado en devandita data, cun orzamento de 151.338.119 euros.

Este desfase no orzamento de execución da obra en case setenta millóns de euros, respecto do anteproxecto e proxecto básico da obra pública, elaborados pola mesma UTE Cesar Portela IDOM, determinou que Pazo de Congressos de Vigo, S.A. solicitase do Concello de Vigo e este aprobase a redución da obra pública, principalmente en canto ao



Concello de Vigo

número de prazas de garaxe da mesma e á súa zona complementaria comercial, así como a aprobación dun novo plan económico financeiro axustado á obra que finalmente executácese.

En data 15 de decembro de 2010, Pazo de Congresos de Vigo, S.A. presentou ao Concello de Vigo o novo plan económico financeiro, no que se consigna un investimento de 85.463.700,67 euros e contéplase unha nova subvención de capital de 5.003.892 euros e a ampliación do prazo concesional en 25 anos, chegando ata o máximo permitido legalmente de sesenta anos. Este novo plan económico financeiro foi aprobado pola Xunta de Goberno Local o 6 de xullo de 2012.

Non obstante esta aprobación do novo plan económico financeiro, como consecuencia da modificación da obra pública, en xullo de 2012, Pazo de Congresos de Vigo, S.A., menos dun ano logo de dita aprobación, o 27 de xuño de 2013, solicitou o equilibrio económico do contrato aducindo o incumprimento na súa práctica totalidade das previsións económico financeiras da concesión; incumprimento de previsións que achacaba á inactividade da Administración concédente por incumprimento dos compromisos urbanísticos de acondicionamento da contorna e á magnitude da crise económica, imprevisible no momento da oferta e da elaboración do plan de viabilidade.

Rexeitada esta petición polo Concello de Vigo, foi reproducida en vía xurisdiccional, sendo desestimada por sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 dos de Vigo, de data 16 de marzo de 2015, ditada no procedemento ordinario núm. 1/2014; sentenza que foi confirmada pola do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, de data 24 de setembro de 2015, ditada no recurso de apelación núm. 4262/2015.

TERCEIRO.- Da sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 dos de Vigo, a que acabamos de referirnos, interesa reproducir aquí o que segue:

En canto ao marco normativo para enxuzar a pretensión do restablecemento do equilibrio económico financeiro, declara a sentenza que:

«Na regulación da retribución do concesionario, o artigo 225 do TRLCAP establece que "o concesionario será retribuído directamente mediante o prezo que abone o usuario ou a Administración pola utilización da obra, polos rendementos procedentes da explotación da zona comercial e, no seu caso, coas achegas da propia Administración de acordo co previsto nesta lei, debendo respectarse o principio de asunción de risco polo concesionario".

Este principio de asunción de risco polo concesionario desenvólvese no artigo 239 do TRLCAP, que establece no seu apartado primeiro que "As obras constrúense a risco e ventura do concesionario, de acordo co disposto nos artigos 98 e 144 desta lei, salvo para aquela parte da obra que puidese ser executada por conta da Administración, segundo o previsto no apartado 2 do artigo 236, nese caso rexerá o réxime xeral previsto para o contrato de obras." Este principio fundamenta a obriga de concesionario de "explotar a obra pública, asumindo o risco económico da súa xestión coa continuidade e nos termos establecidos no contrato ou ordenados posteriormente polo órgano de contratación", obriga establecida no artigo 243 b) do TRLCAP.

O mantemento do equilibrio económico da concesión recoñécese como dereito do concesionario no artigo 242 b) do TRLCAP, pero non de forma absoluta e incondicionada, senón coa seguinte delimitación: "na forma e coa extensión prevista no artigo 248 desta lei".

(...)

No presente caso a reclamación de restablecemento do equilibrio non se fundamenta nin nunha modificación das condicións de explotación da obra acordada por razóns de interese público de forma unilateral da Administración (non houbo exercicio do *ius variandi* neste sentido) nin tampouco se invoca a existencia de forza maior nin a existencia dunha concreta actuación da Administración que determine a ruptura substancial da economía da concesión, senón o incumprimento das previsións de ingresos que se obterían co arrendamento das oficinas e locais comerciais do Complexo explotado pola actora, ao non dar froito os labores de comercialización realizadas para o arrendamento de devanditas oficinas e locais comerciais, que non se conseguiron alugar, segundo a demandante, non por falta de dilixencia no seu labor comercializadora, senón polo mantemento do estado de conservación preexistente da contorna do Auditorio-Pazo de Congressos. Non hai, xa que logo, "*factum principis*" no que ancorar a reclamación.

Finalmente, o último suposto en que legalmente a administración está obrigada a restablecer o equilibrio económico do contrato, configúrase por remisión aos supostos que se establezan no propio contrato para o seu revisión, de acordo co previsto nos artigos 230.1.e) e 233.1.d) desta lei, e polas razóns que se pasan a expoñer no seguinte fundamento de dereito, a ausencia dos ingresos esperados pola explotación dos locais comerciais e oficinas (xa sexa causada pola crise económica xeral, xa sexa pola situación degradada da contorna do Complexo ou pola concorrencia de ambos factores) non é un suposto contemplado no contrato como determinante do seu revisión, senón que, antes ao contrario, o incumprimento das previsións de demanda de uso é un risco contemplado e previsto xa no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, e o concesionario asume expresamente ese posible incumprimento de previsións, sen que poida reclamar, sobre a base do contrato, ningunha compensación polo feito de que a evolución real da demanda de uso das zonas comerciais da concesión sexa inferior á prevista».

Continuando coa cuestión suscitada no parágrafo que precede, a sentenza, en relación coa regulación da asunción de riscos e o restablecemento do equilibrio económico-financeiro da concesión contida no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, declara que:

«Debe recordarse que o Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato de concesión de obra pública é o documento que define e pormenoriza os dereitos e obrigas das partes, tanto na fase de construción da obra como na súa explotación, e en particular polo que respecta ás retribucións que ten dereito a percibir o concesionario, as fórmulas de revisión e a distribución de riscos (artigo 230.1 do e 243 b) do TRLCAP), con carácter vinculante para ambas partes de *lex contractus*.

Pois ben, o Prego de Cláusulas Administrativas Particulares reitor da concesión adxudicada á actora (PCAP) contén diversas estipulacións que se opoñen á compensación pretendida pola concesionaria polo feito de non ver cumpridas as súas previsións de ingresos contidas



Concello de Vigo

no PEF e no Estudo de Viabilidade. Neste sentido, hai que traer a colación as seguintes cláusulas:

a) A Cláusula 66 do PCAP, relativa á asunción de riscos, no seu apartado c) sinala que a entidade concesionaria asume o risco e ventura da demanda de uso, sen que poida reclamarse ao Concello de Vigo ningunha compensación polo feito de que a evolución real da mesma difira do previsto na súa proposición. O Concello non outorga ningunha garantía en relación co contido das previsións de demanda incluídas no Estudo de Viabilidade.

b) A Cláusula 61 do PCAP, regula de forma específica o equilibrio económico-financieiro da concesión adxudicada á actora, dispoñendo que o réxime económico do contrato deberá manter o equilibrio económico-financieiro da concesión nos términos previstos no propio PCAP e nos que sexan considerados para a adxudicación, tendo en conta o interese xeral e o interese do concesionario "de conformidade co previsto na presente cláusula". Xa que logo, sendo o PCAP o documento que define os dereitos e obrigas das partes do contrato, non podería concederse á concesionaria ningunha compensación en orde a restablecer o equilibrio económico-financieiro da concesión, nun suposto non contemplado en dita cláusula ou a través dun procedemento, forma ou medida distinta á especificamente regulada.

Atendendo ao tenor literal do apartado segundo e terceiro da cláusula 61, atópanse dous argumentos decisivos para descartar a procedencia da estimación da compensación pretendida pola demandante:

b.1) En primeiro lugar, porque o apartado segundo da cláusula 61 tipifica con carácter de "numerus clausus" os supostos en que o Concello debe restablecer o equilibrio económico do contrato (...), e a solicitude non se basea en ningún dos supostos tipificados para a esixencia deste deber de restablecemento (-). A declaración do perito xudicial corrobora que ningún destes supostos desta cláusula concorre no caso. Por outra banda, tampouco na reclamación identificábase a existencia de ningún destes supostos do PCAP como base da solicitude, fundamentada na doutrina xurisprudencial do risco imprevisible.

b.2) En segundo lugar, o suposto que basea a reclamación da actora, ademais de non atoparse dentro daqueles que o apartado 2 da Cláusula 61 tipifica como supostos exclusivos en que procede o restablecemento do equilibrio económico da concesión, atópase dentro dos casos en que, de conformidade co apartado terceiro da Cláusula 61, non procede ese restablecemento. Así se sinala nese apartado que non procederá o restablecemento do equilibrio económico financieiro da concesión: a) no caso de que a súa ruptura se deba á diminución dos beneficios derivados da explotación da zona complementaria por baixo do limiar mínimo previsto no presente Prego.

c) Unha terceira Cláusula do PCAP que imposibilita a estimación do pretendido pola concesionaria é a Cláusula 59, que no seu apartado terceiro establece que no caso de que os beneficios derivados da explotación comercial non alcancen o límite mínimo previsto no presente Prego de condicións, o concesionario non terá dereito á revisión das condicións do contrato, e en particular das tarifas, con base no desequilibrio económico financieiro que sufra como consecuencia de dita falta de ingresos.

Este clausulado reitor da concesión adxudicada á actora, vinculante para Concello e concesionaria, oponse a medidas compensatorias como as reclamadas, baseadas no carácter infrutuoso das xestións de comercialización dos espazos da zona comercial complementaria da concesión, quedando excluídas polo PCAP as medidas de restablecemento do equilibrio económico da concesión polo feito de que os beneficios non cheguen alcanzar o límite mínimo previsto no Prego reitor, o cal comprende tanto as hipóteses de beneficios máis reducidos por ser menores os ingresos obtidos en relación cos previstos como as de ausencia absoluta de ingresos.

Non cabo invocar a doutrina do risco imprevisible para obter a compensación por un risco xa previsto no contrato libremente asinado pola demandante (integrado nas súas condicións polo PCAP) e que no clausulado do PCAP reitor da concesión excluír expresamente do deber de restablecemento do equilibrio económico-financeiro da concesión».

Pola súa banda, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, de data 24 de setembro de 2015, ditada no recurso de apelación núm. 4262/2015, interposto contra a anterior, acepta os fundamentos da sentenza apelada e rexeita o risco imprevisible invocado por Pazo de Congresos de Vigo, S.A., declarando que:

«O feito de que non se puideron arrendar determinados locais, ou o atraso na transformación urbanística da contorna, a partir da que existía no momento en que se subscribiu o contrato, que en ningún caso cabo atribuír á actuación municipal, non poden cualificarse como risco imprevisible. Así o establece de modo moi claro a STS de 4-2-2014 nun suposto de construción e explotación dunha autoestrada de peaxe na que o tránsito de vehículos, como consecuencia da crise económica, resultou moi inferior ao previsto (...).».

CUARTO.- Con data 21 de xullo de 2016, o Consello de Administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., en base ao déficit de caixa existente, acordou comunicar ao Xulgado do mercantil competente o inicio de negociacións cos acredores da Sociedade, para lograr un acordo de refinanciación ou, no seu caso, para obter unha proposta anticipada de convenio, nos términos previstos no artigo 5 Bis da Lei 22/2003, de 9 de xullo, Concursal.

Á vista deste acordo, a Xunta de Goberno Local, con data de 7 de outubro de 2016, con fundamento nas consideracións de feito e de dereito que se conteñen no seu parte expositiva, adopto o de requirir «da mercantil Pazo de Congresos de Vigo, S.A., dos seus administradores e das mercantís accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. o cumprimento da obriga das accionistas desta de proceder ao saneamento patrimonial de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., prevista na cláusula 20.7 do PCAP do contrato, para o caso de que ditas negociacións non alcanzasen o resultado pretendido».

Dita cláusula establece que «os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social».



Concello de Vigo

Para o cumprimento desta obriga de saneamento patrimonial, a cargo dos accionistas, o acordo municipal fixou o prazo de quince días a contar do vencemento do prazo de tres meses, desde a comunicación ao Xulgado, que o artigo 5 bis. 5 da Lei Concursal concede ao debedor para alcanzar os acordos que xustificaron a comunicación.

QUINTO.- Este acordo municipal foi notificado á mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e aos accionistas e administradores da mesma, á vez que se practicou a todos eles o requirimento nel disposto: aos accionistas adxudicatarios para que adoptasen as medidas conducentes a remediar a situación de insolvencia si as negociacións non daban o resultado pretendido e a Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e aos seus administradores para que reclamasen dos accionistas adxudicatarios o cumprimento da obriga de adoptar tales medidas.

Contra este acordo, Pazo de Congressos de Vigo, S.A. interpuxo o 29 de novembro de 2016, en prazo hábil, recurso de reposición, solicitando a nulidade e a suspensión do acordo impugnado, fundado na inesixibilidade, tanto legal como contractual, da obriga de saneamento patrimonial cuxo cumprimento requiriulles o órgano de contratación.

SEXTO.- Os argumentos do recurso son substancialmente os que seguen:

- Que o requirimento leva a cabo unha interpretación incorrecta do contrato, contravindo non só o que o propio PCAP establece, senón que apartándose de todos os principios e regras que rexen a realidade concesional en España, esixe unha especie de obriga permanente e ilimitada de achega de fondos por parte dos accionistas da sociedade concesionaria, que nin se atopa establecido en ningunha lei mercantil nin en ningunha norma sobre contratación pública, nin en ningún dos Pregos que regulan ou regularon o funcionamento das concesións de obras públicas no noso país.

- Que para deducir tal conclusión o Acordo se fundamenta en dúas afirmacións incorrectas, que a Sociedade Concesionaria é unha mera sociedade instrumental e que o PCAP esixe aos accionistas unha obriga permanente de cubrir as necesidades financeiras do Concesionario.

- Que «o requirimento realizado directamente aos propios accionistas, como no mesmo Acordo recóllese, non pode orixinar nin dar lugar a ningunha actuación adicional por parte desta Sociedade, na medida que hipoteticamente, no caso de que o indicado no Acordo tivese algún tipo de fundamento legal ou contractual, que non o ten, o único que podería facer o Concesionario é poñer de manifesto tal circunstancia aos accionistas, sen que nin a lei mercantil nin a normativa sobre contratación pública outorguen á sociedade acción algunha respecto de os seus socios en relación cunha hipotética obriga de achega patrimonial».

- Que a sociedade concesionaria Pazo de Congressos de Vigo, S.A. non é unha sociedade instrumental no sentido de que sexan os accionistas, na súa calidade de licitadores, os que asumen os dereitos e obrigas previstos no PCAP. E iso porque, tanto o artigo 232.2 do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado polo Real Decreto lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, como as cláusulas 10 e 20 do PCAP indican que a

sociedade anónima a cuxa creación comprometer as empresas que concorren agrupadas á licitación "será a titular da concesión"; porque as bases xurídicas do sistema concesional da obra pública introducido pola Lei 13/2003, de 23 de maio, e mantido no actual Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público son claras e indubidadas: o titular da concesión, e de todos os dereitos e obrigas derivadas da mesma, o é a sociedade concesionaria que formaliza o contrato, tralo compromiso dos licitadores de constituíla; porque o artigo 233.3 do TRLCAP sinalaba, entre outros aspectos, que as proposicións dos licitadores debían incluír como mínimo a "relación de promotores da futura sociedade concesionaria, no caso de que estivese prevista a súa constitución, e características da mesma, tanto xurídicas como financeiras"; ou sexa, que no caso de que os Pregos contemplasen a obriga de constituír unha sociedade concesionaria, os licitadores convértense simplemente en "promotores da futura sociedade concesionaria", que será a única titular futura dos dereitos concesionais e así o confirmou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, no seu Informe 54/2004; porque cuestión distinta é que os Pregos poidan impoñer, nalgúns casos, unhas determinadas obrigas que poden ter como destinatarios finais aos accionistas, pero tal posibilidade non se derivaría do feito de que os accionistas fosen adxudicatarios da concesión, senón que, pola contra, tería o seu fundamento noutras consideracións -a propia normativa das sociedades de capital, que impón aos accionistas determinadas obrigas respecto ao saneamento patrimonial das sociedades, que se reproducen en sé concesional e a especial consideración que a sociedade de capital ten como sociedade concesionaria dunha obra pública cuxa explotación poida esixir o mantemento de determinados niveis de solvencia técnica e económica, que os Pregos especifican-; porque o feito de que os destinatarios finais destas obrigas puidesen ser, en determinadas e concretas circunstancias -que non concorren no presente caso-, os accionistas, non determina que estas obrigas sexan obrigas dos accionistas fronte á Administración concedente. Son obrigas de terceiros alleos á titular do contrato de concesión que terán exclusivamente o alcance e as consecuencias que de forma específica e concreta sinala o Prego concesional, nos términos a que a continuación se refire; porque, en fin, o acordo trata de desvirtuar estas conclusións pretendendo dar ao contido do artigo 53 do TRLCAP, referido á perfección dos contratos, un alcance que non ten, pois a problemática sobre si a perfección dos contratos do sector público débese entender ou non producida coa adxudicación ou a formalización, foi definitivamente resolta coa nova redacción do artigo 27 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (en diante, o "TRLCSP"), ao sinalar que os "contratos que celebren os poderes adxudicadores perfecciónanse coa súa formalización"; redacción que foi introducida pola reforma do TRLCSP levada a cabo pola Lei 34/2010, de 5 de agosto, coa finalidade específica de dar cumprimento ás esixencias da Comisión Europea en canto á adecuación da lexislación interna sobre contratos do sector público ás directivas comunitarias aplicables.

- Que a cláusula 20.7 do PCAP refírese á Lei de Sociedades Anónimas polo que procede «interpretar a obriga que se impón aos accionistas da Sociedade Concesionaria no marco da lexislación mercantil cuxa aplicación resultalle indubidada, con independencia de que concorran determinadas especialidades derivadas da súa especial natureza».

- Que «O desequilibrio patrimonial é unha situación económica e contable de non correlación entre os fondos propios e o capital social dunha sociedade. Xa que logo só existirá desequilibrio patrimonial nunha sociedade conforme á LSC cando: i) as perdas reduzan o seu patrimonio neto por baixo das dúas terceiras partes da cifra de capital e transcorrese un exercicio social sen haberse recuperado o patrimonio; ii) as perdas



Concello de Vigo

reducisen o patrimonio neto a unha cantidade inferior á metade da súa cifra de capital social».

- Que «o concepto de patrimonio neto e, en consecuencia, o de desequilibrio patrimonial, están perfectamente definidos na normativa mercantil e nin un nin outro son susceptibles de interpretación. E só en tal situación xéranse obrigas adicionais para os accionistas, de distinto alcance, máis aló do seu compromiso inicial de aportar determinadas cantidades aos fondos propios da Sociedade Concesionaria conforme ao PCAP, compromiso co que devanditos accionistas cumpriron sobradamente, ata por encima das esixencias contractuais».

- Que «da análise das contas anuais da Sociedade Concesionaria se depende que a cifra do patrimonio neto da sociedade non se atopa en ningunha das situacións definidas na LSC como de desequilibrio patrimonial».

- Que «non pode esquecerse que os principais axustes que se produciron no patrimonio neto da Sociedade Concesionaria derívanse da depreciación do seu activo inmobiliario». E que «Esta foi a razón que levou á Sociedade Concesionaria a adoptar un acordo de redución de capital. Acordo de redución de capital que foi notificado ao Concello de Vigo, en cumprimento do indicado no PCAP, sen que o Concello de Vigo opuxésese nin manifestase ningún tipo de oposición á súa execución, na medida en que dita actuación axustábase plenamente ao que a normativa mercantil e o propio PCAP establece».

- Que só para o suposto particular do artigo 363.1.e) LSC -«1. A sociedade de capital deberá disolverse: e) Por perdas que deixen reducido o patrimonio neto a unha cantidade inferior á metade do capital social, a non ser que este auméntese ou se reduza na medida suficiente, e sempre que non sexa procedente solicitar a declaración de concurso»- a cláusula 21.3 do PCAP impón a obriga contractual de realizar unha ampliación do capital en contía suficiente.

- Que non cabo equiparar as situacións de desequilibrio patrimonial cos supostos de insolvencia e esixir que os accionistas aporten os fondos necesarios para atender e resolver ditas situacións de desequilibrio económico financeiro da Concesión.

- Que ao desequilibrio patrimonial se contraponse unha situación diferente: a insolvencia que, concibida na LC -pois ningunha referencia realízase a ela na LSC-, é dicir, como imposibilidade dun debedor de cumprir regularmente as súas obrigas exixibles e que a xurisprudencia confirmou igualmente de forma indubidada dita distinción, da que é exemplo a recente Sentenza do Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014, ditada no recurso de casación número 541/2012.

- Que nada se di no PCAP, nin na LSC, para o caso en que, sen que exista desequilibrio patrimonial, si concorra unha situación de insolvencia «E nada se di pola sinxela razón de que, de concorrer esta circunstancia, o noso ordenamento xurídico é tallante no que concirne á obriga do Consello de Administración de tramitar un concurso de acredores e protexer, así, o principio de igualdade que a estes asiches no cobro das súas débedas».

- A recorrente, en fin, tras expoñer as razóns polas que considera que as accionistas non teñen unha obriga permanente de cubrir as necesidades financeiras da mercantil titular da concesión, defende non só a anulabilidade do acordo recorrido por esta razón, senón,

tamén, a súa nulidade de pleno dereito, conforme ao artigo 47.1 da LPAC-AP -actos ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio- ao entender que devandito requirimento foi adoptado por órgano manifestamente incompetente, dado que -afirma- a Xunta de Goberno Local non ten atribuída ningunha competencia para esixir dos accionistas da Concesionaria a obriga de levar a cabo calquera tipo de achega adicional de fondos para facer fronte a unha situación de insolvencia, unha vez construída e en explotación a obra pública. Aduce tamén a recorrente neste apartado, en apoio da inesixibilidade da obriga de saneamento patrimonial das súas accionistas, que resulta determinante que «o PCAP ao definir os incumprimentos que puidesen dar lugar a unha infracción grave do propio PCAP (artigo 68), en ningún momento fágase referencia ao potencial incumprimento da mencionada achega de fondos. Tendo o presunto incumprimento de achega de fondos a transcendencia e a gravidade que se indican no propio Acordo, houbera resultado lóxico que o artigo 68 identificase o mesmo como un suposto claro e determinante dunha posible infracción grave». E engade que «a non tipificación de devandito potencial incumprimento de achega adicional de fondos para facer fronte a unha situación de insolvencia, unha vez construída e en explotación a obra pública, como unha infracción grave, pon de manifesto que o PCAP non o esixía, e xa que logo a Xunta de Goberno Local carece de toda competencia para levar a cabo o requirimento notificado e impugnado».

- Para rematar, así mesmo, invoca, tamén a reclamante que a obriga permanente das accionistas de cubrir as necesidades financeiras de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. é incompatible co feito de que o PCAP admita como causa de resolución do contrato as previstas no artigo 264 TRLCAP, entre as que figura o concurso de acredores como causa de resolución necesaria do contrato cando se declara a fase de liquidación da concursada.

SÉTIMO.- En data 29 de novembro de 2016 don Fernando Lacadena Azpeitia, don Javier Zarrabeitia Unzueta e don Alfonso Badías Albert, representantes de Testa Hoteles, S.A.U. e de Testa Inmuebles en Renda, SOCIMI, S.A., o primeiro; de Gescentesta, S.L.U., o segundo e de Gesfontesta S.A.U., o terceiro -mercantís estas membros do Consello de Administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A.- adheríronse ao recurso de reposición a que se acaba de facer referencia, interposto por Pazo de Congresos de Vigo, S.A. contra o acordo da Xunta de Goberno Local, de 7 de outubro de 2016; escrito de adhesión no que, ademais de remitirse ao contido do recurso de reposición presentado por Pazo de Congresos de Vigo, S.A., manifestan que os membros do consello de administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. actuaron sempre con total e estrito cumprimento das súas obrigas como administradores e que habendo manifestado os accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. ao consello de administración desta mercantil a súa desacordo coa pretensión municipal de obriga dos accionistas de facer fronte á insolvencia da concesionaria, en cumprimento do disposto na cláusula 20.7 do PCAP do contrato, a presunta obriga de achega de fondos é unha cuestión que incumbe aos accionistas e queda fóra do ámbito de responsabilidade do Consello de Administración.

OITAVO.- En sesión de 9 de decembro de 2016, a Xunta de Goberno Local denegou a suspensión do acordo recorrido, solicitada no escrito do recurso.

NOVENO.- Do recurso de reposición e do escrito de adhesión ao mesmo deuse traslado, para alegacións, ás accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e aos demais membros



Concello de Vigo

do seu consello de administración, sen que por estes presentácese alegación algunha, fóra diso Sacyr Construción Participacións Accionarias, S.L. e Sacyr Construción, S.A.U. que, con data 9 de xaneiro de 2017, manifestaron que ditas mercantís acudiran directamente á vía do recurso contencioso-administrativo fronte á resolución obxecto da reposición.

DÉCIMO.- Á vista do contido do recurso de reposición, o Concello de Vigo solicitou da cátedra de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo a emisión de ditame sobre o significado e alcance da cláusula que impón aos accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. a obriga de manter unha situación patrimonial saneada desta sociedade, así como sobre a súa aplicabilidade na hipótese de insolvencia da sociedade.

O ditame obxecto do encargo municipal foi emitido con data 15 de decembro de 2016 polo catedrático de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo Prof. Dr. don Anxo Tato Praza e polos profesores de Dereito Mercantil da mesma universidade, doutores don Paulo Fernández Carballo-Calero e don Francisco Torres Pérez, nos termos que seguen:

«1.- Significado e alcance da obriga de manter á sociedade nunha situación patrimonial saneada.

1.1.- Introducción.

O réxime xurídico aplicable á sociedade -Pazo de Congressos de Vigo S.A.- presenta certas especialidades. Estas especialidades derívanse da presenza, no Prego de cláusulas administrativas particulares, de tres cláusulas especificamente deseñadas para manter a sociedade nunha situación patrimonial saneada e evitar afrontar situacións de desequilibrio patrimonial.

Así, a cláusula 20.7 do Prego contempla unha obriga -a cargo dos accionistas- de manter a sociedade nunha situación patrimonial saneada. Dispón esta cláusula o seguinte: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

En segundo lugar, a cláusula 21.3 do Prego de cláusulas administrativas contempla tamén a obriga dos accionistas da sociedade de proceder á ampliación do capital social en caso de diminución do patrimonio social por baixo da metade do capital social. Dispón esta cláusula que -no caso de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por baixo da metade do capital social, este será ampliado a fin de evitar a causa de disolución do artigo 260.4 do texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas-.

Para rematar, as obrigas ás que acabamos de facer referencia complétanse cunha prohibición de disolución da sociedade en tanto non finalice o prazo de concesión. Esta prohibición recóllese na cláusula 21.8, que di o seguinte: -a sociedade concesionaria non se poderá disolver ata que finalice o prazo de concesión e prodúzase a entrega ao Concello da totalidade da obra pública obxecto da concesión nas condicións establecidas neste Prego-.

Para finalizar, debemos advertir que tanto a prohibición de disolución da sociedade (á que acabamos de facer referencia) como a obriga de aumentar o capital social para o caso de perdas que deixen reducido o patrimonio social por baixo da metade do capital social, aparecen reflectidas tamén nos Estatutos da sociedade. Así, a prohibición de disolución da sociedade recóllese no artigo 40 dos Estatutos. Pola súa banda, a obriga de aumento do capital social regúlase no artigo 5 dos Estatutos.

En cambio, os Estatutos da sociedade non prevén a obriga de manter unha situación patrimonial saneada, á que fai referencia a cláusula 20.7 do Prego de cláusulas administrativas particulares. Con todo, dita obriga a cargo dos accionistas ten tamén rango estatutario, toda vez que -como dicimos- aparece contemplada no Prego de cláusulas administrativas particulares, e o artigo 1 dos Estatutos da sociedade -Pazo de Congresos de Vigo S.A.- é claro ao establecer que esta sociedade -rexerese polos seus Estatutos, polo Texto Refundido da Lei de Sociedades Anónimas [na actualidade Texto Refundido da Lei de Sociedades de Capital], e polo Prego de Cláusulas Administrativas Particulares do concurso para a adxudicación, por procedemento aberto, da Concesión de Obra Pública para a Construción e Explotación dun Auditorio - Pazo de Congresos con Zonas Complementarias sobre a parcela denominada Casa Mar na Avenida de Beiramar de Vigo e en subsolo da rúa Jacinto Benavente-.

1.2.- A obriga de manter unha situación patrimonial saneada.

Acabamos de ver que tanto o Prego de cláusulas administrativas particulares como os Estatutos da sociedade -Pazo de Congresos de Vigo S.A.- contemplan dúas obrigas diferentes: a obriga de manter unha situación patrimonial saneada, por unha banda, e a obriga de aumentar o capital social en caso de redución do patrimonio social por baixo da metade do capital social, polo outro.

Baixo o noso punto de vista, entre estas dúas obrigas existe unha clara relación de especialidade. De xeito que -como haberemos de ver- a primeira destas dúas obrigas ten un alcance xeral, e obriga aos accionistas a manter a sociedade -en todo momento- nunha situación patrimonial saneada.

En efecto, cabo recordar o tenor literal da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

Como pode comprobarse, a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares non obriga a -corrixir- ou -rectificar- os supostos de desequilibrio patrimonial previstos na Lei de Sociedades Anónimas. Así a todo, obriga a -evitalos-; isto é, a impedir que se produzan. E, con este fin, impón aos accionistas da sociedade, non a obriga de restaurar o equilibrio patrimonial no caso de que este perdeuse, senón a obriga de manter en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada.



Concello de Vigo

En cambio, a obriga de aumentar o capital social contéplase no Prego de cláusulas administrativas e nos Estatutos da sociedade para cando se produza unha específica situación de desequilibrio patrimonial: a existencia de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por baixo da metade do capital social. E tanto o Prego de cláusulas administrativas particulares como os Estatutos da sociedade obrigan a afrontar esta concreta situación de desequilibrio patrimonial a través dunha medida específica: o aumento de capital social.

1.3.- Nacemento da obriga de manter unha situación patrimonial saneada.

Centrándonos xa na primeira das obrigas contempladas polo Prego de cláusulas administrativas, debemos recordar -unha vez máis- que a cláusula 20.7 do Prego de cláusulas administrativas establece o seguinte: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

Como xa dixemos, o propio tenor literal desta cláusula pon de manifesto que non se impón aos accionistas da sociedade simplemente a obriga de corrixir ou rectificar -cando estas prodúzanse- as situacións de desequilibrio patrimonial contempladas na Lei de Sociedades de Capital. Así a todo, ordénalles evitalas, e a tal fin imponlles unha obriga de alcance xeral consistente en manter en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada.

En plena coherencia con esta formulación, a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares -a diferenza da cláusula 21.3- non identifica un concreto momento no que resulte exixible aos accionistas dita obriga. Así a todo, limítase a indicar que os accionistas deberán adoptar as medidas tendentes a sanear o patrimonio social -cando a situación patrimonial da sociedade requírao-. Isto é, cando a situación patrimonial da sociedade deteriorouse e non se atope saneada.

1.4.- Aplicabilidade ás situacións de insolvencia.

1.4.1.- Nocións previas.

Baixo esta perspectiva, a obriga contemplada na cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares -ao noso modo de ver- resulta plenamente aplicable ás hipóteses de insolvencia da sociedade. En efecto, veremos a continuación que a insolvencia presupón un deterioro patrimonial que implica que a situación patrimonial da sociedade non se atopa saneada (infra 1.4.2). Por conseguinte, unha interpretación literal da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares leva a concluír que a obriga que nela se contempla é plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia (infra 1.4.3). Así mesmo, esta conclusión é a que tamén se deduce dunha interpretación sistemática que poña en relación a cláusula 20.7 coas restantes cláusulas que integran o Prego de Cláusulas

Administrativas Particulares (infra 1.4.4). En particular, é a única conclusión compatible co réxime de sancións previsto no Prego (infra 1.4.5).

1.4.2.- A insolvencia como reflexo dunha situación patrimonial non saneada.

a) O concepto de insolvencia no concurso voluntario.

a.1) A insolvencia actual.

A Lei Concursal define a insolvencia como un estado no que o debedor non pode cumprir regularmente as súas obrigas exixibles (art. 2.2).

A imposibilidade de cumprir supón, por unha banda, que o debedor carece de bens suficientes para cumprir ou que non pode realízalos a tempo e, por outra, que non pode recorrer ao crédito de terceiros. En cambio, non sería insolvente o debedor que, podendo cumprir, deliberada ou negligentemente non o fai (PEREZ MILLÁN, D. -Disolución por perdas e declaración do concurso das sociedades de capital-, Seco Harvard Complutense Seminar on Business Law Corporate Governance Conflicts and Corporate Insolvency, p. 8).

Polo que respecta ao significado de -regularmente-, pode considerarse que cumprir de forma regular significa satisfacer as obrigas á o seu vencemento e con medios habituais (no caso do empresario, os obtidos no exercicio ordinario da súa actividade). Non hai que esquecer que o requisito de regularidade no cumprimento inspírase na Legge fallimentare, e -precisamente- a doutrina e xurisprudencia italianas precisaron que a irregularidade no cumprimento conéctase coa anormalidade nos medios de pago utilizados, por exemplo, mediante o recurso á liquidación apresurada ou ruínoza dos bens polo debedor (CERDA ALBERO, F., -A insolvencia: orzamento obxectivo do concurso-, en Estudos sobre a Lei Concursal -Libro homenaxe a Manuel Olivencia, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 966).

Polo demais, a imposibilidade de cumprir, que está na base do concepto de insolvencia, refírese -unicamente- ás obrigas exixibles, isto é, as obrigas de diñeiro vencidas e líquidas que xeraron acción para esixir o seu cumprimento (ALONSO ESPIÑENTA, F., -A declaración de concurso na Lei 22/2003-, en Estudos sobre a Lei Concursal -Libro homenaxe a Manuel Olivencia, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 929).

Con todo, non serían obrigas exixibles as obrigas non vencidas ou aquelas cuxo título constitutivo estivese afectado por un vicio que determinase o seu inexistencia ou nulidade.

a.2) A insolvencia inminente

O art. 2.3 da Lei Concursal sinala que si a solicitude de concurso preséntaa o debedor o seu estado de insolvencia poderá ser actual ou inminente. A continuación, o precepto establece que se atopa en estado de insolvencia inminente -o debedor que prevexa que non poderá cumprir regular e puntualmente as súas obrigas-.



Concello de Vigo

A efectos de distinguir a insolvencia inminente da insolvencia (actual), podemos afirmar que, na primeira, é suficiente con que o debedor prevexa unha situación na que non poderá cumprir regular e puntualmente as súas obrigas (non é necesario, xa que logo, que dita situación prodúzase efectivamente). O orzamento obxectivo do concurso non é a imposibilidade de pagar en si mesma, senón a previsión fundada de imposibilidade de cumprir en tempo as obrigas de próximo vencemento (ALONSO ESPIÑENTA, op. cit., p. 930).

Polo demais, a insolvencia inminente vira en torno á imposibilidade de cumprimento regular e puntual, tomando como referencia non só as obrigas exixibles, senón todas as obrigas existentes (CERDA ALBERO, op. cit., p. 970).

b) A insolvencia como reflexo dunha situación patrimonial non saneada.

En atención a todo o anteriormente exposto, parece necesario concluír que a insolvencia constitúe o reflexo dunha situación patrimonial non saneada. En efecto, non pode afirmarse que mantén unha situación patrimonial saneada quen non pode (ou prevé que non poderá) cumprir regularmente as súas obrigas exixibles.

Polo demais, esta conclusión aparece claramente reforzada si aténdese ao contido da Exposición de Motivos da Lei Concursal. En efecto, a lectura desta Exposición de Motivos permítenos atopar varios pasaxes que identifican con claridade a insolvencia cunha situación de deterioro patrimonial. Entre estes pasaxes destacan os que reproducimos a continuación:

-A Lei de Suspensión de Pagos, de 26 de xullo de 1922, promulgada con carácter provisional, porque se ditou para resolver un caso concreto, chegou a converterse en peza básica do noso dereito concursal grazas á flexibilidade da súa regulación, que, aínda que paliou o tratamento das situacións de crises patrimonial dos comerciantes, complicou aínda máis a falta de coherencia dun conxunto normativo carente dos principios xerais e do desenvolvemento sistemático que caracterizan a un sistema harmónico, e permitiu corruptelas moi notorias (...).

A unidade do procedemento impón a do seu orzamento obxectivo, identificado coa insolvencia, que se concibe como o estado patrimonial do debedor que non pode cumprir regularmente as súas obrigas (...).

O sistema legal combina así as garantías do debedor coa conveniencia de adiantar no tempo a declaración de concurso, a fin de evitar que o deterioro do estado patrimonial impida ou dificulte as solucións máis adecuadas para satisfacer aos acredores (...).

Así pois, a caracterización da insolvencia como o claro reflexo dunha situación patrimonial non saneada non só se desprende con claridade do propio concepto de insolvencia que introduce a Lei Concursal, pois -como afirmabamos- dificilmente cabo afirmar a existencia dunha situación patrimonial saneada cando esta non permite facer fronte ao cumprimento regular das obrigas exixibles.

Antes ao contrario, a caracterización da insolvencia como o reflexo dunha situación patrimonial non saneada plásmase tamén con claridade na propia Exposición de Motivos da Lei Concursal. Esta, como acabamos de comprobar, define claramente a insolvencia como un estado patrimonial. E, á súa vez, describe este estado patrimonial como un estado de crise ou deterioro patrimonial.

1.4.3.- A interpretación literal da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Acabamos de comprobar que a insolvencia defínese e describe na nosa lexislación concursal como o reflexo dunha situación patrimonial non saneada.

Baixo esta perspectiva, unha interpretación literal da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares debe levarnos a concluír que a obriga de manter unha situación patrimonial saneada -que se prevé naquela cláusula- resulta plenamente aplicable no suposto de insolvencia da sociedade Pazo de Congressos de Vigo.

A estes efectos, debemos comezar recordando de novo o tenor literal da citada cláusula. É o seguinte: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

Como xa expuxemos, unha lectura literal desta cláusula permite afirmar que, coa mesma, imponse aos accionistas da sociedade unha obriga de alcance xeral consistente en manter en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada.

De forma coherente co anterior, a mesma cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares impón aos accionistas a obriga de adoptar as medidas tendentes a sanear o patrimonio social -cando a situación requírao-. Isto é, cando a situación patrimonial da sociedade deteriorouse e non se atope saneada.

Baixo esta perspectiva, resulta evidente que a obriga dos accionistas da sociedade Pazo de Congressos de Vigo de sanear o patrimonio social resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade. Como vimos, a insolvencia constitúe o claro reflexo dunha situación patrimonial non saneada. E, en canto tal, a insolvencia da sociedade desencadea a obriga dos accionistas de sanear o patrimonio social para así dar cumprimento á súa obriga xeral de manter en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada.

1.4.4.- Interpretación sistemática.

As conclusións ata aquí obtidas vense claramente reforzadas si, ademais de criterios interpretación literal, acudimos a unha interpretación sistemática que poña en relación a



Concello de Vigo

cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares co resto das cláusulas que o integran.

En efecto, non cabo ignorar que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares non introduce unha medida de carácter illado. Antes ao contrario, aquela cláusula acompáñase doutras que, no seu conxunto, perseguen unha clara finalidade: evitar ou impedir a disolución da sociedade antes da finalización do período de concesión.

Así, a cláusula 21.3 do Prego de cláusulas administrativas, para a hipótese de redución do patrimonio neto a unha cifra inferior á metade do capital social, impide a disolución da sociedade e contempla a obriga dos accionistas da sociedade de proceder á ampliación do capital social. Dispón esta cláusula que -no caso de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por baixo da metade do capital social, este será ampliado a fin de evitar a causa de disolución do artigo 260.4 do texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas-

Por outra banda, no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares tamén se introduce unha prohibición absoluta de disolución da sociedade en tanto non finalice o prazo de concesión. Esta prohibición recóllese na cláusula 21.8, que di o seguinte: -a sociedade concesionaria non se poderá disolver ata que finalice o prazo de concesión e prodúzase a entrega ao Concello da totalidade da obra pública obxecto da concesión nas condicións establecidas neste Prego-

Así pois, pode comprobarse que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, lonxe de constituír unha medida illada, se inserta nun conxunto de cláusulas que perseguen unha clara finalidade: impedir a disolución da sociedade concesionaria en tanto non finalice o período de concesión.

Baixo esta perspectiva, unha interpretación sistemática da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares leva a concluír que a obriga de sanear o patrimonio social que nela se contempla resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade.

En efecto, si nunha situación de insolvencia non se procede a executar dita obriga, e a sociedade -en consecuencia- é declarada en concurso, este -á marxe da vontade da sociedade concursada e das súas accionistas- podería conducir á apertura da fase de liquidación. E, en aplicación do disposto no artigo 145.3 da Lei Concursal, a apertura da fase de liquidación implicaría á súa vez a disolución da sociedade.

Así as cousas, unha interpretación sistemática da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares (isto é, unha interpretación que poña dita cláusula en relación coas restantes que integran o Prego) obriga a concluír que a obriga de saneamento que aquela contempla resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade. En caso contrario -isto é, si deféndese a aplicabilidade daquela obriga nos supostos de insolvencia- estaríase aplicando a cláusula 20.7 de forma tal que conduciría a un resultado contrario ao fin perseguido polo Prego, fin que non é outro que evitar a disolución da sociedade antes da finalización do período de concesión.

É máis, unha interpretación da cláusula 20.7 que afirme a aplicabilidade desta nos supostos de insolvencia da sociedade conduciría a resultados que, ademais de ser contrarios á finalidade perseguida polo Prego, introducirían elementos de incoherencia no conxunto do mesmo.

Así, a interpretación do conxunto de cláusulas do Prego resultaría incoherente si deféndese que nas hipóteses de deterioro patrimonial grave (isto é, nas hipóteses de redución do patrimonio social a unha cifra inferior á metade do capital social), a sociedade non pode ser disolta e os accionistas están obrigados a sanear o seu patrimonio (por aplicación da cláusula 21.3), e que, con todo, en aplicación da cláusula 20.7, nos supostos de insolvencia (que poden implicar un deterioro patrimonial máis leve) os accionistas non veñen obrigados ao saneamento do patrimonio e procede en cambio unha declaración de concurso que pode desembocar na disolución da sociedade.

De igual forma, a interpretación do conxunto do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares resultaría tamén incoherente si enténdese que a obriga de saneamento do patrimonio social non resulta aplicable nas hipóteses de insolvencia, sendo posible en tales supostos unha declaración de concurso que, en caso apertura da fase de liquidación, conduciría a unha disolución da sociedade prohibida pola cláusula 21.8.

En definitiva, tanto si se parte dunha interpretación literal da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, coma se procédese a unha interpretación sistemática que poña en relación aquela con o conxunto de cláusulas do Prego, ha de concluírse que a obriga de saneamento patrimonial que nela se contempla resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia.

1.4.5.- A cláusula 20.7 e o réxime de sancións previsto no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.

A conclusión segundo a cal a obriga de saneamento patrimonial contemplada na cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria é tamén a única compatible co réxime de sancións previsto no propio Prego.

En efecto, a cláusula 68.2.1.h) do Prego tipifica a seguinte infracción: -a diminución por calquera vía da solvencia da sociedade concesionaria, en prexuízo da continuidade e a solvencia da concesión-.

Como pode comprobarse, o Prego tipifica como infracción a diminución da solvencia da sociedade concesionaria, con independencia de que esta diminución da solvencia desemboque ou non nunha redución do patrimonio a unha contía inferior aos dous terzos ou á metade do capital social.

Así configurada, a infracción que se tipifica na cláusula 68.2.1.h) carecería de sentido si non existise unha obriga paralela dos accionistas de manter en todo momento a solvencia patrimonial da sociedade, de forma que a súa obriga de saneamento patrimonial resulte plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria. En caso contrario, chegaríase a unha conclusión ilóxica, consistente en afirmar que a situación de



Concello de Vigo

insolvencia da sociedade concesionaria pode supoñer unha infracción en virtude do artigo 68.2.1.h) cando, ao propio tempo, afírmase que os accionistas non teñen ningunha obriga de evitar situacións de insolvencia, ao non resultarlles de aplicación -en devanditas situacións- a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.

2.- Sobre a referencia ás situacións de deterioro patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital: alcance e significado.

2.1.- Formulación xeral.

Polo demais, e ao noso modo de ver, fronte ás conclusións ata aquí alcanzadas non cabería opoñer unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares en virtude da cal a obriga de saneamento patrimonial que naquela se contempla só nace en dúas situacións de desequilibrio patrimonial contempladas na Lei de Sociedades de Capital: cando o patrimonio neto da sociedade redúcese a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social, e cando o patrimonio neto da sociedade redúcese a unha cifra inferior á metade do capital social.

Baixo o noso punto de vista, unha interpretación de cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares como a apuntada entraría en aberta contradición co tenor literal e coa finalidade daquela (infra 2.2 e 2.3). Ignoraría tamén -en segundo lugar- que a insolvencia é tamén unha situación de desequilibrio patrimonial que a Lei de Sociedades de Capital contempla e regula (infra 2.4). E, en último lugar, supoñería descoñecer que a Lei de Sociedades de Capital contempla e regula tamén outras situacións de desequilibrio patrimonial á marxe da insolvencia e da redución do patrimonio social a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social (infra 2.5).

2.2.- Interpretación literal.

Como acabamos de avanzar, unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares que conclúise que a obriga de saneamento patrimonial que nela se contempla só se desencadea cando a sociedade ve reducido o seu patrimonio social por baixo dos dous terzos ou da metade do capital social, resultaría ante todo contraria ao propio tenor literal da citada cláusula.

En efecto, unha conclusión como a apuntada só sería posible si afirmácese que a cláusula 20.7 do Prego unicamente impón a obriga de rectificar ou corrixir as situacións de desequilibrio patrimonial reguladas pola Lei de Sociedades de Capital.

Mais o certo é que a cláusula 20.7 non impón unha obriga de alcance limitado como a apuntada. Antes ao contrario, impón unha obriga de alcance máis xeral.

En efecto, o tenor literal da cláusula 20.7 -que xa habemos ter ocasión de reproducir en múltiples ocasións- é o seguinte: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán

adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

Unha mera lectura da cláusula que acabamos de reproducir permite extraer con facilidade varias conclusións. Estas conclusións serían as seguintes:

a) A cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares non impón aos accionistas da sociedade concesionaria a obriga de corrixir ou rectificar as situacións de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital. Así a todo, imponlles con claridade e precisión a obriga de evitalas.

b) Precisamente por isto, a obriga que impón a cláusula 20.7 non consiste en adoptar as medidas tendentes a rectificar ou superar unha situación de desequilibrio patrimonial -regulada na Lei de Sociedades de Capital- cando esta produciuse. Pola contra, impón unha obriga de alcance moito máis xeral: a de manter en todo momento saneada a situación patrimonial da sociedade, co fin de evitar que aquelas situacións de desequilibrio patrimonial cheguen a producirse.

c) Como consecuencia de todo o anterior, a cláusula 20.7 nin identifica o momento no que xorde a obriga de saneamento, nin identifica tampouco as medidas que han de adoptarse para a súa execución. A diferenza doutras cláusulas do Prego -como a cláusula 21.3, que impón unha concreta medida para cando o patrimonio neto véxase reducido a unha cifra inferior á metade do capital social- a cláusula 20.7 límitase a impoñer a obriga de sanear a situación patrimonial -a través da adopción de medidas que se entendan oportunas- -cando a situación requírao-. Isto é así, precisamente, porque o artigo 20.7 non contempla a obriga de reaccionar fronte a unha situación de desequilibrio patrimonial xa existente adoptando medidas específicas; regula a obriga de evitar ditas situacións de desequilibrio patrimonial evitando que se produzan e mantendo en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada. Por esa razón, non identifica un concreto momento en que deba executarse dita obriga, xa que a obriga que se impón consiste en manter á sociedade en todo momento nunha situación patrimonial saneada, e as medidas oportunas -por conseguinte- deberán adoptarse -sempre que a situación patrimonial requírao-; isto é, cando exista o risco de que a situación patrimonial da sociedade non se atope saneada.

2.3. Interpretación sistemática.

Unha interpretación que conclúese que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares só impón a obriga de saneamento patrimonial cando a sociedade vexa reducido o seu patrimonio a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social non só resultaría incompatible co tenor literal da citada cláusula. Resultaría tamén incompatible cunha interpretación sistemática do Prego. E iso por dúas razóns. En primeiro término, porque ignoraría que daquelas dúas situacións de desequilibrio patrimonial, unha (a redución do patrimonio social a unha cifra inferior á metade do capital social) ten xa unha regulación específica no Prego, polo que carecería de sentido que a cláusula 20.7 pretendese regular unha única situación de desequilibrio patrimonial (a redución do patrimonio social a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social) sen identificala. E, en segundo lugar, porque unha interpretación como a apuntada contradiría a



Concello de Vigo

finalidade perseguida polo conxunto de cláusulas incluídas no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Como dicíamos, a situación de desequilibrio patrimonial consistente na redución do patrimonio da sociedade a unha cifra inferior á metade do capital social conta xa cunha regulación específica no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares. A este respecto, a cláusula 21.3 dispón o seguinte: -no caso de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por baixo da metade do capital social, este será ampliado a fin de evitar a causa de disolución do artigo 260.4 do texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas-.

Nestas circunstancias, unha interpretación da cláusula 20.7 que defendese que a obriga de saneamento patrimonial que nela se contempla só xorde nas hipóteses de desequilibrio patrimonial consistentes na redución do patrimonio social a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social conduciría a resultados incoherentes. Unha destas dúas situacións de desequilibrio patrimonial -como acabamos de ver- xa conta cunha regulación específica no Prego, polo que non resulta aplicable á mesma a cláusula 20.7. E non parece razoable concluír que esta cláusula pretende regular unha única situación de desequilibrio patrimonial (a consistente na redución de patrimonio a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social) sen identificala.

Doutra banda, unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares que pretendese limitar a súa aplicación a dúas específicas situacións de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital (consistentes na redución do patrimonio social a unha cifra interior aos dous terzos ou á metade do capital social) tamén entraría en contradición coa finalidade perseguida polo conxunto de cláusulas do Prego.

Como xa habemos ter ocasión de comprobar noutro apartado deste Ditame, ao que nos remitimos (supra 1.4.4), a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, lonxe de constituír unha medida illada, inxírese nun conxunto de cláusulas que perseguen unha clara finalidade: impedir a disolución da sociedade concesionaria en tanto non finalice o período de concesión.

Pois ben, a interpretación proposta contradiría esta finalidade, pois impediría a aplicación da cláusula 20.7 do Prego a situacións de desequilibrio patrimonial como a insolvencia que -á marxe da vontade da sociedade concesionaria e das súas accionistas- conducirían á disolución da sociedade trala apertura da fase de liquidación do concurso.

É máis, unha interpretación como a proposta levaría a concluír que a cláusula 20.7 non é aplicable en situacións de insolvencia cando, en caso de declararse o concurso da sociedade concesionaria e non aprobarse un convenio (o que en absoluto depende da vontade da sociedade concesionaria ou das súas accionistas), a apertura da fase de liquidación conduciría a un resultado prohibido polo propio Prego de Cláusulas Administrativas Particulares: a disolución da sociedade antes da finalización do período de concesión.

En definitiva, estaríase propugnando unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego que conduciría a un resultado prohibido pola cláusula 20.8 do mesmo Prego.

Polo demais, non só se estaría propugnando unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego que -como acabamos de comprobar- conduciría a un resultado prohibido pola cláusula 20.8 do mesmo Prego. Tamén se sostería unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego que resulta incompatible co disposto na cláusula 68.2.1.h). Esta última tipifica a seguinte infracción: -a diminución por calquera vía da solvencia da sociedade concesionaria, en prexuízo da continuidade e a solvencia da concesión-.

Así configurada, a infracción que se tipifica na cláusula 68.2.1.h) carecería de sentido si non existise unha obriga paralela dos accionistas de manter en todo momento a solvencia patrimonial da sociedade, de forma que a súa obriga de saneamento patrimonial resulte plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria. En caso contrario, chegaríase a unha conclusión ilóxica, consistente en afirmar que a situación de insolvencia da sociedade concesionaria pode supoñer unha infracción en virtude do artigo 68.2.1.h) cando, ao propio tempo, afirmase que os accionistas non teñen ningunha obriga de evitar situacións de insolvencia, ao non resultarlles de aplicación -en devanditas situacións- a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.

2.4.- A insolvencia como situación de desequilibrio patrimonial regulada na Lei de Sociedades de Capital.

Nos apartados anteriores puidemos comprobar que tanto unha interpretación literal como unha interpretación sistemática da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares impiden concluír que aquela só resulta aplicable a dúas específicas hipóteses de desequilibrio patrimonial contempladas na Lei de Sociedades de Capital: a redución do patrimonio da sociedade a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social.

Con todo, aínda cando a meros efectos dialécticos ignorácese o anterior e concluíse que a cláusula 20.7 do Prego (e a conseguinte obriga de saneamento patrimonial que nela se contempla) resultan unicamente aplicables nas hipóteses de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital, habería que concluír que aquela cláusula resulta aplicable tamén ás situacións de insolvencia, pois é esta unha situación de desequilibrio patrimonial contemplada e regulada (aínda que sexa parcialmente) na Lei de Sociedades de Capital.

En efecto, a cualificación da insolvencia como unha situación de desequilibrio patrimonial -como xa puidemos comprobar nun apartado anterior do presente Ditame- dérvase do propio articulado e da Exposición de Motivos da Lei Concursal. Nesta última, son varios os pasaxes nos que se describe a insolvencia como unha situación de deterioro, crise ou desequilibrio patrimonial. Pasaxes como os seguintes:

“A Lei de Suspensión de Pagos, de 26 de xullo de 1922, promulgada con carácter provisional, porque se ditou para resolver un caso concreto, chegou a converterse en peza básica do noso dereito concursal grazas á flexibilidade da súa regulación, que, aínda que paliou o tratamento das situacións de crises patrimonial dos comerciantes, complicou aínda máis a falta de coherencia dun conxunto normativo carente dos principios xerais e do



Concello de Vigo

desenvolvemento sistemático que caracterizan a un sistema harmónico, e permitiu corruptelas moi notorias (...).

A unidade do procedemento impón a do seu orzamento obxectivo, identificado coa insolvencia, que se concibe como o estado patrimonial do debedor que non pode cumprir regularmente as súas obrigas (...).

O sistema legal combina así as garantías do debedor coa conveniencia de adiantar no tempo a declaración de concurso, a fin de evitar que o deterioro do estado patrimonial impida ou dificulte as solucións máis adecuadas para satisfacer aos acredores (...)."

A insolvencia é, así pois, unha situación de desequilibrio patrimonial. E é unha situación de desequilibrio patrimonial regulada tamén -parcialmente- pola Lei de Sociedades de Capital. É certo que o groso da regulación das situacións de insolvencia atópase na Lei Concursal. Mais non é menos certo que a cláusula 20.7 en ningún momento refírese a situacións de desequilibrio patrimonial -íntegra- ou -exclusivamente- reguladas na Lei de Sociedades de Capital. E a Lei de Sociedades de Capital refírese en diversos momentos ás situacións de insolvencia para regular parcialmente algúns aspectos da mesma, como, sen ir máis lonxe, os seguintes: a oponibilidade á masa dos contratos entre o socio único e a sociedade declarada en concurso (artigo 16); a disolución da sociedade en caso de concurso (artigo 361); a obriga dos administradores de solicitar a declaración de concurso cando a redución do patrimonio social a unha cifra inferior á metade do capital social de orixe a unha situación de insolvencia (artigo 363.1); a disolución da sociedade comanditaria por accións en caso de concurso de todos os socios colectivos (artigo 363.2); o deber -a cargo dos administradores- de convocatoria da Xunta Xeral para o caso de insolvencia que á súa vez supoña a redución do patrimonio a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social (artigo 365); a responsabilidade solidaria dos administradores para o caso de incumprimento de obriga de solicitar o concurso en caso de insolvencia que implique unha redución do patrimonio a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social (artigo 367); a improcedencia do nomeamento de liquidadores en caso de disolución da sociedade como consecuencia da apertura da fase de liquidación no concurso (artigo 376); etc.

En definitiva, é a propia Lei Concursal a que define a insolvencia como unha situación de desequilibrio, deterioro ou crise patrimonial. E a Lei de Sociedades de Capital non é allea á regulación -aínda que sexa parcial ou puntual- de certos aspectos desta situación de desequilibrio patrimonial.

Por conseguinte, aínda cando a efectos dialécticos conclúese que a obriga de saneamento patrimonial que contempla a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares resulta aplicable única e exclusivamente nas situacións de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital, habería que afirmar tamén a súa plena aplicabilidade nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria.

2.5.- Outras situacións de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital.

Acabamos de comprobar como a insolvencia constitúe unha situación de desequilibrio patrimonial regulada -aínda que sexa parcial e puntualmente- na Lei de Sociedades de

Capital, polo que en devandita situación resultaría aplicable a obriga de saneamento contemplada pola cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares aínda cando -a meros efectos dialécticos- afirmácese a aplicabilidade daquela obriga unicamente nas hipóteses de desequilibrio patrimonial reguladas pola Lei de Sociedades de Capital.

Pero, ata cando -de novo a meros efectos dialécticos- ignorácese todo o anterior, non sería posible unha interpretación da cláusula 20.7 que defendese a súa aplicabilidade unicamente nas situacións de desequilibrio patrimonial reguladas pola Lei de Sociedades de Capital e que identificase estas situacións unicamente con aqueles supostos nos que o patrimonio social redúcese a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social. Unha interpretación destas características, ao noso entender, ignoraría que a Lei de Sociedades de Capital non regula unicamente estas dúas situacións de desequilibrio patrimonial. Xunto a estas situacións de desequilibrio patrimonial derivadas de perdas graves, a Lei de Sociedades de Capital tamén regula (e cualifica expresamente como desequilibrio patrimonial) a hipótese de perdas simples que deixen o patrimonio social por baixo da cifra do capital social.

Neste sentido, é certo que o artigo 327 da Lei de Sociedades de Capital establece o carácter obrigatorio da redución do capital social cando o patrimonio social sitúese nunha cifra inferior aos dous terzos daquel.

De igual forma, o artigo 363 contempla a redución do patrimonio social a unha cifra inferior á metade do capital social como causa de disolución obrigatoria da sociedade.

Mais, xunto a estas hipóteses de desequilibrio patrimonial derivadas de perdas graves, o artigo 320 da Lei de Sociedades de Capital tamén regula unha situación de desequilibrio patrimonial derivada de perdas simples que sitúen o patrimonio social por baixo do capital social, aínda que non se alcancen os limiares fixados para desencadear a obriga de reducir o capital social ou de disolver a sociedade.

En particular, o artigo 320 da Lei de Sociedades de Capital establece o seguinte: -Cando a redución teña por finalidade o restablecemento do equilibrio entre o capital e o patrimonio neto da sociedade diminuído a consecuencia de perdas, deberá afectar por igual a todas as participacións sociais ou a todas as accións en proporción ao seu valor nominal, pero respectando os privilexios que a estes efectos puidesen outorgarse na lei ou nos estatutos para determinadas participacións sociais ou para determinadas clases de accións-.

Basta unha simple lectura do precepto que acabamos de reproducir para concluír que o mesmo enfróntase á regulación dunha situación de desequilibrio patrimonial. De feito, enfróntase á regulación do acordo de redución do capital necesario para o -restablecemento do equilibrio- entre o patrimonio neto e o capital social. Como é evidente, o restablecemento do equilibrio implica a existencia dun previo desequilibrio patrimonial. E na hipótese que regula o artigo 320 da Lei de Sociedades de Capital, dita situación de desequilibrio patrimonial derivase, non da existencia de perdas graves que sitúen ao patrimonio neto nunha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social, senón da existencia de perdas simples que simplemente sitúan o patrimonio neto da sociedade por baixo do capital social.

Nestas circunstancias, afirmar que a cláusula 20.7 do Prego resulta unicamente aplicable nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados pola Lei de Sociedades de Capital e



Concello de Vigo

que estes supostos son unicamente dous (redución do patrimonio neto a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social) implica identificar de forma indebida as situacións de desequilibrio patrimonial reguladas pola Lei de Sociedades de Capital unicamente coas situacións de desequilibrio patrimonial nas que a Lei de Sociedades de Capital impón a adopción de medidas obrigatorias, xa sexan estas a redución do capital social ou a disolución da sociedade.

Pero, como demostra o tenor literal do artigo 320 da Lei de Sociedades de Capital, este texto legal, xunto ás situacións de desequilibrio patrimonial nas que impón a redución do capital social ou a disolución da sociedade, contempla e regula tamén -aínda que non impoña medidas obrigatorias- outras situacións de desequilibrio patrimonial derivadas de perdas simples que sitúen o patrimonio neto nunha cifra inferior á do capital social.

Por conseguinte, aínda cando a efectos dialécticos aceptácese que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares resulta unicamente aplicable cando a sociedade concesionaria atópese nunha situación de desequilibrio patrimonial regulada pola Lei de Sociedades de Capital, aquela cláusula non resultaría unicamente aplicable nos supostos de redución do patrimonio neto a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social. Resultaría tamén aplicable a situacións de desequilibrio patrimonial derivadas de perdas simples que sitúen o patrimonio neto nunha cifra inferior ao capital social. Conclusión esta que, por outra banda, é plenamente coherente co alcance xeral que a cláusula 20.7 do Prego atribúe á obriga de saneamento do patrimonio social. Aquela cláusula -recordemos unha vez máis- non obriga a corrixir situacións de desequilibrio grave que reduzan o patrimonio social a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social, senón que obriga con carácter xeral a manter en todo momento a sociedade concesionaria nunha situación patrimonial saneada».

UNDÉCIMO.- Instruído o procedemento e incorporado ao mesmo o ditame arriba parcialmente transcrito, púxose de manifesto o expediente ás recorrentes, ás accionistas e demais membros do consello de administración, así como a don José Manuel Sobrino Ubeira, designado administrador concursal de Pazo de Congressos de Vigo, por auto, de 2 de decembro de 2016, do Xulgado do Mercantil núm. 3 de Pontevedra, polo que se declarou en concurso voluntario a Pazo de Congressos de Vigo, S.A. (Concurso Ordinario núm. 418/2016), para que no prazo de quince días formulasen as alegacións e presentasen os documentos que tivesen por conveniente.

DUODÉCIMO.- Dentro do prazo de audiencia conferido, Pazo de Congressos de Vigo, S.A. presentou o escrito de alegacións que figura no expediente; alegacións que poden ser resumidas nos términos que seguen:

- Alega en primeiro término a concesionaria que declarado o concurso a única xurisdición competente para coñecer da situación patrimonial da sociedade concesionaria é a xurisdición mercantil, polo que deixa de ter sentido a discusión en vía administrativa sobre unha hipotética obriga de saneamento patrimonial a cargo dos socios da concesionaria.

- Aduce, así mesmo, que resulta sorprendente que o Concello de Vigo requira para interpretar unha cláusula do PCAP, que el mesmo elaborou e aprobou, un ditame subscrito por un catedrático e dous profesores universitarios de Dereito Mercantil; e que o ditame é un informe xurídico, cuxa posta de manifesto á recorrente é improcedente.

- Subsidiariamente ao indicado nas anteriores alegacións, Pazo de Congresos de Vigo, S.A. da por reproducidas todas as consideracións recolleitas no recurso de reposición e trasladada, co escrito de alegacións, ao expediente administrativo algunhas das afirmacións realizadas no escrito de impugnación ao recurso presentado polo concello de Vigo contra o auto de declaración de concurso da concesionaria.

Tales afirmacións son en sínteses as que seguen:

- Que a práctica demostra non só que as empresas concesionarias de obras e/ou servizos públicos poden efectivamente ser declaradas en concurso de acredores, senón que, ademais, son múltiples os supostos nos que dita declaración produciuse, como no caso das empresas concesionarias de autoestradas.

- Que os PCAP destas concesionarias de autoestradas tamén incorporan a obriga da sociedade concesionaria de ampliar o capital no suposto de incorrer en perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio contable á metade do capital social a fin de evitar a disolución, citando ao efecto os Pregos de cláusulas administrativas particulares para o concurso das Concesións para a Construción, Conservación e Explotación das Autoestradas de Peaxe AP-36, AP-7 (Circunvalación de Alacante) e Cartaxena-Beira -cláusulas 4.3 e 30.5- e os artigos 14 e 15.5, respectivamente, dos Pregos de cláusulas administrativas particulares para o concurso das Concesións para a Construción, Conservación e Explotación das Autoestradas R-4, R-3/R-5 e M-12; cláusulas das que conclúe a recorrente que as obrigas de manter unha situación patrimonial saneada contida nos Pregos das concesións das autoestradas de peaxe citadas non supuxeron ningún obstáculo -nin tampouco se ha obxectado pola Administración Pública concedente- para a declaración do concurso.

- Que a Lei Concursal regula no seu artigo 67 as especificidades que deben rexer para os contratos de carácter administrativo subscritos polo debedor coa Administración Pública, unha vez -insiste- declarado o concurso.

- Que en todo caso non é certo que as previsións do PCAP do contrato a que se refire o expediente impidan a declaración do concurso, tendo en conta que, dise:

a) Existen outras cláusulas no PCAP do contrato das que resulta con claridade que a obriga de non disolver a sociedade ata a expiración do prazo concesional non é absoluta e evidencian que a sociedade concesionaria pode ser declarada en concurso: a cláusula 64.1.d), de acordo coa cal o Concello de Vigo poderá acordar a resolución do contrato nos casos e nas condicións que se establecen no Prego e no TRLCAP; a cláusula 73, segundo a cal a concesión extinguirase polo transcurso do prazo ou pola resolución, sendo causas de resolución do contrato de concesión as previstas no artigo 264 TRLCAP, no Prego e calquera outra establecida na lexislación vixente, debendo entenderse feita a remisión da



Concello de Vigo

cláusula 73 ao actual artigo 270 LCSP; e, en fin, a cláusula 74 sobre os efectos da resolución anticipada do contrato.

b) A obriga dos accionistas de procurar unha situación patrimonial saneada alcanza aos supostos de desequilibrio patrimonial a que se refiren os artigos 327 e 363 do texto Refundido da Lei de Sociedades de capital e non aos supostos de insolvencia; e que os supostos de desequilibrio patrimonial dos artigos citados non poden identificarse coa insolvencia, en apoio do cal cita a doutrina científica e sentenzas do Tribunal Supremo e outros órganos xurisdicionais que transcribe no escrito de alegacións.

DECIMO TERCEIRO.- Como queira que as alegacións do recurso de reposición interposto por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e polos representantes Testa Hoteis, S.A.U. e de Testa Inmuebles en Renda, SOCIMI, S.A., Gescentesta, S.L.U., Gesfontesta S.A.U. refírense non tanto a feitos e interpretacións de normas xurídicas, como á interpretación do contrato mesmo e do seu PCAP, considerouse procedente, ao amparo do artigo 59 TRLCAP/2000, solicitar, para a resolución do recurso de reposición, o ditame do Consello Consultivo de Galicia, para o que a Xunta de Goberno Local, en sesión de 4 de maio de 2017, acordou iniciar expediente específico, co número 1215/330, en relación coa interpretación das cláusulas 20.7 e 8 e 21.3 do Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato de concesión de obra pública que nos ocupa, así como do contrato mesmo en relación coas obrigas dos accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. para co Concello de Vigo, para o seu remisión ao Consello Consultivo de Galicia, ao obxecto de que emitira ditame sobre devanditos extremos, para a resolución dos recursos de reposición arriba citados.

DÉCIMO CUARTO.- En cumprimento deste acordo incorporouse a este expediente a documentación que segue:

- Documento administrativo de formalización do contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos con zonas complementarias, na Avda. de Beiramar en Vigo (folios 59 a 66).

- Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato (folios 67 a 152).

- Escritura pública de constitución da sociedade Pazo de Congressos de Vigo, S.A., autorizada polo notario de Vigo don Miguel Lucas Sánchez, co núm. 808 de orde da súa protocolo (folios 153 a 226).

- Documentación da proposición técnica e económica dos adxudicatarios do procedemento de contratación, accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. (folios 227 a 671).

-Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 dos de Vigo, de data 16 de marzo de 2015, ditada no procedemento ordinario núm. 1/2014, desestimatoria da solicitude de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. de restablecemento do equilibrio económico financeiro da concesión (folios 672 a 678).

- Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, de data 24 de setembro de 2015, ditada no recurso de apelación núm. 4262/2015, confirmatoria da anterior (folios 689 a 692).

- Acordo da Xunta de Goberno Local de data 7 de outubro de 2016, polo que se resolveu requirir «da mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A., dos seus administradores e das mercantís accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. o cumprimento da obriga dos accionistas desta de proceder ao saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., prevista na cláusula 20.7 do PCAP do contrato, para o caso de que ditas negociacións non conseguisen o resultado pretendido» (folios 693 a 699).

- Escrito presentado pola Vicesecretaria, non conselleira, do Consello de Administración de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., en representación desta mercantil, de data 28 de novembro de 2016, poñendo en coñecemento do Concello de Vigo ceses e nomeamentos de membros do ou Consello de Administración da mesma e persoas físicas representantes destes (folios 700 a 742).

- Escrito do recurso de reposición contra o anterior acordo da Xunta de Goberno Local de 7 de outubro de 2016, interposto por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. o 11 de novembro de 2016 (folios 743 a 761).

- Escrito de adhesión ao anterior recurso de reposición, presentado o 29 de novembro de 2016, polos representantes acodes físicas de Testa Hoteles, S.A.U. e de Testa Inmuebles en Renda, SOCIMI, S.A.; Gescentesta, S.L.U.; e Gesfontesta S.A.U.; mercantís membros do Consello de Administración de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. (folios 762 a 765).

- Auto, de 2 de decembro de 2016, do Xulgado do Mercantil núm. 3 de Pontevedra, polo que se declarou en concurso voluntario a Pazo de Congressos de Vigo, S.A. (Concurso Ordinario núm. 418/2016) (folios 766 a 772).

- Acordo da Xunta de Goberno Local, de 9 de decembro de 2016, denegatorio da solicitude de suspensión do acordo impugnado en reposición (folios 773 a 777).

- Ditame de data 15 de decembro de 2016 emitido polo catedrático de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo Prof. Dr. don Anxo Tato Praza e polos profesores de Dereito Mercantil da mesma universidade, doutores don Pablo Fernández Carballo-Calero e don Francisco Torres Pérez sobre o significado e alcance da cláusula que impón aos accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. a obriga de manter unha situación patrimonial saneada desta sociedade, así como sobre a súa aplicabilidade na hipótese de insolvencia da sociedade (folios 778 a 827).

- Escrito de alegacións, de data 9 de marzo de 2017, formuladas por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. no trámite de audiencia do recurso de reposición (folios 827 a 843).

DÉCIMO QUINTO.- No trámite de audiencia conferido a todas as interesadas neste expediente presentáronse por parte de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., as alegacións que figuran no mesmo, nas que reitera todas as alegacións formuladas no recurso de reposición e manifesta que: «(...) o Expediente de Interpretación incoado polo Concello de Vigo é improcedente, na medida que o exercicio da potestade de interpretación dos contratos administrativo ten sentido cando a Administración Pública, con carácter previo á adopción de determinadas decisións, en particular ante as dúbidas existentes sobre cal era o alcance ou



Concello de Vigo

contido de determinadas cláusulas do PCAP, decide fixar, con carácter previo a tómaa dunha decisión, un determinado criterio interpretativo. Criterio interpretativo que debe ser asumido polo contratista salvo que discrepe do seu contido e interpoña, fronte á decisión adoptada, os correspondentes recursos administrativos ou xudicial»; que «iniciar un Expediente de Interpretación cando a Administración xa tomou unha decisión coa cal discrepa o destinatario, carece de toda lóxica. O que ten que facer a Administración ante a que se interpón un recurso de reposición é resolver, sen máis, aplicando o criterio interpretativo que corresponda conforme á lexislación aplicable» e que «O que si parece fóra de toda dúbida é que, si o Concello suscítase agora como adecuada dita consulta ao Concello Consultivo, podería evitar o custo ao erario público cando con anterioridade encargou, sen razón algunha, a un catedrático de dereito mercantil e dous profesores universitarios os dous ditames previos que ningún efecto poden ter ante os tribunais de xustiza».

DÉCIMO SEXTO.- Fóra do prazo concedido para alegacións, Sacyr, S.A.U., Sacyr Construción Participacións Accionarias, S.L. e don Victor Javier Martín Gómez, representante acode física desta última mercantil no consello de administración de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., presentaron escrito de alegacións no que reiteran que, como xa manifestaron as alegantes non interpuxeron recurso de reposición contra o requirimento municipal acordado pola Xunta de Goberno Local o 7 de outubro de 2016, senón que interpuxeron directamente recurso contencioso-administrativo; que o Concello non ten potestade algunha para derivar responsabilidades e ditar resolucións de natureza executiva en relación cos socios dunha sociedade mercantil respecto de actuacións que teñan lugar no seo da mesma e así próbaos o feito de que o Concello estea pretendendo articular tales actuacións ante a xurisdición mercantil.

DÉCIMO SÉTIMO.- As alegacións aducidas por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e demais interesadas, accionistas e administradoras da titular da concesión, tanto no recurso de reposición como nos trámites de audiencia arriba referidos, foron informadas desfavorablemente por este informante, que propuxo a súa desestimación en base ás consideracións que seguen:

Primeira.- O contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias, na Avda. de Beiramar, en Vigo, de que tratamos, foi adxudicado pola Xunta de Goberno Local do Concello de Vigo, segundo díxose, en sesión de 6 de marzo de 2006, ás mercantís Testa Inmuebles S.A., Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A., Puentes Concesións S.L., Sacyr S.A.U., Expacontra S.A., e Puentes e Calzadas S.A., coa obriga de constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato (folio 42 do expediente núm. 960/330); sociedade anónima que, co nome de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., foi constituída por escritura pública de 19 de abril de 2006, outorgada ante o notario de Vigo don Miguel Lucas Sánchez, co número 808 do seu protocolo.

A formalización do contrato entre o Concello de Vigo e a mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A. tivo lugar o 2 de maio de 2006.

Tanto a adxudicación como a formalización do contrato tiveron lugar baixo a vixencia do Real Decreto lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aprobou o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, na redacción dada pola Lei 13/2003, de 23

de maio, Reguladora do Contrato de Concesión de Obras Públicas, que inseriu a regulación específica deste contrato na Lei de Contratos das Administracións Públicas, polo que, de acordo coa disposición transitoria primeira, parágrafo 2, da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, e do seu Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro, é o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas (en diante TRLCAP/2000), aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de xuño, a norma de aplicación ao mesmo.

Segunda.- As notas características do contrato de concesión de obra pública identifícanse na exposición de motivos da Lei 13/2003, de 23 de maio:

«Catro conceptos ou notas fundamentais caracterizan a figura da concesión, tal como concíbea esta lei, conceptos que constitúen o núcleo desta, imprimíndolle carácter, e cuxo contido ou significado convén precisar para unha mellor comprensión da norma. Estes son os de «obra pública», «risco concesional», «equilibrio económico da concesión» e «diversificación do financiamento», conceptos que se examinan a continuación.»

Precisando a exposición de motivos, en canto ao «risco concesional», que:

«Reviste importancia capital, para que a concesión da obra pública conserve os seus acenos de identidade e poida ser recoñecida como tal, que o concesionario asuma o risco da súa construción, conservación e explotación. Evidentemente, nun contrato de longa duración por natureza, a asunción do risco, ante a imposibilidade de predicir cunha marxe razoable de erro o futuro, non pode transformar o contrato nun negocio aleatorio polo que en coherencia imponse moderar adecuadamente os límites do risco, si quérense atraer a participación do capital e a iniciativa privadas en investimentos cuxo volume esixe o esforzo compartido dos sectores público e privado. Debe destacarse, con todo, que a asunción de risco en «proporción substancial» polo concesionario resulta determinante para que o contrato de concesión mereza tal cualificación. A lei responde así, sen ambigüidades, ás esixencias da doutrina e conclusións da Comisión Europea, expostas na súa Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada no Diario Oficial da Comunidade Europea de 29 de abril de 2000. Esta doutrina do risco informa en consecuencia a regulación que a lei fai da concesión de obras públicas».

Terceira.- De acordo con este principio, tal e como se recolle na sentenza arriba transcrita, o artigo 220.2 TRLCAP establece que:

«A construción e a explotación das obras públicas obxecto de concesión efectuaranse a risco e ventura do concesionario, quen asumirá os riscos económicos derivados do seu execución e explotación nos términos e co alcance establecidos por esta Lei, o que será en todo caso compatible cos distintos sistemas de financiamento das obras que nela se regulan e coas achegas a que puidese obrigarse a Administración concedente».

O 225 TRLCAP, que:

«O concesionario será retribuído directamente mediante o prezo que abone o usuario ou a Administración pola utilización da obra, polos rendementos procedentes da explotación da



Concello de Vigo

zona comercial e, no seu caso, coas achegas da propia Administración de acordo co previsto nesta lei, debendo respectarse o principio de asunción de risco polo concesionario». E o 243. b) TRLCAP, que é obriga do concesionario:

«b) Explotar a obra pública, asumindo o risco económico da súa xestión coa continuidade e nos termos establecidos no contrato ou ordenados posteriormente polo órgano de contratación».

O mantemento do equilibrio económico da concesión recoñécese como dereito do concesionario no artigo 242 b) do TRLCAP, pero non de forma absoluta e incondicionada, senón «na forma e coa extensión prevista no artigo 248 desta lei»; artigo 248 TRLCAP que, no seu apartado 2, dispón que:

«2. A Administración deberá restablecer o equilibrio económico do contrato, en beneficio da parte que corresponda, nos seguintes supostos:

a) Cando a Administración modifique, por razóns de interese público, as condicións de explotación da obra.

b) Cando causas de forza maior ou actuacións da Administración determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía da concesión. A estes efectos, entenderase por causa de forza maior as enumeradas no artigo 144 desta Lei.

c) Cando se produzan os supostos que se establezan no propio contrato para o seu revisión, de acordo co previsto nos artigos 230.1.e) e 233.1.d) desta Lei».

Cuarta.- E en aplicación destes preceptos do TRLCAP/2000, a cláusula 49.1 do PCAP do contrato de concesión dispón que:

«A sociedade concesionaria explotará o obxecto da concesión, asumindo o risco económico da súa xestión, e respectando os requisitos e condicións sinalados no presente Prego, no de prescricións técnicas particulares, e, nos termos establecidos na oferta da adxudicataria».

A cláusula 63. 1. b) que:

«Serán obrigas da sociedade concesionaria: b) Explotar a obra pública obxecto da concesión, asumindo o risco económico da súa xestión, coa continuidade e nos termos establecidos no contrato ou ordenados posteriormente polo órgano de contratación».

E a cláusula 66 que:

«1. A sociedade concesionaria asume os riscos e as responsabilidades que se deriven na execución dos proxectos e o financiamento, construción, explotación e conservación de obraa obxecto de concesión e dos elementos comprendidos no contrato, nos termos descritos no artigo 97 do TRLCAP e no presente Prego.

2. A totalidade do contrato de concesión, nos seus aspectos de construción, explotación, conservación e financiamento, se desenvolve a risco e ventura da sociedade concesionaria.

En particular, a sociedade concesionaria asume:

(a) O risco e ventura derivado do custo, vicios e defectos da construción.

(b) O risco e ventura da evolución das condicións financeiras do mercado ao longo do prazo concesional.

(c) O risco e ventura de demanda de uso, sen que poida reclamarse do Concello de Vigo ningunha compensación polo feito de que a evolución real da mesma difira do previsto na súa proposición. O Concello non outorga ningunha garantía en relación co contido das previsións de demanda incluídas no estudo de viabilidade.

3. Así mesmo, o Concello non garante fronte a terceiros as obrigas e responsabilidades da sociedade concesionaria».

A primeira conclusión que se obtén dos preceptos e cláusulas transcritas é a de que é obriga da concesionaria do contrato de obra pública asumir as eventuais perdas que se poidan producir na xestión da mesma e, a segunda, que as eventuais perdas que se poidan producir na explotación da obra pública non poden xustificar a resolución do contrato de concesión a instancia do concesionario, por esta causa -isto é, porque na explotación da obra pública prodúzanse perdas ou situacións de crises patrimonial -; e non poden estas -as perdas nin situacións de crises patrimonial- xustificar a resolución do contrato nin directamente -solicitando a resolución en vía administrativa- nin indirectamente, a través da liquidación da sociedade no seo dun procedemento de concurso, como pretende aquí Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e os seus accionistas -salvo, como logo veremos, o esgotamento da solvencia das adxudicatarias do contrato, accionistas da sociedade concesionaria-. Tal resolución do contrato por liquidación acordada no procedemento de concurso da sociedade concesionaria constituiría un auténtico abandono do contrato por non obter os accionistas os beneficios esperados.

Agora ben, a eficaz asunción da obriga de soportar as eventuais perdas e de facer fronte ás situacións de desequilibrio e crise patrimonial que se poidan producir tanto con ocasión da construción da obra pública como na explotación da mesma esixe na adxudicataria a necesaria e suficiente solvencia económica para facer fronte ás mesmas. É así como, para a adxudicación do contrato de concesión, a solvencia económica que se considerou foi a das mercantís que se presentaron á licitación e que resultaron adxudicatarias: Testa Inmuebles S.A. (cunha participación do 40%), Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A. (20%), Puentes Concesións S.L. (15%), Sacyr S.A.U. (10%), Expacontra S.A. (10%), e Puentes e Calzadas Empresa Construtora, S.A. (5%).

No entanto, o Concello de Vigo, co obxectivo de propiciar a máis eficaz operativa do contrato de concesión, considerou conveniente personificar nunha sociedade constituída expresamente para este fin a realización das prestacións propias do contrato de concesión a cargo das adxudicatarias, individualizando, dentro, neste caso, do grupo das empresas citadas, nunha sociedade anónima, a constituír pola adxudicataria ou adxudicatarias, a



Concello de Vigo

execución da obra pública e a súa explotación; sociedade que, en tanto que constituída coa específica finalidade que acabamos de sinalar, ten o carácter de instrumental: -sociedade cuxa constitución e operativa serve para un propósito dentro dun grupo e para un determinado negocio ou transacción", o que en terminoloxía inglesa coñécese como "for one specific purpose».

Así a cláusula 10 do PCAP do contrato establece que:

«1. Poderán presentar proposicións as persoas naturais e xurídicas, españolas ou estranxeiras, que teñan plena capacidade de obrar e acrediten a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional, consonte co indicado neste Prego, e non estean incursas nos supostos de prohibición de contratar previstos no artigo 20 TRLCAP.

2. Tanto os que concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación, farano co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión, de acordo co estipulado neste Prego».

E o Capítulo 2 do PCAP -Sociedade concesionaria-, dedicado a esta sociedade a constituír, establece na súa cláusula 20 -Constitución da sociedade concesionaria- Que:

«1. Ou adxudicatario do presente concurso obrígase a constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato, que será a titular da concesión, non prazo máximo de trinta (30) días naturais, contados dende a data en que lle sexa notificada a adxudicación.

2. A sociedade anónima concesionaria constituirase cos requisitos e condicións establecidos neste Prego e na normativa que resulte de aplicación, e cumprindo co establecido polo adxudicatario na súa oferta. A constitución da sociedade concesionaria estará suxeita, en todo caso, ás seguintes condicións:

(a) Nos seus Estatutos sociais non se poderá incorporar ningunha prescrición que contraveña as normas que rexen o contrato de concesión e ou previsto no presente Prego. Calquera modificación dos seus Estatutos sociais deberá seren autorizada previamente polo Órgano de Contratación. Calquera pacto para-social, incluídos os pactos de accionistas, pactos de sindicación, etc., deberán seren comunicados previamente e aprobados polo órgano de contratación.

(b) Terá como obxecto social exclusivo a construción e explotación da Obra Pública obxecto de concesión e a das obras complementarias, susceptibles ou non de explotación independente. A sociedade concesionaria non se poderá escindir, fusionarse ou transformarse, agás autorización do órgano de contratación.

(c) Ou domicilio social deberá fixarse na Cidade de Vigo.

(d) As accións representativas do capital social da sociedade concesionaria serán nominativas e rexistraranse do xeito previsto no texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas, por medio de títulos ou anotacións en conta.

(e) A titularidade inicial das accións deberá coincidir coa estrutura accionarial da sociedade concesionaria proposta polo adxudicatario na súa oferta.

(f) Os socios fundadores non se poderán reservar ningunha vantaxe ou dereito especial.

3. Unha vez constituída, a sociedade concesionaria deberá comunicar, con carácter previo, ao Concello de Vigo, calquera alteración da titularidade das accións que implique un aumento ou diminución da participación non seu capital social igual ou superior ao 1 por 100. A transmisión das accións da sociedade concesionaria esixirá autorización do Concello sempre que poida supoñer que ou adquirente obteña unha posición que lle permita influír de xeito efectivo na xestión ou control de dita sociedade concesionaria.

4. Ou órgano de administración da sociedade estará constituído por un Consello de Administración, integrado por un mínimo de tres membros. Os administradores exercerán ou seu cargo por un prazo de cinco anos. Dito órgano de Administración, realizará as súas reunións na cidade de Vigo.

5. Ademais, ou Concello de Vigo, a través da súa Xunta de Voceiros, designará un representante ou delegado por cada tres membros ou fracción que formen parte do Consello de Administración, que deberán reunir a condición de corporativo municipal e terán dereito a asistir ás reunións do Consello de Administración, sen ostentar a condición de conselleiro. Serán convocados ás reunións do Consello nos mesmos termos que os propios conselleiros e terán, agás ou de voto, os mesmos dereitos que os membros do Consello, podendo asistir ás sesións acompañados polos asesores que estimen oportunos. Ditos representantes terán acceso á documentación da sociedade, incluídos os libros de actas, libros e documentación contable e financeira, contractual, ou técnica, contando para iso coa colaboración do persoal da sociedade Concesionaria.

6. Ou exercicio social será coincidente co ano natural.

7. Os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter á mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria ou requira, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear ou dito patrimonio.

8. A sociedade concesionaria non se poderá disolver ata que remate ou prazo de concesión e se produza a entrega ao Concello da totalidade da obra pública obxecto da concesión nas condicións establecidas neste Prego».

E a cláusula 21, seguinte, sobre recursos propios, dispón que:

«1. Durante todo o período concesional ou capital social da sociedade concesionaria cifrarase, como mínimo, non 10% do custo da investimento directo do concesionario. Non



Concello de Vigo

suposto de que o custo do investimento total supere o previsto na oferta, o capital social será incrementado ao obxecto de manter a porcentaxe ofertada na proposta adxudicataria.

2. O capital social poderá desembolsarse nunha ou varias veces, sempre e cando os desembolsos garantan que o capital desembolsado acade coma mínimo ou 25% do capital social ao constituírse a sociedade, ou 50% cando se execute a metade do investimento previsto durante o período de construción, ou 75% cando se executen as dúas terceiras partes do dito investimento e ou 100% ao iniciarse o período de explotación.

3. Non caso de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por debaixo da metade do capital social, leste será ampliado a fin de evitar por mor de disolución do artigo 260.4 do texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas».

Agora ben, a solvencia que proporciona á sociedade anónima a constituír polas adxudicatarias do contrato a esixencia dun capital mínimo durante toda a vida da concesión dun 10 % do custo do investimento directo do concesionario (cláusula 21.1 PCAP) -ao redor de 5,5 millóns de euros, que sería o 10% do investimento neta estimada polas adxudicatarias na súa oferta, unha vez descontadas as subvencións públicas- é unha solvencia ínfima en comparación coa considerada para a adxudicación do contrato: a solvencia económica de todas e cada unha das sociedades que resultaron adxudicatarias do mesmo, isto é Testa Inmuebles S.A., Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A., Puentes Concesións S.L., Sacyr S.A.U., Expacontra S.A., e Puentes e Calzadas Empresa Construtora, S.A.. Por iso é polo que, sen prexuízo de que os licitadores puidesen obrigarse a incrementar -como efectivamente fixeron as adxudicatarias- o capital social da sociedade anónima a constituír sobre o mínimo esixido, o PCAP do contrato impoña a cargo da adxudicataria ou adxudicatarias e a favor da sociedade anónima a constituír, co obxectivo de garantir a efectiva asunción das perdas e a eficaz resolución das crises patrimoniais que se puidesen producir na construción e explotación da obra pública, as obrigas que se recollen nas cláusulas transcritas; cláusulas que se incorporan ao PCAP do contrato ao amparo do artigo 230.1.i) TRLCAP/2000, de acordo co cal fanse constar no PCAP do contrato de concesión de obra pública as «i) Características especiais, no seu caso, da sociedade concesionaria».

Estas obrigas son, no que agora interesa, as establecidas nas cláusulas 20.7 e 8 e 21.3 do PCAP do contrato, arriba transcritas, isto é:

«7. Os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter á mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria ou requira, os adxudicatarios deberán adoitar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear o dito patrimonio» (cláusula 20.7).

«8. A sociedade concesionaria non se poderá disolver ata que remate ou prazo de concesión e se produza a entrega ao Concello da totalidade da obra pública obxecto da concesión nas condicións establecidas neste Prego» (cláusula 20.8).

«3. Non caso de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por

debaixo da metade do capital social, leste será ampliado a fin de evitar por mor de disolución do artigo 260.4 do texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas» (cláusula 21.3).

Obrigas de saneamento patrimonial a cargo dos adxudicatarios do contrato, accionistas da sociedade, e incorporadas aos estatutos da concesionaria Pazo de Congressos de Vigo, S.A., que esta Administración municipal, seguindo o ditame da cátedra de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo, arriba transcrito, entende que comprenden non só os supostos de desequilibrio patrimonial regulados nos artigos 327 e 363.1 d) da Lei de Sociedades de capital, como pretenden as recorrentes, senón tamén os supostos de insolvencia como o que motivou o concurso de acredores de Pazo de Congressos de Vigo, S.A.

Polo demais, esta interpretación municipal das obrigas de saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., a cargo dos seus accionistas, adxudicatarios do contrato, é a que resulta do conxunto das cláusulas do contrato, a que resulta conforme á natureza e obxecto do mesmo e a adecuada para que o contrato de concesión de obra pública produza os seus efectos propios e ningunha discusión habería respecto diso si o Concello de Vigo, no canto de acudir á figura da sociedade anónima instrumental para a execución do contrato, coas especialidades que as recorrentes discuten, esixise ás adxudicatarias a constitución dunha unión temporal de empresas, na que cada unha das adxudicatarias respondería solidariamente do cumprimento de todas e cada unha das obrigas derivadas da concesión da obra pública.

Quinta.- Aduce a recorrente que o requirimento leva a cabo unha interpretación incorrecta do contrato, contravindo non só o que o propio PCAP establece, senón que apartándose de todos os principios e regras que rexen a realidade concesional en España, esixe unha especie de obriga permanente e ilimitada de achega de fondos por parte dos accionistas da sociedade concesionaria, que nin se atopa establecido en ningunha lei mercantil nin en ningunha norma sobre contratación pública, nin en ningún dos Pregos que regulan ou regularon o funcionamento das concesións de obras públicas no noso país.

A esta afirmación habemos de contestar que a recorrente parece entender por principio reitor da realidade concesional española o da privatización da ganancias e a nacionalización - neste caso municipalización- das perdas das empresas concesionarias en España, pois esta é a consecuencia que parece pretender a impugnación formulada: abandonar o contrato de concesión de obra pública, cuxa característica é a asunción polo contratista do risco da construción, conservación e explotación da obra pública, e convertelo, subrepticamente, nun contrato de obra por medio da liquidación -e a indemnización a percibir pola obra executada- de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. no procedemento concursal iniciado, so pretexto da situación de insolvencia producida -que as adxudicatarias, con incumprimento da cláusula 20.7 do PCAP, néganse a remediar-, a falta de refinanciación da débeda da concesionaria polos accionistas e a posible inviabilidade económica da concesión pola eventualidade de que a explotación da obra pública, durante os cincuenta anos de concesión que restan, non alcance para recuperar as perdas producidas ata o momento ou non proporcione aos adxudicatarios do contrato, accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. a rendibilidade esperada.

En definitiva, os adxudicatarios do contrato de concesión de obra pública pretenden abandonar o contrato e recuperar o investimento realizado, coa minoración correspondente



Concello de Vigo

á amortización producida da obra pública ata o momento; e, ademais, que tal abandono non se considere un incumprimento do contrato senón unha actuación obrigada pola lexislación mercantil, determinada polas circunstancias económicas e os incumprimentos municipais -que a xurisdición contencioso-administrativa rexeitou- e non pola conduta incumpridora da concesionaria e as súas accionistas; conduta que concesionaria e accionistas defenden como irrefragable.

É verdade que é característica das sociedades anónimas que os socios non responden persoalmente das débedas sociais, pero é que esta responsabilidade persoal dos socios, accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., adxudicatarios do contrato de concesión de obra pública, que establece a cláusula 20.7 do PCAP do contrato, pola que estes se obrigan a manter a sociedade nunha situación patrimonial saneada e evitar supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas, é unha especialidade da sociedade a constituír; especialidade que xustificamos máis arriba e que se introduce ao amparo do disposto no artigo 230.1.i) TRLCAP/2000, de acordo co cal faranse constar no PCAP do contrato de concesión de obra pública as «i) Características especiais, no seu caso, da sociedade concesionaria».

E é que o Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aprobou o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, na redacción dada pola Lei 13/2003, de 23 de maio, Reguladora do Contrato de Concesión de Obras Públicas, non esixe no seu artigo 232.3 3 -«Quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión. A constitución e, no seu caso, a forma da sociedade deberán axustarse ao que estableza, para determinados tipos de concesións, a correspondente lexislación específica»- que a sociedade a constituír sexa unha sociedade anónima, nin que si a sociedade a constituír é unha sociedade anónima non poida esta -como no caso que nos ocupa- incorporar as especialidades que se consideren pertinentes para garantir a solvencia desta.

Polo demais, a responsabilidade persoal e ilimitada dos socios non é allea ao dereito mercantil e a garantía da responsabilidade directa, solidaria e ilimitada de de cada unha das empresas e sociedades que se constituen en unión temporal de empresas para a execución dun contrato público respecto das débedas da unión temporal de empresas está expresamente prevista na lexislación de contratos do sector público. É verdade que aquí, a diferenza do caso das unións temporais de empresa, se personifica a execución conxunta do contrato polo grupo de empresas de que resultan adxudicatarias do mesmo, pero a finalidade da especialidade da cláusula que a recorrente discute é a mesma que a da responsabilidade nas unións temporais de empresas: asegurar á sociedade a constituír a mesma solvencia que se considerou para a adxudicación do contrato ao grupo de empresas que resultou adxudicatario do concurso.

Sexta.- Afirman as recorrentes que «o requirimento realizado directamente aos propios accionistas, como no mesmo Acordo recóllese, non pode orixinar nin dar lugar a ningunha actuación adicional por parte desta Sociedade, na medida que hipoteticamente, no caso de que o indicado no Acordo tivese algún tipo de fundamento legal ou contractual, que non o ten, o único que podería facer o Concesionario é poñer de manifesto tal circunstancia aos accionistas, sen que nin a lei mercantil nin a normativa sobre contratación pública outorguen

á sociedade acción algunha respecto de os seus socios en relación cunha hipotética obriga de achega patrimonial» e, no mesmo sentido, as representacións das recorrentes Testa Hoteles, S.A.U., Testa Inmuebles en Renda, SOCIMI, S.A., Gescentesta, S.L.U. e Gesfontesta S.A.U. -membros do Consello de Administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A.- tras manifestar que os membros do consello de administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. actuaron sempre con total e estrito cumprimento das súas obrigas como administradores, aducen que habendo manifestado as accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. ao consello de administración desta mercantil a súa desacuerdo coa pretensión municipal de obriga dos accionistas de facer fronte á insolvencia da concesionaria, en cumprimento do disposto na cláusula 20.7 do PCAP do contrato, a presunta obriga de achega de fondos é unha cuestión que incumbe aos accionistas e queda fóra do ámbito de responsabilidade do Consello de Administración.

Non cabe aceptar estas afirmacións: Pazo de Congresos de Vigo, S.A. ten acción fronte ás súas accionistas para esixir o cumprimento da obriga de saneamento patrimonial que establece a cláusula 20.7 PCAP e os administradores da sociedade veñen obrigados a esixir aos accionistas o cumprimento daquela obriga, podendo incurrir en responsabilidade si non o fan. Ademais, o deber de lealdad e de defensa dos intereses sociais que impón aos administradores o artigo 226 do Texto Refundido da Lei de Sociedades de Capital obriga a estes, en caso de situacións de desequilibrio patrimonial, a esixir dos accionistas o cumprimento da súa obriga de saneamento do patrimonio social con carácter previo a calquera solicitude de declaración de concurso da sociedade.

Quizais sexa esta falta de esixencia por parte dos membros do consello de administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e a responsabilidade que da mesma pódase derivar a razón que subyace á renuncia como membros do consello de administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., das mercantís Corporación Empresarial e Financeira de Galicia S.L.U. e Torre de Hércules Participacións Societarias, S.L.U., e o seu novo nomeamento como conselleiros, aínda que con designación de persoas físicas diferentes na súa representación; a dimisión de don Fermín González Ramos e o seu substitución por Sacyr Construción Participacións Accionariales, S.L.U.; e o cese de Testa Inmuebles en Renda SOCIMI, S.A., como consecuencia da fusión por absorción de devandita sociedade por Merlin Properites, SOCIMI, S.A. e de Gesfontesta, S.A.U. filial da primeira, por estar prevista a súa liquidación, e a súa substitución por Gesfitesta, S.L.U. e Trade Center Hotel, S.L.U..

Ditos ceses e nomeamentos foron comunicados a esta Administración municipal pola vicesecretaria non conselleira do consello de administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. por medio de escrito de data 28 de novembro de 2016, que foi rexistrado co núm. 160162131.

Sétima.- Polo que se refire á alegación de que a sociedade concesionaria Pazo de Congresos de Vigo, S.A. non é unha sociedade instrumental no sentido de que sexan os accionistas, na súa calidade de licitadores, os que asumen os dereitos e obrigas previstos no PCAP, ha de contestarse que a constitución de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. é un acto obrigado das adxudicatarias do contrato-Testa Inmuebles S.A., Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A., Puentes Concesións S.L., Sacyr S.A.U., Expacontra S.A., e Puentes e Calzadas Empresa Constructora, S.A.- en cumprimento do PCAP do contrato, que no seu cláusula 10.2 establece que «Tanto os que concorran individual ou conjuntamente con outros á licitación, farano co compromiso de constituír unha sociedade



Concello de Vigo

que será a titular da concesión, de acordo co estipulado neste Prego»; e que, na 20.1, impón ao adxudicatario ou adxudicatarios do concurso a obriga de constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato no prazo de 30 días naturais contados desde a notificación da adxudicación.

O carácter instrumental da sociedade Pazo de Congressos de Vigo, S.A. deriva de que a constitúen as adxudicatarias, por imposición do PCAP do contrato, co único e exclusivo obxecto social da construción e explotación da obra pública a que se refire o contrato: «Terá como obxecto social exclusivo -di o apartado 2 (b) da cláusula 20 PCAP- a construción e explotación da Obra Pública obxecto de concesión e a das obras complementarias, susceptibles ou non de explotación independente. A sociedade concesionaria non se poderá escindir, fusionarse ou transformarse, agás autorización do órgano de contratación» e de que a súa duración será, como mínimo, a do prazo da concesión e ata a entrega ao Concello de Vigo da obra pública: «A sociedade concesionaria non se poderá disolver -dise o apartado 8 da cláusula 20 PCAP- ata que remate ou prazo de concesión e se produza a entrega ao Concello da totalidade da obra pública obxecto da concesión nas condicións establecidas neste prego».

O contrato de concesión de obra pública perfeccionouse entre o Concello de Vigo, dun lado, e as sociedades que formularan a proposición, doutro, no momento da adxudicación. Así o dispón o artigo 53 do TRLCAP/2000, que é o precepto de aplicación en virtude do disposto na disposición transitoria primeira, párrafo 2, da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, e do seu Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro; artigo 53 do TRLCAP/2000 que establece que "Os contratos perfeccionanse mediante a adxudicación realizada polo órgano de contratación competente, calquera que sexa o procedemento ou a forma de adxudicación utilizados", sendo o otorgamento posterior do contrato un requisito de formalización dun contrato xa perfeccionado. Así resulta do artigo 54.1 do mesmo TRLCAP/2000, a cuxo tenor: "Os contratos da Administración se formalizarán en documento administrativo dentro do prazo de trinta días a contar desde o seguinte ao da notificación da adxudicación, constituíndo devandito documento título suficiente para acceder a calquera rexistro público, podendo, no entanto, elevarse a escritura pública cando o solicite o contratista, sendo á súa costa os gastos derivados do seu otorgamento".

O TRLCAP/2000 -aquí de aplicación- é claro en punto ao momento en que se produce a perfección do contrato: o do acto de adxudicación. O feito de que o artigo 27 do novo TRLCSP sitúe agora o momento da perfección do contrato no do seu formalización non vén resolver ningunha dúbida interpretativa en punto á perfección do contrato baixo o TRLCAP/2000, senón a situar este momento, na nova lexislación, no da formalización do contrato.

Xa que logo a sociedade constituída, titular da concesión, é unicamente un instrumento obrigado (polas condicións establecidas para a contratación neste caso) para a execución do contrato; instrumento que non desvincula ás sociedades adxudicatarias das obrigas contractuales asumidas fronte ao Concello de Vigo en virtude da súa oferta, o acto de adxudicación do contrato, a aceptación desta, do Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato e da propia escritura de constitución e estatutos da mercantil

instrumental creada para tal ejecución polas mercantís adxudicatarias da licitación e da que son accionistas.

Pero, convén recordar, tamén, aquí:

- Que de acordo co artigo primeiro dos estatutos de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., esta mercantil rexerese «polos presentes estatutos, polo Texto Refundido da Lei de Sociedades Anónimas, aprobado polo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de decembro, e polo Prego de Cláusulas Administrativas Particulares do concurso para a -adxudicación, por procediemento aberto, da Concesión de Obra Pública para a Construción e Explotación dun Auditorio-Pazo de Congresos con Zonas Complementarias sobre a parcela denominada Casa Mar, na Avenida de Beiramar e no subsuelo da Rúa Jacinto Benevente-, convocado polo Concello de Vigo (en diante Administración concedente), e demais lexislación aplicable determinada na cláusula 1ª de devandito Prego».

- Que o PCAP do contrato no seu cláusula 2.3.1, sinala que terán o carácter de documentos contractuales, pola orde de prelación que se indica, os seguintes:

«(a) o presente Prego de cláusulas administrativas particulares;

(b) o anteproyecto de construción e explotación da obra, aprobado pola Xunta de Goberno Local do Concello de Vigo (...);

(c) o Prego de prescripcíes técnicas particulares;

(d) os proxectos de demolición e de seguridade e saúde das edificacións existentes (...);

(e) o proxecto de construción do Auditorio-Pazo de Congresos, unha vez aprobado polo concello;

(f) a oferta do adxudicatario;

(g) o documento no que se formalice o Contrato de Concesión (...).».

- E, en fin, que a incorporación aos estatutos de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. das obrigas asumidas polos adxudicatarios, en virtude da súa oferta, a favor do Concello de Vigo, determinan a exigibilidade directa pola Administración concedente destas obrigas -e, no que aquí interesa, a obriga de saneamento patrimonial da entidade instrumental- aos adxudicatarios do contrato, accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A.; e non só o seu exigibilidade indirecta a través do consello de Administración da sociedade instrumental.

A sociedade Pazo de Congresos de Vigo, S.A. é, pois unha sociedade anónima instrumental, coas especialidades arriba vistas, cuxos estatutos incorporan un fai de obrigas tanto da sociedade como dos socios para coa Administración concedente; obrigas entre as que figura a dos adxudicatarios do contrato, socios da instrumental, de procurar a esta unha situación patrimonial saneada. O que **non é** Pazo de congresos de Vigo é unha sociedade pantalla ou sociedade interposta que permita aos adxudicatarios do contrato, accionistas da sociedade, reducir a solvencia económica considerada para a adxudicación do contrato e abandonar este -o contrato- so pretexto de perdas ou situacións de insolvencia da



Concello de Vigo

sociedade instrumental na explotación da obra pública, porque a evitar esta situación responde a obriga que establece a cláusula 20.7 PCAP.

Polo demais, non deixa de chamar a atención o empeño de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e o seu consello de administración en entrar en situación de insolvencia -e intuímos, tamén, interese en que se produza a liquidación da sociedade- non só por non exercer esta e os seus administradores as accións conducentes a obter dos accionistas da sociedade o saneamento patrimonial da mesma -entre as que figura igualmente un expreso compromiso dos adxudicatarios na súa oferta de aportar oito millóns de euros para atender desfases de tesorería (apartado B.2 da oferta económica: data e forma das achegas de capital e préstamo participativo)-, senón tamén e sobre todo por empeñarse a instrumental en negar tal obriga de saneamento patrimonial, e ser esta e varios dos membros do consello de administración, e non os accionistas obrigados, os que recorran en favor dos accionistas obrigados a sanear o requerimento municipal impugnado. O conflito de intereses dos membros do consello de administración da instrumental é evidente e a súa actuación non responde ao interese da sociedade que administran.

Oitava.- Os argumentos das recurrentes relativos á inaplicabilidade da obriga da cláusula 20.7 PCAP ás situacións de insolvencia foron contestados xa no informe da cátedra de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo, transcrito nos antecedentes, no que se conclúe:

«Primeira.- A cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares obxecto do presente Dictame establece o seguinte: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incurrir nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

***Segunda.-** Como pode comprobarse, a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares non obriga a -corrixir- ou -rectificar- os supostos de desequilibrio patrimonial previstos na Lei de Sociedades Anónimas. Así a todo, obriga a -evitalos-; isto é, a impedir que se produzan. E, con este fin, impón aos accionistas da sociedade, non a obriga de restaurar o equilibrio patrimonial no caso de que este perdeuse, senón a obriga de manter en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada.*

***Terceira.-** En plena coherencia con esta formulación, a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares -a diferenza da cláusula 21.3- non identifica un concreto momento no que resulte exigible aos accionistas dita obriga. Así a todo, limítase a indicar que os accionistas deberán adoptar as medidas tendentes a sanear o patrimonio social -cando a situación patrimonial da sociedade requírao-. Isto é, cando a situación patrimonial da sociedade deteriorouse e non se atope saneada. Baixo esta perspectiva, a obriga contemplada na cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares -ao noso modo de ver- resulta plenamente aplicable ás hipóteses de insolvencia da sociedade.*

Cuarta.- A insolvencia constitúe o reflexo dunha situación patrimonial non saneada. En efecto, a caracterización da insolvencia como o claro reflexo dunha situación patrimonial non saneada despréndese con claridade do propio concepto de insolvencia que introduce a Lei Concursal, pois difícilmente cabo afirmar a existencia dunha situación patrimonial saneada cando esta non permite facer fronte ao cumprimento regular das obrigas exixibles. Igualmente, a caracterización da insolvencia como o reflexo dunha situación patrimonial non saneada plásmase tamén con claridade na propia Exposición de Motivos da Lei Concursal. Esta define claramente a insolvencia como un estado patrimonial. E, á súa vez, describe este estado patrimonial como un estado de crise ou deterioro patrimonial.

Quinta.- Baixo esta perspectiva, unha interpretación literal da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares debe levarnos a concluír que a obriga de manter unha situación patrimonial saneada -que se prevé naquela cláusula- resulta plenamente aplicable no suposto de insolvencia da sociedade Pazo de Congresos de Vigo. En efecto, unha lectura literal daquela cláusula permite afirmar que, coa mesma, imponse aos accionistas da sociedade unha obriga de alcance xeral consistente en manter en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada. De forma coherente co anterior, a mesma cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares impón aos accionistas a obriga de adoptar as medidas tendentes a sanear o patrimonio social -cando a situación requírao-. Isto é, cando a situación patrimonial da sociedade deteriorouse e non se atope saneada. En consecuencia, e na medida en que a insolvencia constitúe o claro reflexo dunha situación patrimonial non saneada, resulta evidente que a obriga dos accionistas da sociedade Pazo de Congresos de Vigo de sanear o patrimonio social resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade.

Sexta.- As conclusións ata aquí obtidas vense claramente reforzadas si, ademais de aplicar criterios interpretación literal, acadimos a unha interpretación sistemática que poña en relación a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares co resto das cláusulas que o integran. Neste sentido, non cabo ignorar que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares non introduce unha medida de carácter illado. Antes ao contrario, aquela cláusula acompáñase doutras que, no seu conxunto, perseguen unha clara finalidade: evitar ou impedir a disolución da sociedade antes da finalización do período de concesión. Así as cousas, unha interpretación sistemática da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares (isto é, unha interpretación que poña dita cláusula en relación coas restantes que integran o Prego) obriga a concluír que a obriga de saneamento que aquela contempla resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade. En caso contrario -isto é, si deféndese a inaplicabilidade daquela obriga nos supostos de insolvencia e o consiguiente concurso de acredores acabase desembocando na apertura da fase de liquidación producíndose entón a disolución da sociedade- estaríase aplicando a cláusula 20.7 de forma tal que podería conducir a un resultado contrario ao fin perseguido polo Prego, fin que non é outro que evitar a disolución da sociedade antes da finalización do período de concesión.

Sétima.- Para rematar, a conclusión segundo a cal a obriga de saneamento patrimonial contemplada na cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas



Concello de Vigo

Particulares resulta plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria, é tamén a única compatible co réxime de sancións previsto no propio Prego. En efecto, a cláusula 68.2.1.h) do Prego tipifica a seguinte infracción: -a diminución por calquera vía da solvencia da sociedade concesionaria, en prexuízo da continuidade e a solvencia da concesión-. Como pode comprobarse, o Prego tipifica como infracción a diminución da solvencia da sociedade concesionaria, con independencia de que esta diminución da solvencia desemboque ou non nunha redución do patrimonio a unha cuantía inferior aos dous terzos ou á metade do capital social. Así configurada, a infracción que se tipifica na cláusula 68.2.1.h) carecería de sentido si non existise unha obriga paralela dos accionistas de manter en todo momento a solvencia patrimonial da sociedade, de forma que a súa obriga de saneamento patrimonial resulte plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria. En caso contrario, chegaríase a unha conclusión ilóxica, consistente en afirmar que a situación de insolvencia da sociedade concesionaria pode supoñer unha infracción en virtude do artigo 68.2.1.h) cando, ao propio tempo, afírmase que os accionistas non teñen ningunha obriga de evitar situacións de insolvencia, ao non resultarlles de aplicación -en devanditas situacións- a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Oitava. - *Fronte ás conclusións ata aquí alcanzadas non cabería opoñer unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares en virtude da cal a obriga de saneamento patrimonial que naquela se contempla só nace en dúas situacións de desequilibrio patrimonial contempladas na Lei de Sociedades de Capital: cando o patrimonio neto da sociedade redúcese a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social, e cando o patrimonio neto da sociedade redúcese a unha cifra inferior á metade do capital social. Baixo o noso punto de vista, unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares como a apuntada entraría en aberta contradición co tenor literal e coa finalidade daquela. Ignoraría tamén -en segundo lugar- que a insolvencia é tamén unha situación de desequilibrio patrimonial que a Lei de Sociedades de Capital contempla e regula. E, en último lugar, supoñería descoñecer que a Lei de Sociedades de Capital contempla e regula tamén outras situacións de desequilibrio patrimonial á marxe da insolvencia e de redución do patrimonio social a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social.*

Novena. - *Como acabamos de dicir, unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares que conclúise que a obriga de saneamento patrimonial que nela se contempla só se desencadea cando a sociedade ve reducido o seu patrimonio social por baixo dos dous terzos ou da metade do capital social, resultaría ante todo contraria ao propio tenor literal da citada cláusula. En efecto, unha conclusión como a apuntada só sería posible si afirmáse que a cláusula 20.7 do Prego unicamente impón a obriga de rectificar ou corrixir as situacións de desequilibrio patrimonial reguladas pola Lei de Sociedades de Capital. Mais o certo é que a cláusula 20.7 non impón unha obriga de alcance limitado como a apuntada. Antes ao contrario, a lectura da cláusula 20.7 permite alcanzar as seguintes conclusións:*

a) *A cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares non impón aos accionistas da sociedade concesionaria a obriga de corrixir ou rectificar as situacións*

de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital. Así a todo, imponlles con claridade e precisión a obriga de evitalas.

b) Precisamente por isto, a obriga que impón a cláusula 20.7 non consiste en adoptar as medidas tendentes a rectificar ou superar unha situación de desequilibrio patrimonial -regulada na Lei de Sociedades de Capital- cando esta produciuse. Pola contra, impón unha obriga de alcance moito máis xeral: a de manter en todo momento saneada a situación patrimonial da sociedade, co fin de evitar que aquelas situacións de desequilibrio patrimonial cheguen a producirse.

c) Como consecuencia de todo o anterior, a cláusula 20.7 nin identifica o momento no que xorde a obriga de saneamento, nin identifica tampouco as medidas que han de adoptarse para a súa execución. A diferenza doutras cláusulas do Prego -como a cláusula 21.3, que impón unha concreta medida para cando o patrimonio neto véxase reducido a unha cifra inferior á metade do capital social- a cláusula 20.7 límitase a impoñer a obriga de sanear a situación patrimonial -a través da adopción de medidas que se entendan oportunas- -cando a situación requírao-.

Isto é así, precisamente, porque o artigo 20.7 non contempla a obriga de reaccionar fronte a unha situación de desequilibrio patrimonial xa existente adoptando medidas específicas; regula a obriga de evitar ditas situacións de desequilibrio patrimonial evitando que se produzan e mantendo en todo momento á sociedade nunha situación patrimonial saneada. Por esa razón, non identifica un concreto momento en que deba executarse dita obriga, xa que a obriga que se impón consiste en manter á sociedade en todo momento nunha situación patrimonial saneada, e as medidas oportunas -por conseguinte- deberán adoptarse -sempre que a situación patrimonial requírao-; isto é, cando exista o risco de que a situación patrimonial da sociedade non se atope saneada.

Décima.- *Unha interpretación que conclúese que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares só impón a obriga de saneamento patrimonial cando a sociedade vexa reducido o seu patrimonio a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social non só resultaría incompatible co tenor literal da citada cláusula. Resultaría tamén incompatible cunha interpretación sistemática do Prego. E iso por dúas razóns. En primeiro término, porque ignoraría que daquelas dúas situacións de desequilibrio patrimonial, unha (a redución do patrimonio social a unha cifra inferior á metade do capital social) ten xa unha regulación específica no Prego, polo que carecería de sentido que a cláusula 20.7 pretendese regular unha única situación de desequilibrio patrimonial (a redución do patrimonio social a unha cifra inferior aos dous terzos do capital social) sen identificala. E, en segundo lugar, porque unha interpretación como a apuntada contradiría a finalidade perseguida polo conxunto de cláusulas incluídas no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.*

Undécima.- *Neste último sentido, non cabo ignorar que a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, lonxe de constituír unha medida illada, insérese nun conxunto de cláusulas que perseguen unha clara finalidade: impedir a disolución da sociedade concesionaria en tanto non finalice o período de concesión. Pois ben, a interpretación proposta levaría a concluír que a cláusula 20.7 non é aplicable en situacións de insolvencia cando, en caso de declararse o concurso da*



Concello de Vigo

sociedade concesionaria e non aprobarse un convenio (o que en absoluto depende da vontade da sociedade concesionaria ou das súas accionistas), a apertura da fase de liquidación conduciría a un resultado prohibido polo propio Prego de Cláusulas Administrativas Particulares: a disolución da sociedade antes da finalización do período de concesión. En definitiva, estaríase propugnando unha interpretación da cláusula 20.7 do Prego que conduciría a un resultado prohibido pola cláusula 20.8 do mesmo Prego.

Duodécima.- *Igualmente, si enténdese que a cláusula 20.7 resulta únicamente aplicable nas hipóteses de redución do patrimonio a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social, estaríase dando a aquela cláusula unha interpretación que resulta incompatible co disposto na cláusula 68.2.1.h) do mesmo Prego. Esta última tipifica a seguinte infracción: -a diminución por calquera vía da solvencia da sociedade concesionaria, en prexuízo da continuidade e a solvencia da concesión-. Así configurada, a infracción que se tipifica na cláusula 68.2.1.h) carecería de sentido si non existise unha obriga paralela dos accionistas de manter en todo momento a solvencia patrimonial da sociedade, de forma que a súa obriga de saneamento patrimonial resulte plenamente aplicable nas hipóteses de insolvencia da sociedade concesionaria. En caso contrario, chegaríase a unha conclusión ilóxica, consistente en afirmar que a situación de insolvencia da sociedade concesionaria pode supoñer unha infracción en virtude do artigo 68.2.1.h) cando, ao propio tempo, afirmase que os accionistas non teñen ningunha obriga de evitar situacións de insolvencia, ao non resultarlles de aplicación -en devanditas situacións- a cláusula 20.7 do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares.*

Decimoterceira.- *Aínda cando a meros efectos dialécticos ignorácese todo o anterior e conclúese que a cláusula 20.7 do Prego (e a consiguiente obriga de saneamento patrimonial que nela se contempla) resultan únicamente aplicables nas hipóteses de desequilibrio patrimonial reguladas na Lei de Sociedades de Capital, habería que concluír que aquela cláusula resulta aplicable tamén ás situacións de insolvencia, pois esta é unha situación de desequilibrio patrimonial contemplada e regulada (aínda que sexa parcialmente) na Lei de Sociedades de Capital. En efecto, a cualificación da insolvencia como unha situación de desequilibrio patrimonial derívase do propio articulado e da Exposición de Motivos da Lei Concursal. Doutra banda, é unha situación de desequilibrio patrimonial regulada tamén -parcialmente- pola Lei de Sociedades de Capital. É certo que o groso da regulación das situacións de insolvencia atópase na Lei Concursal. Mais non é menos certo que a cláusula 20.7 en ningún momento refírese a situacións de desequilibrio patrimonial -íntegra- ou -exclusivamente- reguladas na Lei de Sociedades de Capital. E a Lei de Sociedades de Capital refírese en diversos momentos ás situacións de insolvencia para regular parcialmente algúns aspectos da mesma.*

Decimocuarta.- *Ata si -de novo a meros efectos dialécticos- ignorácese todo o anterior, non sería posible unha interpretación da cláusula 20.7 que defendese a súa aplicabilidade únicamente nas situacións de desequilibrio patrimonial reguladas pola Lei de Sociedades de Capital e que identificase estas situacións únicamente con aqueles supostos nos que o patrimonio social redúcese a unha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social. Unha interpretación destas características, ao*

noso entender, ignoraría que a Lei de Sociedades de Capital non regula únicamente estas dúas situacións de desequilibrio patrimonial. Xunto a estas situacións de desequilibrio patrimonial derivadas de perdas graves, a Lei de Sociedades de Capital tamén regula (e cualifica expresamente como desequilibrio patrimonial) a hipótese de perdas simples que deixen o patrimonio social por baixo da cifra do capital social. En particular, o artigo 320 da Lei de Sociedades de Capital establece o seguinte: -Cando a redución teña por finalidade o restablecemento do equilibrio entre o capital e o patrimonio neto da sociedade diminuído a consecuencia de perdas, deberá afectar por igual a todas as participacións sociais ou a todas as accións en proporción ao seu valor nominal, pero respectando os privilexios que a estes efectos puidesen outorgarse na lei ou nos estatutos para determinadas participacións sociais ou para determinadas clases de accións-. Pois ben basta unha simple lectura deste precepto para concluír que o mesmo enfróntase á regulación dunha situación de desequilibrio patrimonial. De feito, enfróntase á regulación do acordo de redución do capital necesario para o -restablecemento do equilibrio- entre o patrimonio neto e o capital social. Como é evidente, o restablecemento do equilibrio implica a existencia dun previo desequilibrio patrimonial. E na hipótese que regula o artigo 320 da Lei de Sociedades de Capital, dita situación de desequilibrio patrimonial derívase, non da existencia de perdas graves que sitúen ao patrimonio neto nunha cifra inferior aos dous terzos ou á metade do capital social, senón da existencia de perdas simples que simplemente sitúan o patrimonio neto da sociedade por baixo do capital social».

Para rematar, en canto ás sentenzas que citan as recurrentes, basta ler o contido destas para decatarse de que nelas en ningún modo abórdase o concepto de desequilibrio patrimonial, nin a cualificación da insolvencia como unha situación de desequilibrio patrimonial. Así a todo, as sentenzas que aducen limítanse a constatar que a insolvencia e a disolución por perdas que deixen reducido o patrimonio social a unha cifra inferior da do capital social son situacións diferentes, sometidas a réximes xurídicos diversos e que non deben ser confundidas. É esta, polo demais, unha conclusión obvia. Pero o feito de que ambas circunstancias sexan distintas e merecedoras dun tratamento xurídico diferenciado non significa que ambas non constitúan reflexo dunha situación de desequilibrio patrimonial.

Novena.- Defenden, en fin, as recurrentes que o acordo recorrido é, non xa anulable, polas razóns que aduce, senón nulo de pleno dereito, conforme ao artigo 47.1 da LPAC-AP -actos dictados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio- ao entender que devandito requerimento foi adoptado por órgano manifestamente incompetente, dado que -afirman- a Xunta de Goberno Local non ten atribuída ningunha competencia para esixir dos accionistas da Concesionaria a obriga de levar a cabo calquera tipo de achega adicional de fondos para facer fronte a unha situación de insolvencia, unha vez construída a obra pública e en explotación. Aducen tamén as recurrentes, neste apartado, en apoio da inexigibilidade da obriga de saneamento patrimonial das súas accionistas, que resulta determinante que «o PCAP ao definir os incumplimentos que puidesen dar lugar a unha infracción grave do propio PCAP (artigo 68), en ningún momento fágase referencia ao potencial incumplimento da mencionada achega de fondos. Tendo o presunto incumplimento de achega de fondos a transcendencia e a gravidade que se indican no propio Acordo, houbera resultado lóxico que o artigo 68 identificase o mesmo como un suposto claro e determinante dunha posible infracción grave». E engaden que «a non tipificación de devandito potencial incumplimento de achega adicional de fondos para



Concello de Vigo

facer fronte a unha situación de insolvencia, unha vez construída e en explotación a obra pública, como unha infracción grave, pon de manifesto que o PCAP non o esixía, e xa que logo a Xunta de Goberno Local carece de toda competencia para levar a cabo o requerimiento notificado e impugnado».

Invocan, para rematar, as recurrentes que a obriga permanente das accionistas de cubrir as necesidades financeiras de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. é incompatible co feito de que o PCAP admita como causa de resolución do contrato as previstas no artigo 264 TRLCAP, entre as que figura o concurso de acredores como causa de resolución necesaria do contrato cando se declara a fase de liquidación da concursada.

Estas alegacións foron xa examinadas e rexeitadas con ocasión da denegación pola Xunta de Goberno Local, en acordo de 9 de decembro de 2016, da suspensión solicitada polas recurrentes da executividade do acordo impugnado.

Dise no devandito acordo que:

«(...) a competencia é o conxunto de atribucións, funcións e potestades que o Ordenamento xurídico atribúe a un ente ou a un órgano administrativo con preferencia ou con exclusión de calquera outro ente ou órgano administrativo; conxunto de atribucións, funcións e potestades, que na Administración municipal de Vigo e na materia que nos ocupa -a contractual- corresponden á súa Xunta de Goberno Local, que é o órgano de contratación desta Administración municipal, o órgano que representa ao Concello de Vigo en materia contractual; e isto, calquera que sexa o importe do contrato ou a duración do mesmo. Así o dispoñía o artigo 127.1.f) para os municipios de gran poboación, como é o de Vigo, introducido pola Lei 57/2003, de 16 de decembro, e, actualmente, establécese na disposición adicional 2.3 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público e do seu Texto Refundido, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de novembro.

O requerimiento impugnado é un requerimento de cumprimento dunha obriga contractual, a cargo das accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. de proceder ao saneamento patrimonial desta, que nace dun contrato de concesión de obra pública, adxudicado pola Xunta de Goberno Local, como órgano de contratación que é do Concello de Vigo. Xa que logo, a competencia para adoptalo, por razón da materia contractual a que se refire, corresponde ao órgano de contratación do Concello de Vigo: á súa Xunta de Goberno Local.

A recurrente, tras tratar de xustificar que tal obriga de saneamento patrimonial non existe nin é, xa que logo, exixible, vén dicir que si tal obriga non existe nin é exixible o requerimiento municipal é contrario a dereito e como ningún órgano administrativo ten competencia para dictar actos administrativos contrarios a Dereito, o requerimiento impugnado é nulo de pleno dereito, porque é manifesto que a Xunta de Goberno Local non ten competencia para dictar actos contrarios a dereito.

Este argumento ignora o que é a competencia do órgano administrativo por razón da materia e constitúe un claro sofisma, que conduciría a cualificar todos os actos

anulables como nulos de pleno derecho por manifesta incompetencia do órgano administrativo, pois ningún órgano tería competencia para dictar un acto anulable.

A competencia obxectiva por razón da materia é o conxunto de atribuciones, funcións e potestades que, por razón da natureza destas, son atribuídas polo Ordenamento xurídico a un ente ou a un órgano administrativo con preferencia ou con exclusión de calquera outro; atribución que non decae polo feito de que os actos dictados no exercicio da mesma incurran en vicio de nulidad ou anulabilidade. Tales vicios permitirán a revisión administrativa ou jurisdiccional dos actos en que concorran, pero de ningún xeito alteran a competencia do órgano.

Pero, é que nin o requerimento é anulable, pois a obriga contractual de saneamento cuxo cumprimento se require resulta claramente do PCAP rector do contrato, nin o órgano administrativo competente en materia de contratación do Concello de Vigo é outro que a Xunta de Goberno Local.

(...)

Polo demais, o incumplimento da obriga de saneamento patrimonial a que se refire o requerimento impugnado aínda que é causa de resolución do contrato, non exclúe o seu cumprimento tardío na primeira fase do concurso, unha vez nomeado o administrador concursal.

Cuarta.- *Os demais argumentos aducidos no recurso á mantenta da nulidad de pleno derecho que se invoca no acto recorrido, dirixidos a insistir na inexistencia da obriga de saneamento patrimonial requirida por esta Administración municipal, deben ser igualmente rexeitados.*

Porque, non cabo confundir o que son as penalidades contractuales, ou cláusulas penais contractuales, co que é o cumprimento das obrigas esenciais do contrato. As primeiras refírense a un defectuoso cumprimento do contrato e teñen como consecuencia tanto a esixencia do correcto cumprimento do mesmo como a imposición da pena contractual pecuniaria sinalada no PECAP, en función da súa gravidade. As segundas, pola contra, refírense e afectan ao cumprimento do contrato mesmo, de tal forma que a súa incumplimento culpable provoca a resolución do contrato, con incautación da fianza e a indemnización dos danos e prexuízos causados. Así resulta do artigo 264 TRLCAP/2000, que no seu apartado j) sinala como causa de resolución do contrato o abandono, a renuncia unilateral así como o incumplimento polo concesionario de súas obrigas contractuales esenciais.

O incumplimento culpable da repetida obriga de saneamento patrimonial pertence á segunda categoría e a súa sanción é a resolución do contrato, con incautación da fianza e a indemnización dos danos e prexuízos causados».

Polo demais, non é certo que o incumplimento da obriga dos accionistas de aportar os fondos necesarios para procurar a Pazo de Congressos de Vigo, S.A. unha situación patrimonial saneada e, en consecuencia, de facer fronte á súa eventual insolvencia, non



Concello de Vigo

este tipificada como infracción no PCAP do contrato: a cláusula 68 do PCAP do contrato clasifica os incumplimentos da concesionaria en graves e leves e tipifica como grave, no apartado 2.1.h) «a diminución por calquera vía da solvencia da sociedade concesionaria en prexuízo da continuidade e solvencia da concesión».

Continúa a parte expositiva do acordo que transcribimos sinalando, en canto á posibilidade de resolución do contrato de concesión por causa de concurso de acredores, que:

«(...) de acordo co TRLCAP/2000, son causas de resolución do contrato de concesión de obra pública as que o artigo 264 do seu texto enumera e, en consecuencia, o son tamén do contrato que nos ocupa e, xa que logo, tamén o concurso. Agora ben, si o concurso ten lugar polo incumplimento das obrigas esenciais do contrato, a causa de resolución do contrato será esta e non o concurso ou a apertura da fase de liquidación da sociedade, que marcarán o momento do inicio do expediente de resolución do contrato, pero pola causa do incumplimento das obrigas esenciais do contrato -que de haberse cumprido evitarían o concurso- e non polo posterior concurso que o incumplimento provoca.

Só o concurso de acredores -ou, en xeral, a insolvencia- das accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., que impidise (a estas) o cumprimento das súas obrigas de saneamento patrimonial da titular da concesión, sería causa extintiva do contrato por concurso de acredores».

E iso porque esta Administración municipal non pon en dúbida que Pazo de Congressos de Vigo poida entrar en concurso: si prodúcese un desfase de tesorería nesta sociedade instrumental e as adxudicatarias do contrato, accionistas da sociedade, non cumpren as súas obrigas de saneamento patrimonial desta, aínda habendo sido requiridas para o seu cumprimento, a declaración de concurso pode resultar obrigada si a situación de insolvencia prodúcese antes de que se logre o seu cumprimento; pero, a solución a esta situación de insolvencia ha de vir dada pola esixencia ás accionistas da sociedade do cumprimento voluntario ou en vía xudicial de devandita obriga que pesa sobre eles, que fará desaparecer a situación de insolvencia.

Décima.- En canto ás alegacións realizadas por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. en trámite no trámite de audiencia do recurso de reposición e no primeiro trámite de audiencia do expediente iniciado para a remisión da interpretación do contrato ao Consello Consultivo de Galicia dos dous primeiros trámite de audiencia, habemos de contestar:

Que é obvio afirmar que corresponde á Xurisdición Mercantil coñecer da situación patrimonial da concursada. Ninguén o pon en dúbida. Agora ben, a situación patrimonial da concursada vén determinada polos seus dereitos e obrigas e a súa esixibilidade temporal, e sendo o obxecto exclusivo e excluínste de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. a construción e explotación da obra pública, a Xurisdición Mercantil haberá de considerar, para avaliar a situación patrimonial da citada mercantil, o contrato de concesión de obra pública e os dereitos e obrigas que para a concursada derívanse deste.

Que esta Administración municipal, ao poñer de manifesto ás recorrentes o informe da cátedra de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo, quixo proporcionar a estas a maior información sobre os argumentos a utilizar polo Concello de Vigo para a resolución do

recurso interposto e a posibilidade de que as recorrentes formulen as alegacións pertinentes en relación a estes.

Que esta Administración municipal descoñece as concretas circunstancias dos procedementos concursais das empresas concesionarias de autoestradas que a recorrente indica, nin os motivos das mesmas, nin si a concursada é a instrumental ou a adxudicataria da concesión da autoestrada, ou si son as dúas, polo que non cabo aquí pronunciarse sobre esta alegación.

Que o artigo 67 LC establece que os efectos da declaración de concurso sobre os contratos de carácter administrativo celebrados polo debedor con Administracións públicas rexeranse polo establecido na súa lexislación especial.

Que, de acordo co artigo 112. 2 e 7 TRLCAP/2000, en caso de declaración de concurso e mentres non se produciu a fase de liquidación, a administración intempestivamente continuará o contrato si o contratista prestar as garantías suficientes a xuízo daquela para a súa execución e o artigo 265.2 TRLCAP/2000, especificamente para o contrato de concesión de obra pública sinala que no caso de suspensión de pagos a resolución será potestativa para a Administración.

No caso que nos ocupa, a garantía que para esta Administración municipal implica a solvencia das adxudicatarias do contrato, accionistas da sociedade, obrigadas ao saneamento patrimonial da instrumental, cuxo cumprimento esixir e obterase no procedemento concursal, non aconsellou proceder á resolución do contrato.

Para rematar, a alegación relativa á posibilidade de resolver o contrato por concurso de acredores xa foi contestada: claro que cabo o concurso e, eventualmente, a liquidación de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. por concurso de acredores, pero, esta última, só si esgotácese a solvencia das accionistas; e iso porque, en punto á responsabilidade dos accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., adxudicatarios do contrato de concesión, fronte a esta e ao Concello de Vigo, a especialidade da instrumental é un réxime de responsabilidade análogo ao dunha sociedade colectiva.

Décimo primeira.- Restan aínda se dicía- cincuenta anos de concesión; prazo durante o cal a concesionaria poderá recuperar as perdas ata agora sufridas e xerar ganancias, sequera sexan inferiores ás inicialmente estimadas, tendo en conta da rendibilidade xerada ata agora polo Auditorio-pazo de Congressos, a ocupación e rendementos do hotel que forma parte da obra pública, a ocupación de todas a superficies da zona complementaria destinadas a oficinas e as ofertas de aluguer de toda a superficie comercial

Décimo segunda.- Polo demais, a oposición da contratista, administradores e accionistas á interpretación municipal das cláusulas 20.7 e 8 e 21.3 do PCAP no momento imperativo deste xustifica, ao amparo do artigo 59 TRLCAP, a petición do ditame ao Consello Consultivo de Galicia, sen que resulte inoficiosa para tal interpretación a solicitude do ditame á cátedra de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo, pois a transcendencia económica da cuestión debatida reclama as máximas garantías.

Décimo terceira.- En canto ás alegacións formuladas fóra de prazo por Sacyr, S.A.U., Sacyr Construción Participacións Accionarias, S.L. e don Victor Javier Martín Gómez,



Concello de Vigo

representante acode física desta última mercantil no consello de administración de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., procede informar que o Concello de Vigo non está -derivando responsabilidades sobre os accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., senón que está procedendo a esixir destas o pleno e perfecto cumprimento das obrigas pactadas no contrato de concesión de obra pública que nos ocupa en base ás consideracións de feito e de dereito que acabamos de expoñer».

DÉCIMO OITAVO.- Cos antecedentes expostos e en base ás consideracións xurídicas que preceden, a interpretación recolleita na proposta remitida ao Consello Consultivo de Galicia foi a que segue:

«- Que a obriga xeral de saneamento do patrimonio social prevista na cláusula 20.7 do Prego de cláusulas administrativas particulares do citado contrato de concesión de obra pública nace, polo menos, naquelas hipóteses nas que o patrimonio neto reduciuse por baixo dos dous terzos do capital social (sempre que transcorra un exercicio social sen que se recupere e, ademais, mantéñase por encima da metade do capital social), e naqueloutros supostos nos que a sociedade pódase atopar nunha situación de insolvencia actual ou inminente, e sempre que a cifra de patrimonio social non sexa inferior á metade do capital social.

- Que os “accionistas da sociedade concesionaria” son os suxeitos pasivos da obriga de saneamento do patrimonio social de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., de modo que son os accionistas da sociedade Pazo de Congressos de Vigo, S.A. os que veñen obrigados a sanear o patrimonio social no caso de que se poida producir calquera das situacións referidas no parágrafo anterior.

- Que a obriga de saneamento pode ser cumprida polos accionistas a través de calquera medio que permita á sociedade sanear o seu patrimonio, xa sexa para situalo por encima dos dous terzos do capital social, xa sexa para poder cumprir de forma regular as súas obrigas exixibles.

- Que o cumprimento da obriga de saneamento patrimonial de referencia pode ser esixida dos accionistas da sociedade, adxudicatarios do contrato de concesión, tanto pola Administración concedente, a virtude das obrigas asumidas por estas coa adxudicación do contrato e o contrato mesmo como pola propia mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A., a través dos seus administradores, ao figurar, tamén, esta obriga nos estatutos desta mercantil».

DÉCIMO NOVENO.- Con data 6 de setembro de 2017, a Sección de Ditames do Consello Consultivo de Galicia acordou devolver o expediente, sen a emisión do correspondente ditame, para que se completase a instrución do procedemento coa incorporación ao mesmo do informe do secretario da corporación -que podería ser substituído polo da Asesoría Xurídica- e co do interventor municipal e, tras nova audiencia aos interesados, formulácese unha nova proposta de resolución que debería ser remitida para o ditame do Consello Consultivo.

VIXÉSIMO.- O informe da Asesoría Xurídica foi emitido o 29 de setembro de 2017 pola letrada Xefa de Asesoramento e pola Titular da Asesoría Xurídica, nos termos que seguen:

«ASUNTO: INTERPRETACIÓN DO Prego DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DO CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PARA A CONSTRUCCIÓN E EXPLOTACIÓN DO AUDITORIO PAZO DE CONGRESOS E ZONAS COMPLEMENTARIAS NA AVDA. BEIRAMAR (VIGO). EXPTE. 1215/330.

INFORME

Solicitado informe desta Asesoría Xurídica sobre ou asunto de referencia, emitir nos seguintes termos:

FEITOS

Vos feitos e as actuacións procedimentais levadas a cabo son as que resultan do expediente administrativo.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

I

Con carácter previo ao exame da cuestión relativa á interpretación do contrato, é preciso deixar patentes 2 aspectos:

I.1. No expediente remitido consta un acordo da Xunta de goberno Local de 7 de outubro de 2016 non que se require da mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A., dous seus administradores e das mercantís accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. ou cumprimento da obriga das accionistas desta de proceder ao saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., prevista na cláusula 20.7 do PCAP do contrato.

Dito requirimento deriva da obriga clara e concreta contida na citada cláusula 20.7 do PCAP que establece: «Vos accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter á mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer supoñer de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria ou requira, os adxudicatarios deberán adoitar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear ou dito patrimonio social-.

A Xunta de Goberno Local do Concello de Vigo na súa sesión do 6 de marzo do 2006 acordou a adxudicación do contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias, na Avda de Beiramar, ás sociedades Testa Inmuebles S.A., Caixanova -Abanca como sucesora-, Puentes e Calzadas S.A., Sacyr S.A.U., Expacontra S.L. e Puentes Concesións S.L., coa obriga de constituír unha sociedade anónima para a execución do contrato. Sociedade anónima que, co nome de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., foi constituída por escritura pública de 19 de abril de 2006.



Concello de Vigo

A adxudicación e a formalización do contrato se produciu baixo ou RDL 2/2000, do texto refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, logo da modificación efectuada pola Lei 13/2003, sendo a norma de aplicación ao mesmo, segundo réxime transitorio establecido polo RDL 3/2011 (texto refundido da lei de contratos do sector público).

No artigo 53 deste TRLCAP indícase claramente que os contratos perfeccionanse mediante a adxudicación realizada polo órgano de contratación competente. Ou contrato se perfeccionou logo, cos licitadores que concorreron ao procedemento (art. 232 TRLCAP). Porque foron eles, adxudicatarios, quen aportaron a solvencia. En ningún caso foi a sociedade concesionaria Pazo de Congresos de Vigo S.A., a adxudicataria. A súa creación é posterior ao acordo de adxudicación.

A sociedade concesionaria é unha sociedade instrumental. Negalo sería negar ou seu réxime xurídico expresado na norma da que deriva. Porque se ben débese de respectar ou réxime xurídico establecido na lexislación mercantil, as especialidades que fixa a normativa contractual son as que definen e mesmo alteran determinados aspectos deste tipo de sociedades con respecto ás de réxime común.

1.2 Ou réxime xurídico das sociedades instrumentais da Lei 8/1972, (de autoestradas) é distinto ao regulado para a sociedade Pazo de Congresos de Vigo S.A. Na lei de autoestradas do 1972 ou adxudicatario estaba obrigado á constitución dunha sociedade anónima de nacionalidade española. Esta sociedade non sería só ou titular da concesión, senón aquela con quen se formalizaría ou contrato de concesión ex art. 39 da Lei de Contratos do Estado do 1965.

A diferenza do que acontece co réxime xurídico desta concesión, na que como xa se indicou, foron os adxudicatarios os suxeitos cos que se perfeccionou. Ou réxime xurídico diferenciado entre as sociedades concesionarias prototípicas (de autoestradas estatais) e as que para outras tipoloxías de negocios concesionais se estableceu non TRLCAP - neste caso- é manifesto.

II

Sen prexuízo do anterior e malia que a obriga dous accionistas da sociedade como adxudicatarios do contrato de saneamento patrimonial da sociedade concesionaria recollida non PACP é clara e evidente, ante a interposición de recurso de reposición por parte de Pazo de Congresos Vigo S.A e tendo en conta que se cuestionaba ou alcance de dita obriga decidiuse por seguridade xurídica e coa finalidade de resolver a controversia xurdida e garantir unha correcta execución do contrato tramitar un expediente de interpretación do PCAP en relación co significado e contido dita obriga. E para elo solicitouse un ditame especializado que foi emitido ou 15 de decembro de 2016 catedrático de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo Prof. Dr. Don Anxo Tato Praza e polos profesores de Dereito Mercantil da mesma universidade, Dr. Don Pablo Fernández Carballo-Calero e Dr. Don Francisco Torres Pérez.

O artigo 5 do TRLCAP, de aplicación temporal ao contrato que nos ocupa, atribúe ao

órgano de contratación a facultade de interpretación do contrato administrativo. Ou fundamento desta prerrogativa non se atopa non contrato, senón na propia Lei, sendo a súa finalidade a efectiva consecución dous intereses públicos.

Neste sentido en palabras do Tribunal Supremo, por todas, a Sentenza ditada ou 14 de decembre de 1995, “tal prerrogativa ten a súa razón de ser na mellor satisfacción posible do interese público, incluído en toda a actividade administrativa, e desde logo non supón unha facultade exercitada caprichosa ou arbitrariamente rotundamente prohibida polo artigo 9.3 da nosa Constitución”.

Segundo indícase na cláusula 2 do Prego de cláusulas administrativas particulares, ou obxecto do contrato é: “a concesión de obra pública por parte do Concello de Vigo a favor do adxudicatario para a demolición e a construción, explotación e mantemento dunha obra pública destinada a -Auditorio - Pazo de Congresos-, que incluírá así mesmo unha “zona complementaria”, sobre as parcelas denominadas “Casa do Mar” sitas na Avenida de Beiramar e ocupación parcial do subsolo da rúa Jacinto Benavente de Vigo.”

A cuestión que se prantexa no presente expediente consiste en determinar resúltase conforme a dereito a interpretación da cláusula 20.7 do PCAP que consta na proposta de resolución e que entende como obriga contractual dúas accionistas da sociedade concesionaria e adxudicatarios do contrato ou saneamento do patrimonio social de Pazo de Congresos S.A, ao menos, naquelas hipóteses nas que ou patrimonio neto se teña reducido por baixo dous dous terzos do capital social (sempre que transcorra un exercicio social sen que se recupere e, ademais, se manteña por riba da metade do capital social), e naqueles outros supostos nos que a sociedade se poida atopar nunha situación de insolvencia actual ou inminente, e sempre que a cifra de patrimonio social non sexa inferior a metade do capital social.

Para isto, haberá que estar á vontade manifestada polas partes non contrato administrativo que lles vincula e ao contido dous Pregos que se asumen como contido contractual, nos que se concretan os pactos e condicións definidoras dous dereitos e obrigas asumidos polas partes (artigo 115.2 do TRLCSP).

Na proposta de resolución do expediente recóllese ou contido dous Pregos de cláusulas que inciden non aspecto do contrato, faise referencia aos argumentos esgrimidos polo Concello de Vigo en base ao informe especializado dous catedráticos mercantil e pola contratista.

En relación coas regras interpretativas ou Código Civil adica a primeira das normas consagrada á interpretación dous contratos á primacía da interpretación literal ou gramatical; así, ou artigo 1281 dispón que: -Si os términos dun contrato son claros e non deixan dúbida sobre a intención dos contratantes, estarase ao sentido literal dos seus cláusulas. Si as palabras pareceren contrarias á intención evidente dos contratantes, prevalecerá esta sobre aquelas-.

Pois ben, neste caso efectuar unha interpretación literal da cláusula 20.7 do PCAP nos termos recollidos non informe dous especialistas mercantís contratados para elo.



Concello de Vigo

Abonda na obriga do saneamento do patrimonio social de Pazo de Congressos S.A por parte dous accionistas da sociedade concesionaria unha interpretación sistemática dúas Pregos, tal e como se sinala non art.1285 do Código Civil conforme ao cal "As cláusulas dos contratos deberán interpretarse as unhas polas outras, atribuíndo ás dubidosas o sentido que resulte do conxunto de todas-. Este precepto proclama ou principio de interpretación sistemática, ou cal ten un indiscutible valor, xa que como entende ou Tribunal Supremo (por todas a STS de 28 de xullo de 1990) -a intención, que é o espírito do contrato, é indivisible, non podendo atoparse nunha cláusula illada das demais, senón no todo orgánico que o contrato constitúe".

Neste caso, tal e como se recolle non informe proposta dita interpretación sistemática tamén establécese de forma fundamentada non informe dous especialistas mercantís nos que dunha maneira exhaustiva completan de forma harmónica e global a cláusula 20.7 do PCAP con outras previsións contidas nas cláusulas 21.3, 68.2.1.h) dous Pregos e tamén cos propios Estatutos da sociedade e que esta Administración municipal non pon en dúbida que Pazo de Congressos de Vigo poida entrar en concurso: producir un desfase de tesourería nesta sociedade instrumental e as adxudicatarias do contrato, accionistas da sociedade, non cumpren as súas obrigas de saneamento patrimonial desta, aínda que requiridas para ou seu cumprimento, a declaración de concurso pode resultar obrigada Ila situación de insolvencia producir antes de que se logre ou seu cumprimento; pero, a solución a esta situación de insolvencia ten que vir pola esixencia ás accionistas da sociedade de cumprimento voluntario ou en vía xudicial da dita obriga que pesa sobre eles, que fará desaparecer a situación de insolvencia que permiten indagar sobre de cal é ou verdadeiro sentido de dita obriga contractual.

En consecuencia, a proposta de resolución do expediente na que ou Concello, á vista das actuacións levadas a cabo, manifesta a súa posición en relación coa discrepancia relativa ao alcance da cláusula 20.7 do PCAP contestando motivadamente ás alegacións formuladas polo contratista e interpretando ou contrato en canto a este aspecto concreto dunha forma razoable é conforme co interese público, polo que se considera axustada a dereito».

VIXÉSIMO PRIMEIRO.- Emitido informe pola Asesoría Xurídica, o Interventor Municipal, con data 6 de outubro de 2017, emitiu o seu nos seguintes términos:

« Remitida á Intervención Xeral do Concello de Vigo ou expediente relativo ao asunto referenciado, e con carácter previo á adopción do correspondente acordo, unha vez examinada a respectiva proposta incorporada ao expediente, ou funcionario que subscribe ten a ben emitir ou seguinte informe:

Normativa aplicable.

Texto refundido da Lei Reguladora das Facendas Locais (en adiante, TRLRFL), aprobado polo Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas (en adiante, TRLCAP), aprobado polo RD-Lex. 2/2000, de 16 de xuño.

Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración Local de Galicia (en adiante, LALGA). Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases de Réxime Local, modificada pola Lei 27/2013, de 27 de decembro de Racionalización e Sustentabilidade da Administración Local.

Carácter e contido do informe de intervención.

Tendo en conta que o artigo 321 da LALGA recoñece a prerrogativa do órgano competente para a contratación de interpretar os contratos administrativos e resolver as dúbidas que presente ou seu cumprimento -sen prexuízo da audiencia preceptiva do contratista-, establecendo a necesidade de incorporar o informe do Secretario e ou do Interventor con carácter previo á adopción do acordo que corresponda, o presente informe ten carácter preceptivo.

Neste sentido, o artigo 214 do RD-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei Reguladora das Facendas locais, referíndose ao ámbito de aplicación e modalidades de exercicio da función interventora, establece non seu apartado primeiro que: -1. A función interventora terá por obxecto fiscalizar todos os actos das entidades locais e dúas seus organismos autónomos que dean lugar ao recoñecemento e liquidación de dereitos e obrigas ou gastos de contido económico, os ingresos e pagos que daqueles derívense, e a recadación, investimento e aplicación, en xeral, dúas caudais públicos administrados, co fin de que a xestión axústese ás disposicións aplicables en cada caso-.

Ou apartado segundo do citado precepto continúa dicindo que o exercicio da expresada función comprenderá:

- a) A intervención crítica ou previa de todo acto, documento ou expediente susceptible de producir dereitos ou obrigas de contido económico ou movemento de fondos de valores.*
- b) A intervención formal da ordenación do pago.*
- c) A intervención material do pago.*
- d) A intervención e comprobación material dos investimentos e da aplicación das subvencións.*

Pola súa beira, o artigo 133 da Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases do Réxime Local, engadido pola Lei 57/2003, de 16 de decembro, de Medidas para a Modernización do Goberno Local, precepto que se atopa incardinado non título X da referida Lei (-Réxime de organización dos municipios de gran poboación-), establece como un dos criterios aos que debe axustarse a xestión económico-financeira dos municipios de gran poboación -como é o caso do Concello de Vigo-, que o ámbito non que se realizará a fiscalización e o control de legalidade orzamentaria será o orzamento ou o estado de previsión de ingresos e gastos, segundo proceda.



Concello de Vigo

Polo tanto, e sen prexuízo de expresar unha opinión sobre ou asunto de referencia, infórmesvos da Intervención deben de versar fundamentalmente sobre as consecuencias de contido económico que poden supoñer ingresos ou obrigas de gasto para ou Concello de Vigo con cargo aos seus orzamentos, sendo polo contrario, ou caso que nos ocupa, unha cuestión fundamentalmente de índole xurídico.

Proposta de acordo:

Con data 13/06/2017, ou responsable do contrato, coa conformidade do concelleiro delegado da Área de Cultura, dirixe proposta á Xunta de Goberno Local, como órgano de contratación do Concello de Vigo, a fin de que, previo ditame do Consello Consultivo de Galicia, e a fin de resolver ou recurso de reposición referido nos antecedentes do citado informe, procedase a adopción do seguinte acordo:

-Fixar como interpretación da cláusula 20.7 do PCAP do contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias, na Avenida de Beiramar, en Vigo, a que segue:

- Que a obriga xeral de saneamento do patrimonio social prevista na cláusula 20.7 do Prego de cláusulas administrativas particulares do dito contrato nace, ao menos, naquelas hipóteses nas que ou patrimonio neto se teña reducido por baixo dous dous terzos do capital social (sempre que transcorra un exercicio social sen que se recupere e, ademais, se manteña por riba da metade do capital social), e naqueles outros supostos nos que a sociedade se poida atopar nunha situación de insolvencia actual ou inminente, e sempre que a cifra de patrimonio social non sexa inferior a metade do capital social.

- Que os -accionistas da sociedade concesionaria- son os suxeitos pasivos da obriga de saneamento do patrimonio social de Pazo de congresos de Vigo, S.A., de xeito que son os accionistas da sociedade Pazo de Congressos de Vigo, S.A. os que veñen obrigados a sanear ou patrimonio social non caso de que se poda producir calquera das situacións referidas non parágrafo anterior.

- Que a obriga de saneamento pode ser cumprida polos accionistas a través de calquera medio que permita á sociedade sanear ou seu patrimonio, xa sexa para situalo por riba dous dous terzos do capital social, xa sexa para poder cumprir de forma regular as súas obrigas esixibles.

- Que ou cumprimento da obriga de saneamento patrimonial de referencia pode ser esixida dúas accionistas da sociedade, adxudicatarios do contrato de concesión, tanto pola Administración concedente, a virtude das obrigas asumidas por estas coa adxudicación do contrato e ou contrato mesmo, como pola propia mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A., a través dous seus administradores, ao figurar, tamén, esta obriga nos estatutos desta mercantil.-

Antecedentes.

Vos antecedentes do presente expediente aparecen detalladamente relatados non

informe proposta elaborado polo responsable do contrato con data 13/06/2017, polo que non interesa aquí a súa reprodución íntegra, se ben compre citar neste intre os seguintes:

Primeiro.- A Xunta de Goberno Local, en sesión de 6 de marzo de 2006, acordou adxudicar ou contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias, na Avda. de Beiramar, en Vigo, ás mercantís Testa Inmuebles S.A., Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A., Puentes Concesións S.L., Sacyr S.A.U., Expacontra S.A., e Puentes e Calzadas S.A., por prazo de trinta e cinco (35) anos, ampliado posteriormente a sesenta (60) anos, coa obriga de constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato; sociedade anónima que, co nome de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., foi constituída por escritura pública de 19 de abril de 2006, outorgada ante ou notario de Vigo Don Miguel Lucas Sánchez, con número 808 do seu protocolo.

Aínda que sexa unha evidencia, compre lembrar que a adxudicación tivo lugar logo dun procedemento non que se respectaron os principios de publicidade e concorrncia, e non que houbo outros licitadores, ademais do que finalmente resultou adxudicatario, que presentaron a súa oferta.

Segundo.- En data 15 de decembro de 2010, Pazo de Congressos de Vigo, S.A. presentou ao Concello de Vigo un novo plan económico financeiro, como consecuencia da modificación da obra pública, non que se consigna un investimento de 85.463.700,67 euros e contemplar unha nova subvención de capital de 5.003.892 euros, así como a ampliación do prazo concesional en 25 anos, chegando ata ou máximo permitido legalmente de sesenta anos. Este novo plan económico financeiro foi aprobado pola Xunta de Goberno Local ou 6 de xullo de 2012.

Terceiro.- Ou 27 de xuño de 2013 Pazo de Congressos de Vigo, S.A solicitou ou reequilibrio económico do contrato aducindo ou incumprimento na súa práctica totalidade das previsións económico financeiras da concesión, petición que foi rexeitada polo Concello de Vigo. Reproducida tal pretensión en vía xurisdiccional, foi igualmente desestimada.

Cuarto.- Con data 21 de xullo de 2016, ou Consello de Administración de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., en base ao déficit de caixa existente, acordou comunicar ao Xulgado do mercantil competente ou inicio de negociacións cos acredores da Sociedade, para lograr un acordo de refinanciamento ou, non seu caso, para obter unha proposta anticipada de convenio, nos termos previstos non artigo 5 Bis da Lei 22/2003, de 9 de xullo, Concursal.

Quinto.- A Xunta de Goberno Local, con data de 7 de outubro de 2016, con fundamento nas consideracións de feito e de dereito que se conteñen na súa parte expositiva, adoptou ou de requirir «da mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A., dous seus administradores e das mercantís accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. ou cumprimento da obriga das accionistas desta de proceder ao saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., prevista na cláusula



Concello de Vigo

20.7 do PCAP do contrato, para ou caso de que as ditas negociacións non acadaran ou resultado pretendido».

Este acordo municipal foi notificado á mercantil Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e aos accionistas e administradores da mesma, á vez que se practicou a todos eles ou requirimento nel disposto. Pazo de Congressos de Vigo, S.A. Interpuxo en prazo recurso de reposición, solicitando a nulidade e a suspensión do acordo impugnado, recurso ao que se adheriron con posterioridade Testa Hoteles, S.A.U., Testa Inmuebles en Renda, SOCIMI, S.A., Gescentesta, S.L.U., e Gesfontesta S.A.U., por medio dous seus representantes.

Informe.

I.-

A Lexislación Concursal remite, non caso dous concursos de empresas concesionarias de obras e servizos públicos ou contratistas das administracións públicas, á aplicación das especialidades establecidas na lexislación de contratos do sector público e na lexislación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo. Neste sentido, a prerrogativa do órgano de contratación de interpretar os contratos administrativos aparece recollida de forma constante e uniforme na normativa reguladora da contratación administrativa, tamén non RDL 2/2000, de 16 de xuño, aplicable ao presente caso, debendo observarse non procedemento para ou seu exercicio a necesaria audiencia ao contratista, así como ou preceptivo informe do Consello Consultivo de Galicia cando formúlese oposición por parte do contratista, entre outros casos.

Ou expediente ten como obxecto a interpretación da cláusula 20.7 do PCAP do contrato para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias, na Avenida de Beiramar, en Vigo. Non expediente consta, entre outra documentación, ou informe do servizo propoñente e informe da Asesoría Xurídica.

II.-

Resulta incuestionable que a presentación dunha proposición supón a aceptación incondicionada polo empresario da totalidade das cláusulas do PCAP, sen excepción ou reserva algunha (-hai que estar ao pactado-), sendo polo tanto os contratos fonte de obrigas entre as partes, polo que non cabo dudar do carácter de esixibles que para cada unha delas teñen as súas cláusulas (ditame da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, informe número 63/2009, do 23 de xullo de 2010), do que resulta a obrigatoriedade de que ou adxudicatario do contrato observe na súa execución estritamente ou tenor das cláusulas.

Así, os apartados 7 e 8 da cláusula 20 din textualmente:

-7. Os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter á mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio

patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria ou requira, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear ou dito patrimonio.

8. A sociedade concesionaria non se poderá disolver ata que remate ou prazo de concesión e se produza a entrega ao Concello da totalidade da obra pública obxecto da concesión nas condicións establecidas neste Prego».

Como pode observarse con claridade, o PCAP regulador do contrato para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congresos establece na súa cláusula 20 un conxunto de obrigas esenciais e complementarias entre si, de necesario cumprimento para as mercantís adxudicatarias do referido contrato -constituídas para a execución do contrato na sociedade Pazo de Congresos de Vigo, S.A.-, como son:

A obriga dos accionistas da sociedade Pazo de Congresos, S.A. de manter en todo momento a dita sociedade nunha situación patrimonial saneada -aplicable tamén aos supostos de insolvencia da entidade segundo as conclusións do ditame elaborado polo catedrático de Dereito Mercantil que obra non expediente-.

Impedir a disolución da sociedade concesionaria antes do remate do prazo concesional. Tal prohibición é absoluta non admitindo dúbida ou excepción algunha a súa aplicación.

Admitir ou argumento da sociedade concesionaria, contraria á interpretación municipal proposta, suporía aceptar que unha situación de crise patrimonial pode dar lugar á disolución e liquidación da sociedade non seo dun procedemento concursal, posibilidade expresa e absolutamente prohibida pola cláusula 20.8 do PCAP -cláusula aceptada pola sociedade sen reserva algunha-.

Tamén resultaría certamente incongruente admitir tal posibilidade -de disolución da sociedade vía proceso concursal-, xunto coa obriga imposta aos accionistas para, precisamente, impedir a disolución da sociedade na cláusula 21.3 que dispón que:-no caso de perdas acumuladas que deixen reducido o patrimonio neto contable por baixo da metade do capital social, este será ampliado a fin de evitar a causa de disolución do artigo 260.4 do texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas-. Precisamente esta previsión ten por obxecto dotar de coherencia ao conxunto das cláusulas do PCAP, especialmente impedir a disolución da entidade nos termos da cláusula 20.8 antes citada.

III.-

Por outra parte, tampouco podemos obviar a propia natureza e características esenciais configuradoras do contrato concesional.

A Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, de 26 de febreiro de 2014, establece que -A adxudicación das concesións de obras ou servizos implicará a transferencia ao concesionario dun risco operacional na explotación de devanditas



Concello de Vigo

obras ou servizos abarcando o risco de demanda ou o de fornezo, ou ambos. Considerarase que o concesionario asume un risco operacional cando non estea garantido que, en condicións normais de funcionamento, vaia a recuperar os investimentos realizados nin a cubrir os custos que contraía para explotar as obras ou os servizos que sexan obxecto da concesión. A parte dos riscos transferidos ao concesionario supoñerá unha exposición real ás incertezas do mercado que implique que calquera perda potencial estimada en que incorra o concesionario non é feramente nominal ou desdeñable-.

Nos contratos desta natureza é ao concesionario, xa que logo, a quen incumbe a tarefa de realizar os investimentos necesarios para que unha obra poida, de forma útil, poñerse a disposición dous usuarios, asumindo, en virtude do principio de risco e ventura, a carga da amortización da obra e demais riscos vinculados á construción, obtendo, como contrapartida, ou dereito de explotación da concesión polo cal o concesionario poderá cobrar as rendas resultantes da utilización das obras realizadas ou servizos xestionados durante un certo período de tempo (informe 24/2013, do 25 de novembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón).

Conclúe ou citado informe que, nos contratos de concesión, os riscos inherentes á explotación transfírense ao concesionario, que forman así elemento esencial do contrato celebrado, e que ten especiais consecuencias desde a perspectiva de estabilidade orzamentaria, pois con esta arquitectura de translación de riscos pretender trasladar a lestes contratos fose do perímetro de endebedamento e gasto público.

Polo tanto, nos contratos desta natureza, as eventuais perdas que se poidan producir na explotación da obra pública concesionada non poden xustificar nunca a resolución do contrato de concesión, nin directamente, a solicitude do propio concesionario, nin indirectamente, a través da liquidación da sociedade nun proceso concursal, pois isto suporía transferir novamente á Administración concesionaria ou risco operacional coas correlativas consecuencias sobre ou gasto público e ou endebedamento.

Conclusións.

Primeira.- Resulta indiscutible que os contratos deben cumprirse ou executarse a tenor das súas cláusulas polo que, no caso que nos ocupa, ningunha interpretación do apartado 7 da cláusula 20 do PCAP regulador do contrato para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos en Vigo pode supoñer, directa ou indirectamente, a disolución da sociedade concesionaria -Pazo de Congressos de Vigo, S.A- antes de que remate ou prazo de concesión, pois tal posibilidade atópase expresamente prohibida non apartado 8 da mesma cláusula, polo que a interpretación da cláusula 20.7 que propón ou responsable do contrato é a que resulta dunha interpretación sistemática do conxunto das cláusulas que integran ou citado PCAP.

Segunda.- A interpretación da cláusula 20.7 do PCAP do contrato para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos en Vigo que propón ou responsable do contrato é congruente coa natureza e características esenciais configuradoras do

contrato concesional na medida na que, en virtude do principio de risco e ventura, recae no concesionario a carga da amortización da obra e demais riscos vinculados á construción e explotación da obra durante ou período concesional».

VIXÉSIMO SEGUNDO.- Posto de manifesto de novo o expediente, xunto cos informes, arriba transcritos, da Asesoría Xurídica e da Intervención Xeral do Concello, a Pazo de Congresos de Vigo, S.A., aos seus accionistas, aos membros do seu consello de administración e ao administrador concursal, presentouse, no prazo conferido ao efecto, escrito de alegacións por parte, unicamente, de Pazo de Congresos de Vigo, S.A..

Ditas alegacións e a contestación dada ás mesmas por esta Administración municipal son as que seguen:

«I.- Ao escrito de alegacións acompañáñanse dous anexos: a acta da Xunta de Goberno Local do ano 2006, na que consta o acordo de adxudicación do contrato de concesión de obra pública e o Auto da Audiencia Provincial de Pontevedra 274/17, de 21 de xullo de 2017, ditado no recurso de apelación interposto polo Concello de Vigo, en relación coa declaración de concurso da concesionaria.

II.- O escrito de alegacións comeza cunha primeira alegación, de carácter preliminar, na que da por reproducidos os argumentos xa aducidos pola concesionaria no expediente, sen prexuízo -dise- de que no escrito de alegacións se enfatice ou reitere algún dos feitos ou argumentos xa alegados.

III.- Na alegación segunda, Pazo de Congresos de Vigo, S.A. realiza un excursus sobre a historia -económica- da concesionaria, co que pretende xustificar o perfecto cumprimento do contrato por esta.

Nada ten que dicir esta administración municipal respecto do afirmado por Pazo de Congresos de Vigo, S.A. neste apartado de alegacións; non obstante o cal cumpre facer dúas
precisións:

Dunha parte, apuntar o erro no que incorre a reclamante no parágrafo (i) da páxina 6 do escrito, cando di «que o capital social da Sociedade concesionaria estivo fixado, en todo momento, nunha cifra igual ou superior ao custo do investimento directo realizada en cumprimento do previsto na Cláusula 21.ª PCAP», porque o PCAP en dita cláusula dispón que durante todo o período concesional o capital social cifrase como mínimo no 10% do custo de investimento directo, e é por encima deste 10% do custo do investimento directo -e non, como se di no parágrafo indicado, por encima do custo do investimento directo- como, efectivamente, vén mantendo a concesionaria o capital social de Pazo de Congresos de Vigo, S.A.

Doutra, que a pretensión perfecta e reiteradamente explicitada polo Concello de Vigo, en todas as actuacións administrativas e xurisdicionais que se seguen en relación con este contrato é a de que sobre os accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. pesa unha obriga de saneamento patrimonial da sociedade, que nace tanto naquelas hipóteses nas que o patrimonio neto reduciuse por baixo dos dous terzos do capital social (sempre que transcorra un exercicio social sen que se recupere e, ademais, mantéñase por encima da



Concello de Vigo

metade do capital social), como naqueloutros supostos nos que a sociedade pódase atopar nunha situación de insolvencia actual ou inminente, e sempre que a cifra de patrimonio social non sexa inferior á metade do capital social, caso no que os accionistas deberán ampliar o capital social para evitar a disolución (cláusula 21.3 PCAP).

Resultan, xa que logo, superfluas, expresións utilizadas pola alegante no seu escrito, tales como «o que material e verdadeiramente pretende o Concello é (...) que dalgún xeito os seus accionistas (da concesionaria) deban facer aportes de capital durante toda a vida da concesión» (páxina 6 in fine do escrito de alegacións); ou a de que «Queda deste xeito en evidencia a verdadeira pretensión do Concello: Aplicar aos accionistas da sociedade anónima a regras da responsabilidade dos socios dunha sociedade colectiva. O esforzo desenvolvido no escrito por tratar de disimular esta -por outra banda evidente- finalidade, pretendendo que se trata dunha literalidade do PCAP, queda desbaratado polo que é unha confesión en toda regra» (páxina 15, segundo parágrafo do escrito de alegacións), porque, repetimos, a interpretación que de modo claro, explícito e reiterado ven mantendo esta Administración municipal é a arriba consignada: os accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. veñen obrigados, de acordo co PCAP, reitor do contrato, ao saneamento patrimonial da sociedade, obriga que nace tanto naquelas hipóteses nas que o patrimonio neto reduciuse por baixo dos dous terzos do capital social (sempre que transcorra un exercicio social sen que se recupere e, ademais, mantéñase por encima da metade do capital social), como naqueloutros supostos nos que a sociedade pódase atopar nunha situación de insolvencia actual ou inminente, e sempre que a cifra de patrimonio social non sexa inferior á metade do capital social, caso no que os accionistas deberán ampliar o capital social para evitar a disolución.

O Concello de Vigo non nega que Pazo de Congressos de Vigo, S.A. poida entrar en concurso. Dise máis arriba que esta Administración municipal non pon en dúbida que Pazo de Congressos de Vigo poida entrar en concurso: si prodúcese un desfase de tesourería nesta sociedade instrumental e as adxudicatarias do contrato, accionistas da sociedade, non cumpren coas súas obrigas de saneamento patrimonial desta, aínda requiridas para a súa cumprimento, a declaración de concurso pode resultar obrigada si a situación de insolvencia prodúcese antes de que se logre o cumprimento da obriga de saneamento patrimonial que pesa sobre as accionistas; pero, a solución a esta situación de insolvencia ten que vir dada pola esixencia ás accionistas da sociedade do cumprimento voluntario ou en vía xudicial de devandita obriga de saneamento patrimonial que recae sobre eles; cumprimento da obriga de saneamento patrimonial que fará desaparecer a situación de insolvencia de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., pois tan só o esgotamento da solvencia das accionistas desta mercantil, obrigadas a sanear a situación patrimonial da sociedade titular da concesión podería xustificar a liquidación desta. A resolución do contrato por liquidación acordada no procedemento de concurso da sociedade titular da concesión, con incumprimento desta obriga de saneamento patrimonial, constituiría un auténtico abandono do contrato por parte de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. por non obter os accionistas os beneficios esperados ou por tratar de eludir a eventual asunción de perdas que se poidan producir, pero a cuxa asunción comprometer.

De aí, que non poida aceptarse a primeira das alegacións que se conteñen no apartado terceiro do escrito de alegacións -Sobre a posibilidade de declaración de concurso (e eventual liquidación) da sociedade concesionaria-, segundo a cal existe xa un Auto firme -no escrito dise, por erro, sentenza- da Audiencia Provincial de Pontevedra, que se acompaña

ao escrito de alegacións, que -afirman- «declarou o concurso da sociedade concesionaria e fíxoo rexeitando de xeito expreso os argumentos que se recollen na proposta de acordo de 9 de outubro á que nos referimos no presente escrito».

E dicimos que non pode aceptarse tal alegación porque o auto non aborda a cuestión da obriga dos accionistas de proceder ao saneamento patrimonial da titular da concesión en caso de insolvencia desta, senón que se limita a sinalar que acreditada a insolvencia de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. -insolvencia que non negamos, pero que é resultado do incumprimento da obriga, contractual e estatutaria, dos accionistas de proceder ao saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e da falta de reclamación do a súa cumprimento polo consello de administración da titular da concesión- a declaración de concurso é obrigada.

Pero, o Auto afirma que:

*«O detido estudo do Prego de cláusulas administrativas aportado co recurso de reposición evidencia, **primeiro**, que efectivamente correspóndese co Prego de cláusulas administrativas regulador do contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Palacio de Congressos, con zona complementaria sobre a parcela denominada "Casa Mar" de Vigo; **segundo**, que en devandito Prego recóllense os pactos e condicións definidores dos dereitos e obrigas das partes do contrato e as demais menciones esixidas polo texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro, e demais normas de desenvolvemento; **terceiro**, que, en consecuencia e de acordo co art. 115.3 TRLCSP, ditas cláusulas considéranse parte integrante do contrato; **cuarto**, que estamos ante un contrato administrativo, nos términos e cos efectos contemplados no art. 19.1 e 3 do TRLCSP; e, **quinto**, que as cláusulas destacadas polo recorrente deben interpretarse conxuntamente coas demais, e, polo que a este litixio refírese, coa cláusula 73.2, que se remite ás regras xerais ao establecer que "serán causas de resolución do contrato de concesión as previstas no artigo 264 do TRLCAP (hoxe, TRLCSP) , no presente Prego, e calquera outra causa de extinción establecida na lexislación vixente. Así mesmo, ditas causas de resolución serán aplicadas de acordo co establecido no artigo 265 do TRLCAP».*

O Auto recoñece a obriga dos accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. de manter a esta nunha situación patrimonial saneada, e así declara que:

«Noutras palabras, as cláusulas 20 e 21 limítanse a recoller unha obriga que asumen os adxudicatarios do contrato fronte á entidade local e da que responden en caso de incumprimento. Pero non afectan á regulación legal que impón o deber dos administradores de solicitar a declaración de concurso da sociedade de capital nos supostos legalmente establecidos na Lei 22/2003, como tampouco exceptúan as previsións xerais contidas no artigo 223.b), conforme ao cal é causa de resolución do contrato a declaración de concurso da sociedade concesionaria ou a declaración de insolvencia en calquera outro procedemento (...).

E nada temos que obxectar a tales afirmacións da Audiencia Provincial porque, como acabamos de dicir, esta Administración municipal, tal como acabamos de argumentar, non pon en dúbida que Pazo de Congressos de Vigo, S.A. poida entrar en concurso, pero -insistimos-, a solución a esta situación de insolvencia ten que vir dada pola esixencia ás



Concello de Vigo

accionistas da sociedade de cumprimento voluntario ou en vía xudicial d e dita obriga de saneamento patrimonial que recaee sobre elas; pois tan só o esgotamento da solvencia das accionistas desta mercantil, obrigadas a sanear a situación patrimonial da sociedade podería xustificar a liquidación desta.

A cuestión debatida no recurso de reposición que resolve o Auto invocado é exclusivamente a de si cabo ou non a declaración de concurso da concesionaria e a resolución da Sala límitase a dicir que a posibilidade de concurso de acredores dun contratista da Administración está admitida na lexislación da contratación pública; que a concesionaria non é un ente público excluído da posibilidade de concurso; e que acreditada a insolvencia de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. procede a declaración do concurso.

No entanto, o que si declara a Sala da Audiencia Provincial, no Auto aducido, é que as cláusulas 20 e 21 do PCAP do contrato recollen unha serie de obrigas para as partes do contrato, aínda que só resolve unha das cuestións que aquí se presentan: a de que ditas obrigas pesan sobre os accionistas, adxudicatarios do contrato. O Auto non se pronuncia, con todo, sobre a outra cuestión a que se refire o presente expediente, a de que a obriga xeneral de saneamento do patrimonio social prevista na cláusula 20.7 do PCAP do contrato abarca tanto aquelas hipóteses nas que o patrimonio neto reduciuse por baixo dos dous terzos do capital social (sempre que transcorra un exercicio social sen que se recupere e, ademais, mantéñase por encima da metade do capital social), como aquel outros supostos nos que a sociedade pódase atopar nunha situación de insolvencia actual ou inminente, e sempre que a cifra de patrimonio social non sexa inferior á metade do capital social, caso no que os accionistas deberán ampliar o capital social (cláusula 21.3 PCAP).

IV.- Continúa o escrito de alegacións referíndose á natureza da sociedade concesionaria para insistir en negar o seu carácter de sociedade instrumental, sobre a base dos argumentos xa aducidos: que a adxudicataria da concesión non é outra que Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e non os licitadores que concorreron á licitación e que tanto o artigo 232.2 TRLCAP/2000, como as cláusulas 10 e 20 do PCAP do contrato afirman que a sociedade anónima a cuxa creación comprometer as empresas que concorren agrupadas á licitación -será a titular da concesión-.

A alegante atribúe a esta cuestión dos adxudicatarios do contrato unha transcendencia que non ten:

O PCAP do contrato é claro cando di na casula 10 que:

«1. Poderán presentar proposicións as persoas naturais e xurídicas, españolas ou estranxeiras, que teñan plena capacidade de obrar e acrediten a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional, consonte co indicado neste Prego, e non estean incursas nos supostos de prohibición de contratar previstos non artigo 20 TRLCAP.

2. Tanto os que concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación, farano co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión, de acordo co estipulado neste Prego».

E no Capítulo 2 do PCAP -Sociedade concesionaria-, dedicado a esta sociedade a constituír, establece, na súa cláusula 20 -Constitución da sociedade concesionaria- Que:

«1. O adxudicatario do presente concurso obrígase a constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato, que será a titular da concesión, non prazo máximo de trinta (30) días naturais, contados dende a data en que lle sexa notificada a adxudicación».

Estas cláusulas figuran literalmente transcritas na páxina 44 do informe-proposta inicial, polo que resulta ociosa a insistencia da alegante nelas coma se esta Administración municipal pretendese negalas, abeiralas ou eludilas.

É verdade que o texto do acordo de adxudicación do contrato dispón literalmente, «Adxudicar a sociedade concesionaria formada por Testa Inmuebles en Renda (...)», pero, non é menos certo que esta sociedade non existía aínda -así o recoñece a alegante- no momento da adxudicación do contrato, e que, de acordo coas cláusulas arriba transcritas do PCAP «Tanto os que concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación, farano co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión (...)» e que «O adxudicatario do presente concurso **obrígase a constituír unha sociedade anónima** de nova creación para a execución do contrato, que será a titular da concesión»; polo que, en aplicación das cláusulas do PCAP do contrato, arriba transcritas, e sen prexuízo da errónea dicción literal do acordo de adxudicación do contrato, deben ser considerados como adxudicatarios da concesión as sociedades que concorreron á licitación co compromiso de constituír a sociedade, cuxo obxecto exclusivo e excluínste, será a construción e explotación da obra pública en réxime de concesión, e como sociedade titular da concesión a mercantil constituída polas adxudicatarias, que por razón do seu obxecto exclusivo e excluínste consideramos como instrumental.

Pero, sen prexuízo de dar aquí por reproducidos os argumentos desta Administración municipal que se conteñen a este respecto nos antecedentes da presente proposta de acordo, cumpre sinalar que esta cuestión dos adxudicatarios non reviste a importancia que a alegante pretende atribuírlle.

Pazo de Congresos de Vigo, S.A. é unha sociedade instrumental porque se constitúe co obxecto exclusivo de construír e explotar a obra pública en réxime de concesión. Non o é no sentido de que sexan os accionistas, na súa calidade de licitadores, os que asumen os dereitos e obrigas previstas no PCAP do contrato. Pazo de Congresos de Vigo, S.A. é unha sociedade constituída como un acto obrigado das adxudicatarias do contrato en virtude da adxudicación do mesmo e das cláusulas vistas da súa PCAP, que impoñen tal constitución co único obxecto de construír e explotar a obra pública en réxime de concesión; e é unha sociedade constituída para ser titular da concesión e dos dereitos e obrigas que da mesma derivan; pero o que aquí realmente importa non é tanto si os accionistas son ou non formalmente adxudicatarios, senón si a constitución da sociedade libéralles das específicas obrigas que aos accionistas da sociedade imponlle o PCAP do contrato.

A representación da concesionaria, continuando coa repetición dos argumentos vertidos no recurso de reposición arriba referido, volve insistir en que os Pregos poden impoñer, nalgúns casos, unhas determinadas obrigas que poden ter como destinatarios finais aos accionistas, pero tal posibilidade non se deriva -di- do feito de que os accionistas sexan adxudicatarios da concesión, senón que, pola contra, teñen o seu fundamento noutras consideracións -a propia normativa das sociedades de capital, que impón aos accionistas determinadas



Concello de Vigo

obrigas respecto ao saneamento patrimonial da sociedade da que son accionistas, que se reproducen en sé concesional, e a especial consideración que a sociedade de capital ten como sociedade concesionaria dunha obra pública cuxa explotación poida esixir o mantemento de determinados niveis de solvencia técnica e económica, que os Pregos especifican -e que os accionistas de Pazo de Congressos de Vigo cumpriron en todo momento-; e que o feito de que os destinatarios finais destas obrigas puidesen ser, en determinadas e concretas circunstancias os accionistas, non determina que estas obrigas sexan obrigas dos accionistas fronte á Administración concedente: son obrigas de terceiros alleos á titular do contrato de concesión que terán exclusivamente o alcance e as consecuencias que de forma específica e concreta sinale o prego concesional.

E é precisamente esta cuestión -o alcance e as consecuencias destas obrigas no prego concesional, que o alegante recoñece- a que aquí se discute.

A representación de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. cingue exclusivamente o alcance das obrigas de que tratamos á obriga de manter as cifras de capital social nos límites fixados polo PCAP do contrato e afirma que: **-os membros do consorcio licitador e accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., unha vez cumpridas as obrigas vinculadas ao proceso de adxudicación e formalización do contrato -en particular as relativas á constitución da sociedade concesionaria nos términos previstos no Prego regulador da Concesión, especialmente respecto de a cifra de capital social- quedan a partir dese momento á marxe da relación xurídica que une á Administración e ao concesionario-**.

Pero, esta Administración municipal entende que isto non é así: o PCAP do contrato non se limita a reproducir en sé concesional as obrigas que a Lei de Sociedades de Capital establece para as situacións de desequilibrio patrimonial reguladas nos artigos 237 e 363.1.e) LSC: (i) perdas que reduzan o seu patrimonio neto por baixo das dúas terceiras partes da cifra de capital e transcorrese un exercicio social sen haberse recuperado o patrimonio; (ii) perdas que reducen o patrimonio neto a unha cantidade inferior á metade da súa cifra de capital social». Antes ao contrario, o PCAP do contrato vai máis aló e xa, no que se refire ás perdas que reduzan o patrimonio neto á metade do capital social, impón necesariamente a obriga de aumentar o capital social (cláusula 21.3 PCAP). Convén subliñar que esta obriga non ten límite no PCAP do contrato e si tal situación -perdas acumuladas que reduzan o patrimonio neto á metade do capital social- producísese -n- veces ao longo dos 60 anos da concesión, -n- veces viría obrigada a Concesionaria -e as súas accionistas- a modificar os seus estatutos sociais -coa autorización municipal- para incrementar a cifra do capital social e evitar a disolución da sociedade, prohibida polo PCAP ata o término da concesión.

E, polo que se refire ás situacións de insolvencia, tal e como se xustifica no ditame que figura no expediente, o Prego concesional impón aos accionistas a obriga de evitala e, de producirse esta, de remediala.

A cuestión da consideración das accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. no contrato de concesión que nos ocupa non afecta ás obrigas destas, establecidas no PCAP, senón á esixibilidade directa a estas da súa cumprimento por parte da Administración municipal concedente.

V.- Reprocha a alegante ao Concello de Vigo non realizar unha lectura atenta da exposición de motivos da Lei 13/2003, porque, fronte ás pretensións desta Administración municipal, dita exposición de motivos sinala que -nun contrato de longa duración por natureza, a asunción do risco, ante a imposibilidade de predicir cunha marxe razoable de erro o futuro, non pode transformar o contrato nun negocio aleatorio polo que en coherencia imponse moderar adecuadamente os límites do risco, si quérense atraer a participación do capital e a iniciativa privadas en investimentos cuxo volume esixe o esforzo compartido dos sectores público e privado-.

E por esta razón -alegan-, o concesionario e os seus accionistas asumen o risco económico derivado da concesión nos termos e co alcance establecido na Lei; Lei que en ningún artigo dos que sinala -230 e 231, 236 a 241, 243, 245 e 249 TRLCAP/2000- contempla referencia algunha a un suposto réxime de ou deber de achega económica dos socios para garantir a cobertura do risco económico da concesión, nin establecen un réxime de comunicación aos socios da concesionaria dunha responsabilidade persoal e ilimitada polas débedas da concesionaria, nin contemplan obrigas para os socios das sociedades concesionarias, senón tan só dereitos e obrigas para a sociedade titular da concesión.

En apoio desta tese invoca o informe 54/2004 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, de acordo co cal trala aprobación do novo réxime xurídico do contrato de concesión de obra pública en virtude da Lei 13/2003, a actual redacción do artigo 232.2 TRLCAP/2000 atribúe ao licitador a posibilidade de asumir o compromiso de constituír unha sociedade con posterioridade á adxudicación que será a titular da concesión. Só si o compromiso non se asume será o licitador adxudicatario ou titular da concesión.

Tales alegacións non poden ser admitidas:

- Porque, polo que se refire á falta dunha lectura atenta da exposición de motivos d e a Lei 13/2003, ha de contestarse, dunha parte, que devandito parágrafo aparece expresamente transcrito na páxina 39, do informe-proposta, de 13 de xuño de 2017, que figura no expediente e se transcribe tamén no presente informe; doutra, que a limitación do risco para a concesionaria no presente contrato consistiu, segundo consta nas cláusulas 11.2 e 57.1 PCAP, na concesión a Pazo de Congresos de Vigo, S.A. dunha subvención por importe de 2.339.720 euros, para honorarios de dirección facultativa, e de 28.230.280 para a construción da obra pública, cuxo valor activo ao final da obra foi fixado en 87.380.274 euros.

- Porque, tal e como continúa a exposición de motivos da Lei 13/2003 «Debe destacarse, con todo, que a asunción de risco en -proporción substancial- polo concesionario resulta determinante para que o contrato de concesión mereza tal cualificación. A lei responde así, sen ambigüidades, ás esixencias da doutrina e conclusións da Comisión Europea, expostas na súa Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada no Diario Oficial da Comunidade Europea de 29 de abril de 2000. Esta doutrina do risco informa en consecuencia a regulación que a lei fai da concesión de obras públicas».

- Porque esta asunción do risco operacional pola concesionaria en proporción substancial, que recolle o TRLCAP/2000 no seu articulado, plasma nas estipulacións do PCAP do contrato que recollen as obrigas que a concesionaria nega e que se incorporan ao PCAP do



Concello de Vigo

contrato como especialidades da sociedade anónima a constituír; especialidade xa xustificada nas consideracións xurídicas do informe-proposta de 13 de xuño de 2017 -tamén recolleitas neste informe- e que se introduce ao amparo do disposto no artigo 230.1.i) TRLCAP/2000, de acordo co cal faranse constar no PCAP do contrato de concesión de obra pública as «i) Características especiais, no seu caso da sociedade concesionaria».

E é que, como dicíamos máis arriba, o Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aprobou o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, na redacción dada pola Lei 13/2003, de 23 de maio, Reguladora do Contrato de Concesión de Obras Públicas, non esixe no seu artigo 232.3. 3 -«Quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión. A constitución e, no seu caso, a forma da sociedade deberán axustarse ao que estableza, para determinados tipos de concesións, a correspondente lexislación específica»- que a sociedade a constituír sexa unha sociedade anónima, nin que si a sociedade a constituír é unha sociedade anónima non poida esta en o caso que nos ocupa, incorporar as especialidades que se consideren pertinentes para garantir a solvencia desta.

- Porque o feito de que os artigos 230 e 231, 236 a 241, 243, 245 e 249 TRLCAP/2000 non mencionen a posibilidade dun réxime ou deber de achegas económicas dos socios para garantir a cobertura do risco económico da concesión, nin establezan un réxime de comunicación aos socios da concesionaria dunha responsabilidade persoal e ilimitada polas débedas da concesionaria, non é obstáculo algún para a incorporación ao contrato das obrigas de que tratamos, porque, tal e como vai devandito, o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, na redacción dada pola Lei 13/2003, de 23 de maio, Reguladora do Contrato de Concesión de Obras Públicas, non esixe no seu artigo 232.3.3 -«Quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión»- que a sociedade a constituír sexa unha sociedade anónima ou de responsabilidade limitada, nin que si a sociedade a constituír é unha sociedade anónima non poida esta, no caso que nos ocupa, incorporar as especialidades que se consideren pertinentes para garantir a solvencia desta, ao amparo do artigo 230.1.i) TRLCAP/2000.

De feito o Concello de Vigo podería optar por esixir ás adxudicatarias a constitución dunha sociedade colectiva como titular da concesión, na que a responsabilidade dos socios polas débedas sociais é persoal e ilimitada, solidaria entre eles e subsidiaria respecto das da sociedade. Con todo a administración concedente optou pola constitución dunha sociedade anónima coas especialidades de que tratamos, que implican unha responsabilidade persoal e ilimitada, pero que, a falta de precisión específica respecto diso no PCAP do contrato, non sería solidaria entre elas, senón limitada polo principio de igualdade de trato e a correspondente participación na sociedade, porque, de acordo co artigo 1.137 CC, a solidariedade non presúmese e debe establecerse expresamente.

Polo demais, o TRLCAP/2000, no artigo 248 -como o TRLCSP/2011- remite ao contrato de concesión de obra pública a determinación do alcance do risco operacional que debe asumir o concesionario ao admitir a regulación en leste de supostos que obriguen á Administración a restablecer o equilibrio económico da concesión.

VI.- Neste punto da contestación municipal ás alegacións da concesionaria convén dar

resposta á afirmación que realiza esta de que as unións temporais de empresas non poden ser titulares de contratos de concesión de obra pública por así dispoñelo o artigo 232.3 TRLCAP/2000, tal e como -afirman- ten declarado a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, no informe citado 54/2004.

Dita afirmación non deixa de sorprendernos, por apresurada, pouco meditada e, desde logo, incorrecta: o artigo 232.3 TRLCAP/2000 establece que «Quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión». O artigo establece que os empresarios individuais e sociais poderán concorrer á licitación da concesión de obra pública individual ou conxuntamente e que en ámbolos dous casos poderán facelo -ou non- co compromiso de constituír unha sociedade que será titular da concesión. O compromiso de constituír a sociedade é potestativo tanto para os que concorran individualmente como para os que concorran conxuntamente e para estes últimos, se non realizan tal compromiso de constitución de sociedade, nada obsta a que concorran en unión temporal de empresas; posibilidade que afirma a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado non ditame invocado.

Porque a cuestión a que se refire o citado informe 54/2004, de 12 de novembro de 2004 non se refire á de si as unións temporais de empresas poden ser ou non adxudicatarias dun contrato de concesión de obra pública, nin nega obter dita tal posibilidade senón que, ao contrario, daa por suposta. O obxecto deste ditame é a da -Substitución do adxudicatario dunha concesión de construción e explotación de obras públicas nas que o licitador na súa proposición non asume o compromiso de constituír unha sociedade para ese efecto-.

E así, na primeira das súas Consideracións de Dereito consigna a cuestión controvertida sinalando que:

«1. A única cuestión que se suscita no presente expediente consiste en determinar si a constitución dunha sociedade que será o titular da concesión de obra pública pode ter lugar con posterioridade á adxudicación, aínda que os licitadores non asuman tal compromiso ao concorrer á licitación (tese da empresa adxudicataria) ou, pola contra, a falta de devandito compromiso previo impide a substitución do adxudicatario, polo que habería que acudir a unha cesión do contrato, sempre que se cumpran os requisitos do artigo 114 da Lei de Contratos das Administracións Públicas (teses dos funcionarios municipais, segundo consígnase no escrito de consulta)».

A resposta a esta cuestión se argumenta a continuación nos que seguen, e unha detida lectura dos argumentos da Xunta Consultiva de Contratación do Estado neste informe basta para apreciar o errado da afirmación feita pola representación da concesionaria de que as unións temporais de empresas non poden ser adxudicatarias de concesións de obras públicas; posibilidade que non se aborda e que se da por suposta.

2. O apartado 3, do artigo 232 da Lei de Contratos das Administracións Públicas na súa actual redacción vén establecer que “quen concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión” engadindo que “a constitución e, no seu caso, a forma da sociedade deberá axustarse ao que estableza, para determinados tipos de concesións a correspondente lexislación específica”.



Concello de Vigo

O exame do apartado transcrito conduce á conclusión de que o mesmo non se refire ao suposto de feito suscitado pola sociedade adxudicataria, é dicir o de que dita sociedade, unha vez adxudicado o contrato, poida constituír outra sociedade que será a titular da concesión. Tal conclusión vén abonada polos seguintes argumentos:

En primeiro lugar, porque o precepto consagra unha mera posibilidade -o compromiso dos licitadores de constituír unha sociedade- que pode concorrer ou non e, xa que logo, ao non asumir o adxudicatario tal compromiso antes da adxudicación, non pode quedar desvirtuado o resultado da adxudicación, coa entrada dunha nova sociedade, distinta da adxudicataria. Este carácter potestativo da constitución da sociedade reflíctese ademais no artigo 233.1 letra a) da Lei de Contratos das Administracións Públicas que fai referencia como contido das proposicións á relación de promotores da futura sociedade -no caso de que estivese prevista a súa constitución-.

En segundo lugar, porque ao referirse o precepto a quen concorran -individual ou conxuntamente con outros- non está contemplado que esa consunción prodúzase no suposto de sociedades, dado que a sociedade que concorre a unha licitación é algo xuridicamente distinto á concorrencia con outros, parecendo un contrasentido entender que a sociedade que concorre asumía o compromiso de constituír outra sociedade distinta, cumpríndose coa concorrencia da primeira sociedade a finalidade do precepto de que a titular da concesión sexa unha sociedade e non un empresario individual ou un **conxunto de empresarios agrupados nunha unión temporal**.

3. A interpretación realizada vén confirmada polos antecedentes do precepto que se examina.

A redacción orixinal o artigo 133.2 da Lei 13/1995, de 18 de maio, que se cita no informe aportado, para nada refírese ao suposto que examinamos pois aínda que establece que **non se considerarán terceiros aquelas empresas que se agruparon para obter a concesión**, nin as empresas vinculadas a elas o é aos efectos do establecido no apartado anterior -contratos do concesionario con terceiros- que dificilmente pode encaixarse no actual artigo 232.3 da Lei de Contratos das Administracións Públicas. Por outra banda, idéntico precepto recóllese no segundo parágrafo do apartado 2 da nova redacción do artigo 237 da propia Lei».

O que a Xunta Consultiva de Contratación do Estado di neste informe é que a concorrencia conxunta de empresarios a que se refire o artigo 232 TRLCAP/2000 non pode ser en forma de sociedade, porque de ser así o compromiso de constituír a sociedade sería inútil ao estar xa constituída a sociedade «cumpríndose coa concorrencia da primeira sociedade a finalidade do precepto de que a titular da concesión sexa unha sociedade e non un empresario individual ou un conxunto de empresarios agrupados nunha unión temporal». De ningún xeito nega que o empresario individual ou un conxunto de empresarios agrupados nunha unión temporal poida ser titular da concesión; é máis, na consideración terceira recorda que non se considerarán terceiros aquelas empresas que se agruparon para obter a concesión», co que da por suposta a posibilidade que a alegante nega.

Polo demais, o que esta Administración municipal pretendía no informe proposta de 13 de xuño pasado ao traer a colación esta cuestión da responsabilidade das unións temporais de

empresas era chamar a atención sobre o feito de que a responsabilidade persoal e ilimitada dos socios non é allea ao dereito mercantil e a garantía da responsabilidade directa, solidaria e ilimitada de cada unha das empresas e sociedades que se constitúen en unión temporal de empresas para a execución dun contrato público respecto das débedas da unión temporal de empresas está expresamente prevista na lexislación de contratos do sector público. É verdade -diciáse- que no caso que nos ocupa, a diferenza do caso das unións temporais de empresas, se personifica nunha sociedade a execución conxunta do contrato polo grupo de empresas que resultan adxudicatarias do mesmo, pero a finalidade da especialidade da cláusula que a recorrente discute é a mesma que a da responsabilidade nas unións temporais de empresas: asegurar á sociedade a constituír a mesma solvencia que se considerou para a adxudicación do contrato ao grupo de empresas que resultou adxudicatario do contrato.

VII.- Igual de sorprendente parécenos a afirmación que realiza Pazo de Congresos de Vigo, S.A., na páxina 12 do seu escrito de alegacións cando di que «si, por exemplo, SACYR, S.A. ou TESTA INMUEBLES EN RENTA, S.A. comparecesen como únicas licitadoras ao procedemento de adxudicación, chegaríase á situación absurda, segundo a tese que sostén o Concello, de que durante toda a vida da Concesión cada un dos accionistas que fosen adquirindo accións de SACYR, S.A. ou TESTA INMUEBLES EN RENTA, S.A. no mercado secundario, estaría obrigado a realizar achegas a Pazo de Congresos de Vigo, e con tales accionistas deberían seguirse os procedementos administrativos correspondentes en canto accionistas do licitador/adxudicatario. Aínda cando tales accionistas non foran españois».

A contestación a esta alegación debe comezar por precisar que a obriga de saneamento patrimonial de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. recae sobre os accionistas desta e non sobre os accionistas das accionistas da concesionaria.

Xa que logo, si a adquisición a que se refire a alegante é de accións de SACYR, S.A. ou de TESTA INMUEBLES EN RENTA, S.A., os accionistas destas mercantís anónimas non resultarían obrigadas a ningún desembolso para sanear á concesionaria. Pola contra si a adquisición a que se refire a alegante é de accións de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. que lle transmita calquera das mercantís citadas, a adquirente asumiría as obrigas que lle imponen os estatutos da sociedade concesionaria e, por remisión destes, as que figuran no PCAP do contrato.

VIII.- Termina este epígrafe da alegación terceira reproducindo a afirmación feita no escrito do recurso de reposición, arriba referido, de que a problemática sobre si a perfección dos contratos do sector público débese entender ou non producida coa adxudicación ou a formalización, foi definitivamente resolta coa nova redacción do artigo 27 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (en diante "TRLCSPP"), ao sinalar que os "contratos que celebren os poderes adxudicadores perfecciónanse coa súa formalización"; redacción que foi introducida pola reforma do TRLCSPP levada a cabo pola Lei 34/2010, de 5 de agosto, coa finalidade específica de dar cumprimento ás esixencias da Comisión Europea en canto á adecuación da lexislación interna sobre contratos do sector público ás directivas comunitarias aplicables.

Neste punto temos que insistir en que Pazo de Congresos de Vigo, S.A. ten acción fronte ás súas accionistas para esixir o cumprimento da obriga de saneamento patrimonial que



Concello de Vigo

estabelece a cláusula 20.7 PCAP e os administradores da sociedade veñen obrigados a esixir aos accionistas o cumprimento daquela obriga, podendo incorrer en responsabilidade se non o fan.

Pero, tamén, en que o contrato de concesión de obra pública perfeccionar entre o Concello de Vigo, dun lado, e as sociedades que formularon a proposición, por outro, no momento da adxudicación. Así o dispón o artigo 53 TRLCAP/2000, que é o precepto de aplicación en virtude do disposto na transitoria primeira, parágrafo 2, da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, e do seu Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro; artigo 53 do TRLCAP/2000 que establece que "Os contratos perfecciónanse mediante a adxudicación realizada polo órgano de contratación competente, calquera que sexa o procedemento ou a forma de adxudicación utilizados", sendo o outorgamento posterior do contrato un requisito de formalización dun contrato xa perfeccionado. Así resulta do artigo 54.1 do mesmo TRLCAP/2000, a cuxo tenor: "Os contratos da Administración se formalizarán en documento administrativo dentro do prazo de trinta días a contar desde o seguinte ao da notificación da adxudicación, constituíndo devandito documento título suficiente para acceder a calquera rexistro público, podendo, no entanto, elevarse a escritura pública cando o solicite o contratista, sendo á súa costa os gastos derivados do seu outorgamento".

O TRLCAP/2000 -aquí de aplicación- é claro en punto ao momento en prodúcese a perfección do contrato: o do acto de adxudicación. O feito de que o artigo 27 do novo TRLCSP sitúe agora o momento da perfección do contrato no do seu formalización non vén resolver ningunha dúbida interpretativa en punto á perfección do contrato baixo o TRLCAP/2000, seo a situar este momento, na nova lexislación, no da formalización do contrato.

Xa que logo, a sociedade constituída, titular da concesión, é unicamente un instrumento obrigado (polas condicións establecidas para a contratación neste caso) para a execución do contrato; instrumento que non desvincula ás sociedades adxudicatarias das obrigas contractuais asumidas fronte ao Concello de Vigo en virtude da súa oferta, da adxudicación do contrato, da aceptación desta, do Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato e da propia escritura de constitución e estatutos da mercantil instrumental creada para tal execución polas mercantís adxudicatarias da licitación, da que son accionistas.

Porque convén recordar, tamén:

- Que de acordo co artigo primeiro dos estatutos de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., esta mercantil rexerese «polos presentes estatutos, polo Texto Refundido da Lei de Sociedades Anónimas, aprobado polo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de decembro, e polo Prego de Cláusulas Administrativas Particulares do concurso para a -adxudicación, por procedemento aberto, da Concesión de Obra Pública para a Construción e Explotación dun Auditorio-Pazo de Congressos con Zonas Complementarias sobre a parcela denominada Casa Mar, na Avenida de Beiramar e no subsolo da Rúa Jacinto Benevente-, convocado polo Concello de Vigo (en diante Administración concedente), e demais lexislación aplicable determinada na cláusula 1ª de devandito Prego».

- Que o PCAP do contrato no seu cláusula 2.3.1, sinala que terán o carácter de documentos contractuais, polo orden e prelación que se indica, os seguintes:

- «(a) o presente Prego de cláusulas administrativas particulares;
- (b) o anteproxecto de construción e explotación da obra, aprobado pola Xunta de Goberno Local do Concello de Vigo (...);
- (c) o Prego de prescricións técnicas particulares;
- (d) os proxectos de demolición e de seguridade e saúde das edificacións existentes (...);
- (e) o proxecto de construción do Auditorio-Pazo de Congressos, unha vez aprobado polo concello;
- (f) a oferta do adxudicatario;
- (g) o documento no que se formalice o Contrato de Concesión (...).».

- E que, en fin, a incorporación aos estatutos de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. das obrigas asumidas polos adxudicatarios, en virtude da súa oferta, a favor do Concello de Vigo, determinan a esixibilidade directa pola Administración concedente destas obrigas -e, no que aquí interesa, a obriga de saneamento patrimonial da entidade instrumental- aos accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A.; e non só o seu esixibilidade indirecta a través do Consello de Administración da sociedade instrumental.

A sociedade Pazo de Congressos de Vigo, S.A. é, pois, unha sociedade anónima instrumental, coas especialidades arriba vistas, cuxos estatutos incorporan un fai de obrigas tanto da sociedade como dos socios para coa Administración concedente; obrigas entre as que figura a dos adxudicatarios do contrato, socios da instrumental, de procurar a esta unha situación patrimonial saneada.

IX.- O apartado seguinte do escrito de alegacións de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. refírese especificamente á interpretación das cláusulas 20.7 e 21.3 do PCAP do contrato, no que se reproducen substancialmente as consideracións feitas no escrito do recurso de reposición que figura no expediente e a doutrina alí invocada.

Neste punto temos que volver remitirnos ao ditame da Cátedra de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo, que figura transcrito no presente informe recordando, en canto á doutrina xurisprudencia aducida que basta ler o contido das sentenzas alegadas para apreciar de que nelas de ningún xeito abórdase o concepto de desequilibrio patrimonial, nin a cualificación da insolvencia como unha situación de desequilibrio patrimonial. Así a todo, as sentenzas que aducen limítanse a constatar que a insolvencia e a disolución por perdas que deixen reducido o patrimonio social a unha cifra inferior á do capital social son situacións diferentes, sometidas a réximes xurídicos diversos e que non deben ser confundidas. Esta é, polo demais, unha conclusión obvia. Pero, o feito de que ambas circunstancias sexan distintas e merecedoras dun tratamento xurídico diferenciado non significa que ambas non constitúan reflexo dunha situación de desequilibrio patrimonial.

Non obstante, neste punto o escrito de alegacións incorpora unha novidade argumental: a de afirmar que si se entendese que existe unha obriga a cargo dos accionistas de realizar



Concello de Vigo

achegas adicionais á Sociedade, como unha sorte de pacto de cobertura de perdas, para que fose realmente exixible a aqueles por parte do Consello de Administración, debería haberse configurado, ben como unha prestación accesorio correctamente incorporada nos Estatutos Sociais (que non o está), ben como unha verdadeira estipulación a favor de terceiro (que non o é)».

A continuación explica as razóns de tales afirmacións:

«a) Consideración como prestación accesorio

A asunción de obrigas para a cobertura de perdas por parte dos accionistas está plenamente admitida no noso ordenamento xurídico e pode pactarse na escritura fundacional, nos estatutos como prestación accesorio, en pactos parasociales subscritos por todos ou parte dos socios ou, simplemente, incluírse en contratos como estipulación a favor de terceiro.

Este tipo de acordos han de cumprir cos requisitos que toda prestación debe reunir no noso Dereito Privado, isto é, determinación, licitude e posibilidade (art. 1273 CC). Si ademais inclúese como prestación accesorio, cos requisitos especificamente previstos pola Lei de Sociedades de Capital para este tipo de prestacións: (i) expresión do seu contido concreto e determinado; (ii) carácter gratuíto ou retribuído e (iii) no seu caso, cláusulas penais inherentes ao seu incumprimento. Os administradores da sociedade están lexitimados ou máis ben obrigados a esixir o cumprimento aos socios das prestacións accesorias establecidas en beneficio da sociedade.

É evidente que a cláusula prevista nos estatutos sociais Pazo de Congresos de Vigo (incluída no precepto relativo á cifra de capital da sociedade e desembolsos dos socios) non cumpre cos requisitos para o seu caracterización como prestación accesorio, dado que nin se expresa o contido da prestación de forma concreta e determinada (non hai un límite para as perdas) nin se dispón o seu carácter gratuíto ou retribuído. En consecuencia, non resulta aplicable o réxime legal relativo ás prestacións accesorias.

b) Consideración como estipulación a favor de terceiro

Devandito o anterior, é preciso considerar si o pacto de cobertura de perdas contido no PCAP é válido e exixible pola sociedade como estipulación a favor de terceiro.

Na nosa opinión, a resposta ha de ser negativa. A doutrina que estudou os denominados "pactos de cobertura de perdas" afirma de forma maioritaria que as obrigas dos accionistas neste sentido han de estar cuantitativamente determinadas cun límite máximo, xa que doutro xeito se desvirtuaría un principio básico de toda sociedade de capital como é a non responsabilidade dos socios polas débedas sociais ou, dito doutro xeito, a limitación da responsabilidade ata o importe do aportado (art. 1 LSC). O acordo pode consistir ata en someterse á vontade da maioría neste punto, pero sempre que os firmantes poidan controlar o seu risco empresarial (límite determinado ou determinable a priori) e non queden sometidos sen máis á decisión dos demais socios (art. 1256 CC).

Neste sentido dízose que: "(...) a entrega de diñeiro considérase entre os posibles obxectos das prestacións accesorias. O socio pode quedar obrigado á entrega dunha cantidade única,

co que a obriga executarse de forma instantánea producíndose a liberación do accionista ou ben pode impoñérselle unha cota de carácter periódico. Ademais, este suposto de prestación demanda un cumprimento especial do requisito da determinación da prestación, sobre todo, no relativo ao establecemento dun límite máximo que ha de aparecer perfectamente reflectido nos estatutos de !a sociedade".

Do mesmo xeito, a Resolución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 24 de xuño de 1998 (BOE 24 de xuño) rexeitou a inscrición dunha prestación accesoria consistente en "realizar achegas suplementarias en metálico, cando así o acorde por maioría ordinaria a Xunta xeral e sen alterar a cifra deste ata un máximo de vinte veces o valor nominal das participacións de que sexa titular cada un deles, a fin de cubrir as necesidades de Tesourería, sendo estas prestacións de carácter non retribuído e restituíbles cando a situación de Tesourería da sociedade permítalo e así o acorde a Xunta Xeral". A Dirección Xeral considera que esta cláusula: "(...) vulnera os propios principios configuradores da sociedade limitada, tendo en conta que: a) dificulta extraordinariamente a transmisibilidade das participacións sociais, creando na práctica unha vinculación inscindible e indefinida do socio á sociedade, dada a esixencia de autorización da sociedade para transmitir as participacións sociais que levan anexa unha prestación accesoria (cfr. artigo 24 da Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada), e, sobre todo, a persistencia de tal obriga mentres subsista a sociedade -pola que se pactou, ademais, unha duración indefinida e a improbable existencia de persoas dispostas a adquirir unhas participacións que poden comportar un desembolso potencial de ata vinte veces o seu valor nominal; b) perséguese, ben o atender a previsibles hipóteses de infracapitalización, eludindo as esixencias inherentes a unha maior cifra de capital, que podería ser precisa para o adecuado desenvolvemento o obxecto social [pénsese en que o reparto de beneficios tería un límite superior; en caso de creba, os acredores non poderían esixir a verificación destas prestacións accesorias, etc.), ben para escapar a unha posible causa de disolución por perdas [cfr. artigo 104, c), da Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada] impoñendo a todos os socios a reposición do patrimonio social (en caso de aumento de capital non sería obrigatoria a subscripción das novas participacións), e todo iso sen que nin sequera os socios, individualmente, poidan confiar en que o patrimonio, efectivamente destinado á realización do obxecto social, sexa o que en calquera momento pode esixírselles".

A Resolución de 27 de xullo de 2001 (BOE 8 de setembro) tamén negou a inscrición dunha cláusula sobre obriga de realizar achegas suplementarias (plenamente equiparables a unha achega a capital) porque non a consideraba suficientemente determinada (...).

E a resolución afirma que:

"Certo é que no artigo 1273 do Código Civil -aplicable supletoriamente, como quedou exposto- permítase unha indeterminación na contía da obriga, pero a condición de que sexa posible determinala no seu momento sen necesidade de novo convenio entre as partes, polo que sería admisible non só unha absoluta e total concreción inicial, senón tamén unha determinación primaria ou mediata, si neste último caso estean xa fixados os criterios con arranxo aos cales deberá producirse tal determinación, criterios que, de igual sorte que exclúan a necesidade de novo convenio entre as partes, con maior razón impidan que esa determinación quede ai arbitrio dunha delas (cfr. artigos 1115, 1256, 1447, 1449 e 1690 do Código Civil). E, por outra banda, ao dispoñer a cláusula estatutaria debatida que o acordo de xunta



Concello de Vigo

xeral relativo á esixibilidade e cuantía das prestacións accesorias, así como o prazo do seu cumprimento, requirirá a maioría ordinaria a que se refire o artigo 53.1 da Lei, se infrinxe de modo indirecto o réxime que sobre creación, modificación e extinción de tales prestacións establece ei artigo 26.1 da mesma Lei, ao deixar aspectos esenciais de tales extremos ao arbitrio dun acordo ordinario de ia xunta, sen necesidade do consentimento individual dos afectados e sen que estes teñan o recurso de exercitar o dereito de separación".

En conclusión, conforme á doutrina rexistral citada, nin sequera cando se fixa un límite máximo a determinar por acordo da xunta xeral, cumprírase o requisito de determinación da prestación conforme ao disposto no Código Civil.

En consecuencia, cabo chegar á conclusión de que en ningún caso poderíase considerar unha prestación válida e exixible, por falta de determinación, nin a establecida no PCAP da concesión nin a contida nos estatutos de Pazo de Congressos de Vigo».

Cabo dar resposta a estas alegacións da titular da concesión cos argumentos que seguidamente se transcriben, ofrecidos a este informante en relación con esta cuestión polo catedrático de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo, profesor doutor don Anxo Tato Praza, autor e director tamén do ditame arriba transcrito:

«1.- A cláusula 20.7 do Prego contempla unha obriga -a cargo dos accionistas- de manter a sociedade nunha situación patrimonial saneada. Dispón esta cláusula o seguinte: -os accionistas da sociedade concesionaria obríganse a manter a mesma nunha situación patrimonial saneada, evitando incorrer nos supostos de desequilibrio patrimonial regulados na Lei de Sociedades Anónimas. Neste sentido, cando a situación patrimonial da sociedade concesionaria requírao, os adxudicatarios deberán adoptar as medidas contempladas pola normativa mercantil que estimen convenientes, tendentes a sanear devandito patrimonio social-.

2.- Esta obriga resulta aplicable ante calquera situación de desequilibrio patrimonial. Ante unha situación destas características, o Prego de cláusulas administrativas particulares obriga aos accionistas da sociedade a manter unha situación patrimonial saneada, aínda que non restrinxen os medios a través dos cales ha de ser cumprida esta obriga, permitindo o recurso a calquera medidas contempladas pola normativa mercantil.

3.- En consecuencia, pode afirmarse que a obriga de saneamento pode ser cumprida polos accionistas a través de calquera medio que permita á sociedade sanear o seu patrimonio e, segundo os casos, elevalo por encima dos dous terzos do capital social ou cumprir de forma regular as súas obrigas exixibles: novas achegas de capital, asistencia financeira, etc.

4.- Por conseguinte, non é certo que o cumprimento da obriga prevista na cláusula 20.7 do Prego esixa unha previsión estatutaria que imponha aos socios a realización de prestacións accesorias. Pola contra, aquela obriga tamén pode ser cumprida a través de vías que non impliquen a realización de prestacións accesorias, por exemplo, novas achegas ao capital social.

5.- *Ata si aceptábase a efectos dialécticos que a obriga prevista na cláusula 20.7 do Prego só pode ser cumprida a través da realización de prestacións accesorias que debesen estar contempladas nos Estatutos, cabo recordar a cláusula 20.7 impón a obriga de saneamento patrimonial aos accionistas da sociedade concesionaria, a quen -á súa vez, e na súa condición de socios da concesionaria- incumbe a aprobación inicial e calquera posterior modificación dos estatutos sociais. Por conseguinte, si enténdese que a obriga de saneamento patrimonial debe ser cumprida a través da realización de prestacións accesorias (ben sexa porque esta é a opción finalmente elixida polos accionistas, ben sexa porque estes entenden que é a única opción posible) a obriga de saneamento patrimonial implica tamén a obriga de adoptar aquelas medidas que -como a adopción dos acordos pertinentes encamiñados á modificación dos Estatutos sociais- constitúan orzamento necesario para o cumprimento daquela obriga. Dito doutra forma: si enténdese que o cumprimento da obriga prevista na cláusula 20.7 esixe a realización de prestacións accesorias, o cumprimento daquela obriga esixe dos obrigados -os accionistas- a adopción das medidas que resulten precisas para asumir a realización daquelas prestacións.*

6.- *Si defendébase o contrario, aceptaríase unha interpretación da cláusula 20.7 que conduciría a un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, pois o cumprimento dunha obriga contractual quedaría a expensas da vontade dunha das partes. En efecto, a cláusula 20.7 impoñería aos accionistas unha obriga de saneamento patrimonial que -pretendidamente- esixiría a realización de prestacións accesorias. Pero como os estatutos (cuxa aprobación inicial e modificación incumbe aos propios accionistas) non prevén a realización de prestacións accesorias, bastaría coa inacción destes e dos órganos de goberno da concesionaria (integrados tamén polos propios accionistas) para que a obriga de saneamento patrimonial contemplada na cláusula 20.7 quedase privada de contido.*

7.- *Fronte ás conclusións anteriores non pode opoñerse o contido da resolución da Dirección Xeral de Rexistros e do Notariado de 27 de xullo de 2001, na que se rexeita a inscrición duns Estatutos sociais que impoñían aos socios prestacións accesorias consistentes en realizar achegas suplementarias á de capital como capital de explotación. En efecto:*

a) *Dita resolución afecta a unha cláusula estatutaria que impoñía a realización de prestacións accesorias consistentes en achegas suplementarias á de capital que non integraban o capital social nin alteraban a cifra nominal deste. Con todo, xa habemos visto que aínda cando a cláusula 20.7 do Prego impón aos accionistas unha obriga de saneamento patrimonial, non predetermina as vías a través das cales debe ser cumprida esta obriga, e por conseguinte tampouco impón unha obriga específica de que devandito saneamento patrimonial teña lugar a través de prestacións accesorias consistentes en achegas suplementarias que non integren o capital social.*

b) *Aínda cando a efectos dialécticos prescindíbase do anterior, a resolución á que se fai referencia rexeita a inscrición da cláusula estatutaria porque non sería posible cuantificar o alcance da obriga sen necesidade dun novo convenio entre as partes. Con todo, na propia resolución faise constar que se permite unha indeterminación na*



Concello de Vigo

contía da obriga, pero a condición de que sexa posible determinala no seu momento sen necesidade de novo convenio entre as partes, polo que sería admisible non só unha absoluta e total concreción inicial, senón tamén unha determinación primaria ou mediata, si neste último caso están xa fixados os criterios con arranxo aos cales haberá de producirse tal determinación-.

c) Pois ben, precisamente esta é a situación que se produce no presente caso. A cláusula 20.7 do Prego impón aos accionistas a obriga de saneamento patrimonial. Loxicamente non cuantifica o alcance de devandita obriga, tendo en conta que a súa importe específico dependerá do importe do desequilibrio patrimonial que deba superarse. Pero estamos ante unha mera indeterminación inicial que non impide a cuantificación posterior do alcance da obriga, pois esta -conforme ao exposto- alcanzará o importe preciso para corrixir a situación de desequilibrio patrimonial ao que deba facerse fronte».

X.- Conclúe o escrito de alegacións argumentando que a cuestión que nos ocupa foi resolta xa a favor da titular da concesión e das súas accionistas no Auto da Audiencia Provincial de Pontevedra 274/17, de 21 de xullo de 2017, ditado no recurso de apelación interposto polo Concello de Vigo, en relación coa declaración do concurso da concesionaria, que rexeita -sostén a alegante- a interpretación defendida polo Concello de Vigo.

Damos por reproducidos aquí os argumentos aducidos a este respecto no apartado (...) III (que precede).

XI.- Como cuestións finais reprocha a representación de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. na proposta de acordo de 13 de xuño de 2016:

«medias verdades e ata falsidades completas (como a cita nesgada dos motivos polos que se rexeitou o restablecemento do equilibrio económico-financieiro da Concesión ou a insinuación de que se outorgou á Sociedade Concesionaria unha subvención adicional de 5 millóns de euros -cando se trataba da mera capitalización das subvencións periódicas que se recollían xa no PCAP-) (...) a insinuación de que os accionistas da Sociedade Concesionaria pouco máis ou menos que provocaron o concurso, manifestación que non resiste a análise á vista do auto de declaración de concurso ou a sentenza que o ratifica),

(...) Ou ás alegacións sobre a perfidia da Sociedade Concesionaria ou as súas accionistas, tan fóra de lugar nun documento técnico como nun organismo serio como o Consello Consultivo de Galicia (-). No entanto, non podemos deixar de facer mención expresa á torticera e maliciosa interpretación que, en relación coas modificacións na composición do Consello de Administración da Sociedade Concesionaria, fai o Concello na Proposta de acordo (páxina 50). Así, atribúe ditas modificacións, sen rubor algún, ao suposto incumprimento por parte dos conselleiros, coa conseguintemente responsabilidade a cargo dos mesmos, de esixir aos accionistas da Sociedade Concesionaria o cumprimento da obriga de saneamento patrimonial nos termos, obviamente, que o Concello entende que debe facerse, isto é, incluíndo o deber de aportar fondos ata o fin da Concesión e sen límite para evitar calquera estado de insolvencia da citada sociedade. Iso para afirmar a continuación que os cambios foron debidamente comunicados; e sen ter en conta que non existe impedimento algún para que os mesmos levásense a cabo (é máis, algún deles era ata "obrigado", como é o caso do cese de Testa Inmuebles en Renda SOCIMI, S.A. como consecuencia do seu fusión por absorción con Merlin Properties, SOCIMI, S.A. e do cese de

Gesfontesta, S.A.U. como consecuencia da súa próxima liquidación). Tales aseveracións non merecen máis comentario.

Para rematar, non se resiste tampouco esta parte a deplorar que o Concello opte por unha descualificación de trazo grosso da institución mesma da (mal chamada, en realidade, pero comunmente denominada así) "RPA". Non esquezamos por favor o foro en que estamos. A idea de que estamos ante unha sorte de municipalización das perdas (ou outras semellantes que se recollen na Proposta de acordo) pode soar grata á prensa local, pero atopámonos/atopámonos nun procedemento de interpretación contractual e quen vai valoralo é o Consello Consultivo de Galicia, un órgano cualificado que coñece a materia».

En canto a estes reproches temos que contestar que os motivos polos que o Xulgado do Contencioso-Administrativo n.º 2 dous de Vigo rexeitou o restablecemento do equilibrio financeiro da concesión solicitada por Pazo de Congresos de Vigo, S.A. constan na sentenza que se incorporou ao expediente; que de devandita sentenza se transcribiu o que ao risco económico asumido polas adxudicatarias e a titular da concesión concernía; que a outra razón principal esgrimida pola demandante para a xustificación da necesidade dun novo reequilibrio financeiro da concesión -a falta de desenvolvemento urbanístico do ámbito- aparece tamén reflectida no informe proposta, á mantenta da sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que, confirmando a de instancia, declara que: «O feito de que non se puideron arrendar determinados locais, ou o atraso na transformación urbanística da contorna, a partir da que existía no momento en que se subscribiu o contrato, que en ningún caso cabo atribuír á actuación municipal, non poden cualificarse como risco imprevisible. Así o establece de modo moi claro a STS de 4-2-2014 nun suposto de construción e explotación dunha autoestrada de peaxe na que o tránsito de vehículos, como consecuencia da crise económica, resultou moi inferior ao previsto (...)».

- Canto «á insinuación de que se outorgou á Sociedade Concesionaria unha subvención adicional de 5 millóns de euros -cando se trataba da mera capitalización de subvencións periódicas que se recollían xa no PCAP-» ha de contestarse que non fixemos outra cousa que recoller as propias manifestacións das adxudicatarias feitas no estudo económico financeiro aprobado polo Concello de Vigo o 6 de xulio de 2012, para restablecer o equilibrio económico do contrato, trala modificación da obra pública referida nos antecedentes.

- Que tal e como se desprende decanto vai devandito, esta Administración municipal considera que o concurso de acredores é consecuencia do incumprimento polas accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. da obriga de proceder ao saneamento patrimonial da sociedade e do seu consello de administración de reclamar das citadas accionistas o cumprimento de tal obriga; que tal falta de esixencia pode determinar a responsabilidade dos administradores e, en fin, que tal eventual responsabilidade dos administradores pode ser determinante de boa parte das modificacións habidas na composición do consello de administración. Con todo, non temos inconveniente algún en aceptar as explicacións da alegante en canto ás razóns de devanditas modificacións e o seu carácter alleo ao conflito existente con esta Administración municipal.

- Para rematar, temos que insistir en que os principios que rexen a realidade concesional da obra pública en España a partir da Lei 13/2003, de 23 de maio, son os da asunción do risco operacional da concesión nunha proporción substancial pola adxudicataria do contrato; asunción do risco operacional no contrato que nos ocupa que o seu PCAP recolle e non resulta ocioso nin inútil reiterar que as accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e



Concello de Vigo

esta mercantil, titular da concesión, o que pretenden é eludir este risco operacional negando as obrigas de que tratamos, pretendendo converter un contrato de concesión de obra pública nun contrato de obra, co que se produciría o resultado de municipalizar as perdas da sociedade que as accionistas están obrigadas a soportar».

VIXÉSIMO TERCEIRO.- Remitido de novo ou expediente ao Concello Consultivo de Galicia, a Sección de Ditames do Consello Consultivo de Galicia, en sesión de 20 de decembro de 2017, acordou devolver o expediente a fin de que polo Concello se informe sobre a exactitude do sinalado no antecedente da súa resolución que a continuación se transcribe, «pola súa relevancia en relación coa viabilidade de emitir o ditame solicitado».

O antecedente ao que se refire o acordo é o seguinte:

«O 15 de decembro de 2017 tivo entrada neste Consello Consultivo escrito presentado con data 13 do mesmo mes pola mercantil SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A., titular do 11% do capital da sociedade concesionaria, no que, en primeiro lugar, manifesta que non se lle deu traslado do expediente, en trámite de audiencia, cos novos informes aportados polo Concello despois do noso acordo de devolución do 06.09.2017.

No mesmo escrito ponse en coñecemento deste órgano consultivo que no procedemento de concurso correspondente a Pazo de Congresos de Vigo, S.A., e mediante auto ditado con data 13.11.2017, do que se acompaña copia, o Xulgado do Mercantil número 3 de Pontevedra, declarou a apertura da fase de liquidación do concurso, acordando a disolución da sociedade concesionaria, así como, polo que agora interesa de modo particular, declarando resolto por ministerio da Lei o contrato concesional formalizado entre o Concello e a concursada».

En cumprimento de devandito requirimento do Consello Consultivo de Galicia o responsable do contrato e a Titular da Asesoría Xurídica emitiron o informe solicitado no que tras xustificar cumpridamente a notificación da apertura do último trámite de audiencia a SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A.U no expediente remitido ao Consello Consultivo, expónse, no que incumbe á apertura da fase de liquidación do concurso e a resolución do contrato concesional disposta polo auto ditado con data 13.11.2017 polo Xulgado do Mercantil número 3 de Pontevedra, en relación coa viabilidade de dimisión do informe solicitado, o que segue:

«**Segundo.-** Tal e como se recolle no informe proposta que se somete ao ditame deste Consello Consultivo de Galicia, con data 21 de xullo de 2016, o Consello de Administración de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., en base ao déficit de caixa existente, acordou comunicar ao Xulgado do mercantil competente o inicio de negociacións cos acredores da Sociedade, para lograr un acordo de refinanciación ou, no seu caso, para obter unha proposta anticipada de convenio, nos termos previstos no artigo 5 Bis da Lei 22/2003, de 9 de xullo, Concursal.

Á vista deste acordo, a Xunta de Goberno Local, con data de 7 de outubro de 2016, con fundamento nas consideracións de feito e de dereito que se conteñen no citado informe proposta, acordou requirir “da mercantil Pazo de Congresos de Vigo, S.A, dos seus administradores e das mercantís accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. o cumprimento da obriga das accionistas desta de proceder ao saneamento patrimonial de

Pazo de Congressos de Vigo, S.A, prevista na cláusula 20.7 do PCAP do contrato, para o caso de que as citadas negociacións non conseguisen o resultado pretendido”.

O requirimento feito a Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e aos seus administradores para que reclamasen dos seus accionistas o saneamento patrimonial da titular da concesión fúndase na obriga destes, dos accionistas -obriga que figura incorporada aos estatutos da titular da concesión, que se rexen polas súas disposicións e polas disposicións do PCAP do contrato- de manter a Pazo de Congressos de Vigo, S.A. nunha situación patrimonial saneada.

O requirimento feito ás accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. adxudicatarias do contrato concesional, fúndase en que o contrato de concesión de obra pública perfeccionouse entre o Concello de Vigo, por unha banda, e as sociedades que tiñan formulado a proposición -Testa Inmuebles S.A., Caixanova, hoxe Abanca Corporación Bancaria S.A., Puentes Concesións S.L., Sacyr S.a., Expacontra S.A., e Puentes e Calzadas Empresa Construtora, S.A.-, do outro, no momento da adxudicación. Así o dispón o artigo 53 do TRLCAP/2000, que é o precepto de aplicación en virtude do disposto na disposición transitoria primeira, parágrafo 2, da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, e do seu Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro; artigo 53 do TRLCAP/2000 que establece que "Os contratos perfecciónanse mediante a adxudicación realizada polo órgano de contratación competente, calquera que sexa o procedemento ou a forma de adxudicación utilizados", sendo o outorgamento posterior do contrato un requisito de formalización dun contrato xa perfeccionado. Así resulta do artigo 54.1 do mesmo TRLCAP/2000, a cuxo tenor: "Os contratos da Administración se formalizarán en documento administrativo dentro do prazo de trinta días a contar desde o seguinte ao da notificación da adxudicación, constituíndo devandito documento título suficiente para acceder a calquera rexistro público, podendo, no entanto, elevarse a escritura pública cando o solicite o contratista, sendo á súa costa os gastos derivados do seu outorgamento".

O TRLCAP/2000 -aquí de aplicación- é claro en punto ao momento en prodúcese a perfección do contrato: o do acto de adxudicación.

A constitución de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. polas adxudicatarias do contrato é un acto obrigado destas, en virtude do PCAP do contrato adxudicado, que no seu cláusula 10.2 establece que «Tanto os que concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación, farano co compromiso de constituír unha sociedade que será a titular da concesión, de acordo co estipulado neste Prego»; e no seu cláusula 20.1, dispón que «O adxudicatario do presente concurso obrígase a constituír unha sociedade anónima de nova creación para a execución do contrato, que será titular da concesión, no prazo de 30 días naturais contados desde a notificación da adxudicación.

A sociedade constituída, Pazo de Congressos de Vigo, S.A., titular da concesión, é unicamente un instrumento obrigado (polas condicións establecidas para a contratación neste caso) para a execución do contrato; instrumento que non desvincula as sociedades adxudicatarias das obrigas contractuais asumidas fronte ao Concello de Vigo en virtude da súa oferta e a adxudicación do contrato, que perfecciona este e a aceptación da adxudicación, do Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato e da propia



Concello de Vigo

escritura de constitución e estatutos da mercantil instrumental creada para tal execución polas mercantís adxudicatarias da licitación e da que son accionistas.

Terceiro.- Contra este acordo, Pazo de Congressos de Vigo, S.A. interpuxo o 29 de novembro de 2016 o recurso de reposición de referencia, solicitando a nulidade e a suspensión do acordo impugnado, fundado na inesixibilidade, tanto legal como contractual, da obriga de saneamento patrimonial cuxo cumprimento requiriulles o órgano de contratación; recurso de reposición para cuxa resolución, mediante expediente interpretativo tramitado ao efecto, solicitouse o ditame do Consello Consultivo de Galicia que nos ocupa.

Cuarto.- É certo que por Auto do Xulgado do Mercantil núm. 3 de Pontevedra, de data 13 de novembro de 2017, ditado no procedemento de concurso ordinario núm. 418/2016 Sección V Convenio, abriuse a fase de liquidación de devandito concurso, por non haberse presentado en prazo legal propostas de convenio, declarouse disolta a concursada e resolto, por ministerio de Lei, con efectos concursais (obrigacionais e crediticios no patrimonio da concursada) desde a citada resolución concursal, o relativo ao contrato concesional formalizado entre o Concello de Vigo e a concursada, asinado o 2 de maio de 2006 tal e como consta na copia de devandito auto que figura unida á documentación remitida a esta Administración municipal coa certificación do acordo do Consello Consultivo de Galicia arriba referido.

Devandito Auto non foi recorrido polo Concello de Vigo porque a falta de presentación en prazo de propostas de convenio provoca necesariamente a apertura da fase de liquidación e como queira que tales propostas de convenio non foron presentadas nada podía aducir esta Administración municipal para negar este suposto de feito que determina necesariamente a liquidación. No entanto, todas as actuacións do citado procedemento concursal poden quedar sen efecto como consecuencia da sentenza que se dite no procedemento ordinario núm. 137/2017, iniciado a virtude de demanda interposta por esta Administración municipal contra o acordo de solicitude de declaración de concurso de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. adoptado polo seu consello de administración en sesión de 18 de novembro de 2016, que ten sinalado para o próximo mes de febreiro de 2018 a audiencia previa.

Pero é que, ademais, o artigo 176 da Lei Concursal establece que:

«Procederá a conclusión do concurso e o arquivo das actuacións nos seguintes casos: 4.º En calquera estado do procedemento, cando se comprobe o pago ou a consignación da totalidade dos créditos recoñecidos ou a íntegra satisfacción dos acredores por calquera outro medio ou que xa non existe a situación de insolvencia».

Polo tanto, a declaración firme en vía administrativa e no seu caso xurisdiccional, da obriga de saneamento patrimonial de que tratamos pode dar lugar á conclusión do concurso e ao arquivo das actuacións si os accionistas deciden cumprir a súa obriga de saneamento patrimonial e isto aínda que nos atopemos na fase de liquidación e, ata, trala finalización do procedemento podería producirse a reapertura do concurso, pois de acordo co artigo 179.2 da mesma Lei Concursal «2. A reapertura do concurso de debedor de persoa xurídica concluído por liquidación ou insuficiencia de masa será declarada polo mesmo xulgado que coñeceu deste, tramitarse no mesmo procedemento e limitarse á fase de liquidación dos bens e dereitos aparecidos con posterioridade. (...)».

Con todo, sen prexuízo de que todas as actuacións do citado procedemento concursal poden quedar sen efecto como consecuencia da sentenza que se dite no mencionado procedemento ordinario núm. 137/2017, cabo sinalar que a apertura da fase de liquidación no procedemento de concurso límitase á resolución do contrato de concesión da sociedade concursada pero non afecta ás relacións xurídicas das sociedades adxudicatarias do contrato co Concello de Vigo e non empece -tal e como resulta da doutrina sentada polo Tribunal de Conflitos de Xurisdición ao cohonestar as aparentes contradicións entre a lexislación concursal e a contractual pública á mantenta da resolución e liquidación dos contratos públicos (SCJ, de 5 e 15 decembro de 2017)- a facultade da Administración concedente de apreciar outras causas de resolución do contrato concesional si estas existisen e fosen anteriores no tempo á da liquidación acordada no procedemento concursal do contrato de concesión de obra pública de que tratamos, sobre todo si estoutras causas de resolución, anteriores no tempo, puidesen derivarse consecuencias moi distintas na liquidación do contrato concesional que nos ocupa. No caso de que tratamos o incumprimento por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. da obriga contractual de esixir das súas accionistas o saneamento patrimonial da concursada e o incumprimento dos accionistas da concursada de proceder a devandito saneamento patrimonial Pazo de Congressos de Vigo, S.A.; incumprimento que é o que provoca o concurso de Pazo de Congressos de Vigo e a ulterior apertura da fase de liquidación do concurso.

Tanto o Consello de Estado -e na actualidade os órganos consultivos autonómicos- como os Tribunais atópanse con relativa frecuencia con supostos nos que a resolución contractual pode fundarse en máis dunha causa.

A normas sobre contratación administrativa non establecen a orde de prelación das causas de resolución legalmente previstas. A regra coa que ha de responderse a estas situacións foi establecida polas instancias encargadas da interpretación e aplicación da norma. Neste sentido pode considerarse plenamente consolidado o principio que avoga pola aplicación da causa de resolución que se produza primeiro no tempo. Así o Ditame do Consello de Estado 408/2013, de 6 de xuño, recorda a súa reiterada doutrina segundo a cal -en caso de concorrencia de varias causas de resolución dun contrato administrativo debe aplicarse de xeito preferente a causa que se produciu antes desde un punto de vista cronolóxico-, de tal forma que si, como recorda o seu anterior Ditame 1377/2012, de 24 de xaneiro de 2013, "posteriormente sobreveñen outras causas, estas son xa irrelevantes". Os consellos consultivos autonómicos aplican tamén con claridade esta regra, como pode comprobarse, entre os máis recentes, nos Ditames do Consello Consultivo de Andalucía 795/2013, de 27 de novembro, Pastilla-León 371/2013, de 29 de maio, Valencia 293/2013, de 30 de maio, Castilla-A Mancha 189/2013, de 13 de xuño, ou Extremadura 145/2013, de 4 de abril.

En definitiva, e en términos tomados do Ditame do Consello Consultivo de Valencia 234/2012, de 8 de marzo, ante a concorrencia de varios motivos posibles de extinción da relación contractual, «o criterio fundamental, polo tanto, é o da preferencia pola causa primeiramente perfeccionada no tempo -é dicir aquela que quedou integrada por todos e cada un dos seus perfís institucionais- e será, polo tanto, a que rexa o réxime substantivo da resolución», dado que, como indica o Ditame de leste mesmo órgano consultivo 723/2012, de 13 de setembro, a resolución «non debe basearse en máis dunha causa, especialmente cando comporten efectos resolutorios de distinto alcance».



Concello de Vigo

A aplicación desta doutrina no caso que nos ocupa esixe fixar as causas de resolución que puidesen concorrer no contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos de Vigo e determinar a súa orde temporal.

Tales motivos de resolución preséntanse para esta Administración municipal con claridade: dunha parte, o incumprimento polo contratista de "as súas obrigas esenciais": incumprimento por Pazo de Congressos de Vigo, S.A. da obriga contractual de esixir ás súas accionistas o saneamento patrimonial da concursada e o incumprimento dos accionistas desta de proceder a devandito saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e, doutra, a apertura da fase de liquidación no procedemento concursal de Pazo de Congressos de Vigo, S.A.; causas resolutorias previstas, respectivamente, nas letras j) e b) do artigo 264.

A atención debe pois centrarse na súa secuencia temporal e na determinación de cal é a primeira causa no tempo. Deben tomarse en consideración dous datos importantes:

En primeiro lugar, que para os efectos dunha resolución do contrato fundada na situación de concurso do contratista e na apertura da fase de liquidación do concurso é necesario que se declare legalmente tal situación mediante auto. Isto é, a causa de resolución contractual fundada nunha situación concursal do contratista e na apertura da fase de liquidación do concurso só existe, en expresión tomada do Ditame 200/2013, de 19 de xuño, do Consello Consultivo de Castilla-A Mancha, «desde o momento no que o órgano xudicial emite o correspondente Auto declaratorio de devandito estado concursal», sen que os seus efectos poidan, por conseguinte, anticiparse a un momento anterior, o que, como o propio Consello de Estado ten declarado, -podería instrumentarse abusivamente (polo contratista) para desligarse de relacións contractuais cando se perdeu interese nelas ou simplemente deviñeran de cumprimento difícil-; abuso de dereito, ou máis ben fraude de lei, que é -sostemos- o que se pretende neste caso.

En segundo lugar, e en palabras tomadas por exemplo do Ditame 795/2013, de 27 de novembro, do Consello Consultivo de Andalucía, a -prioridade ha de ser entendida en sentido material, isto é, aplicarase á causa cuxos presupostos concorren antes no devir do contrato, con independencia do momento no que se invoque a causa-. Noutros termos -Debe darse precedencia á causa que se materializa claramente como primeira no tempo- como indica o Ditame do Consello de Estado 1916/2011, de 21 de decembro.

Son moitos os supostos nos que os órganos consultivos, en aplicación desta doutrina, ditaminaron favorablemente propostas de resolución de contratos fundadas en incumprimentos do contratista anteriores á data de declaración do concurso. É o caso, ademais do xa citado e con referencia tan só aos máis recentes, do Ditame do Consello de Estado 1377/2012, de 24 de xaneiro de 2013, ademais dos representados por un nutrido grupo de pronunciamentos de órganos autonómicos que non dubidan tampouco, ante situacións desta natureza, en avalar, tanto en aplicación do Texto Refundido de 2000 como do de 2011, unha resolución baseada na infracción polo contratista das súas obrigas esenciais acaecida con anterioridade á situación legal de concurso, dado que, como sinala o Ditame 142/2012, de 13 de marzo, do Consello Consultivo de Canarias, -si existise causa para a resolución contractual por incumprimento do contratista, esta causa é de aplicación necesaria en boa defensa dos intereses xerais que persegue o contrato administrativo-. Son

expresivos desta doutrina os Ditames, entre outros, do Consello Consultivo de Aragón 16/2012, de 6 de marzo e 98/2012, de 29 de maio; de Andalucía 8/2013, de 16 de xaneiro, 310/2013, de 8 de maio, 503/2013, de 9 de xullo e 580/2013, de 11 de setembro; de Castilla-León 1561/2011, de 19 de xaneiro de 2012, 371/2013, de 6 de maio e 412/2013, de 22 de maio; de Valencia 318/2012, de 4 de abril e 380/2012, de 26 de abril; de Castilla-A Mancha 745/2012, de 13 de decembro, 145/2013, de 4 de abril e 200/2013, de 19 de xuño; de Madrid 403/2013, de 25 de setembro; de Murcia 66/2012, de 21 de marzo, 198/2012, de 4 de setembro, 261/2012, de 5 de novembro e 62/2013, de 11 de marzo; ou de Canarias 391/2012, de 13 de setembro.

Xa que logo, incumprida a obriga de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. de reclamar dos seus accionistas o seu saneamento patrimonial ante a situación de insolvencia determinante do concurso e incumprida a obriga dos accionistas de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. de proceder a tal saneamento patrimonial, e sendo o incumprimento de tales obrigas de esixir e procurar o saneamento patrimonial de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. o que determina a situación de insolvencia que provoca o concurso e posterior apertura da fase de liquidación, sempre resulta que a primeira causa de resolución que se materializa no tempo é o incumprimento por Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e os seus accionistas das obrigas de saneamento patrimonial que se establecen nas cláusulas 20 e 21 do PCAP do contrato, despois de que son as que provocan o concurso e posterior apertura da liquidación deste e a aparición desta última como causa tamén de resolución do contrato concesional.

Agora ben, Pazo de Congresos de Vigo, S.A. e algunhas das interesadas no expediente formularon recurso de reposición contra os requirimentos municipais dirixidos a Pazo de Congresos, de Vigo, S.A., aos membros do seu Consello de Administración e ás súas accionistas para que procedesen ao cumprimento das súas respectivas obrigas para o saneamento patrimonial da titular da concesión e como queira que o recurso de reposición se fundamenta na distinta interpretación que as recorrentes realizan das cláusulas de referencia, esta Administración municipal considerou procedente para resolver o recurso de reposición solicitar o Ditame do Consello Consultivo de Galicia, trala tramitación do correspondente expediente; ditame, cuxa procedencia de emisión non resulta -polas razóns expostas- enervada polo feito de haberse declarado por Auto do Xulgado do Mercantil núm. 3 de Pontevedra, de data 13 de novembro de 2017, a apertura da fase de liquidación do concurso da titular da concesión e a resolución, por ministerio de Lei, con efectos concursais, do repetido contrato de concesión de obra pública: a resolución do expediente interpretativo é determinante da resolución dos recursos de reposición interpostos contra os requirimentos relativos ao saneamento patrimonial de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., dirixidos a esta, aos seus administradores e aos seus accionistas e, daquela, para determinar si tense producido incumprimento de obrigas esenciais contractuais por parte da titular da concesión e as súas accionistas e, no seu caso, considerar tal eventual incumprimento como causa de resolución a considerar na liquidación da concesión.

Esta Administración ten que contar, xa que logo, co Ditame do Consello Consultivo sobre a interpretación das cláusulas de referencia, pois de apreciarse o incumprimento da obriga esencial de saneamento patrimonial de Pazo de Congresos de Vigo, S.A. polas accionistas da titular da concesión e por esta mesma ao non esixir das accionistas o cumprimento de tal obriga, sen prexuízo da resolución do contrato declarada pola xurisdición mercantil, esta Administración Municipal, en defensa do interese público, deberá declarar resolto o contrato



Concello de Vigo

de concesión por incumprimento do contratista de obrigas esenciais deste e proceder, entón, á liquidación do contrato conforme a tal declaración».

VIXÉSIMO CUARTO.- En data 14 de marzo de 2018, a Sección de Ditames do Consello consultivo de Galicia emitiu o ditame CCG 264/2017 no que conclúe que «Que, unha vez extinguido o contrato concesional por Auto do Xulgado do Mercantil número 3 de Pontevedra de 13.11.2017, non é posible emitir un ditame sobre o fondo da cuestión á que o presente expediente refírese».

Tal conclusión fúndase nos argumentos que seguidamente se transcriben:

«*Terceira.*

A interpretación unilateral dos contratos administrativos é unha prerrogativa que establece a Lei a favor do órgano de contratación para o fin de que as discrepancias entre a administración e o contratista non provoquen un prexuízo para o interese público, ante a imposibilidade de continuar coa execución do contrato, e en canto a controversia non sexa resolta polo órgano xurisdiccional competente.

A súa xustificación e, en consecuencia, a protección do interese xeral, permitíndolle á Administración resolver, por si mesma e de forma executoria, as dúbidas que xurdan na interpretación do convindo/convido, impedindo así que estas controversias incidan na execución do contrato.

O feito de que se trate dunha prerrogativa da Administración non implica que esta interpretación poida facerse de forma arbitraria, senón que, no exercicio desta potestade, e ante a inexistencia de normas alternativas na contratación do sector público, serán aplicables as previsións establecidas nos artigos 1281 a 1289 do Código civil sobre interpretación dos contratos, como indica unha constante xurisprudencia do Tribunal Supremo (por todas, a sentenza de 15.02.2000). Por outra banda, en materia de interpretación dos contratos administrativos é norma de xeral aceptación que esta debe cingirse ao contido dos Pregos, por conterse nestes as normas que deben rexer o contrato, cuestión esta sostida no tempo pola xurisprudencia (por todas, sentenza do Tribunal Supremo de 13.02.2012), ademais de recollela expresamente no artigo 115.3 do TRLCAP.

Así pois, en virtude do principio pacta sunt servanda, haberá que estar ao seu contido, non admitíndose sequera que no documento no que se formalice a adxudicación definitiva introdúzanse modificacións respecto diso (STS 20.03.1992).

Como o conxunto das prerrogativas públicas enumeradas no artigo 59.1 do TRLCAP, a interpretación unilateral dos contratos administrativos é unha potestade atribuída ex lege, de natureza regulada, e as decisións adoptadas pola Administración poñen fin á vía administrativa, vinculan ao contratista desde o momento en que son emitidas, e tan só serán revisables polos Tribunais de Xustiza, como procederá de acreditarse que son contrarias á Lei ou teñen un carácter irracional ou arbitrario (STS do 19.06.2007).

Unha síntese do ata agora sinalado pode atoparse na sentenza do Tribunal Supremo de 10.02.1999.

Cuarta.

Como vén de sinalarse na consideración precedente, o privilexio de interpretación unilateral ten por finalidade garantir unha solución que, de modo provisional, permita a normal continuidade na execución do contrato, de modo que, unha vez que a referida finalidade xa non pode ser atendida, a potestade en cuestión, carente dos orzamentos obxectivos que lle outorguen sustento, non poderá exercitarse.

Tal é o caso do suposto que nos ocupa, no que, como xa se deixou constancia nos antecedentes, con data 13.11.2017, no seo do procedemento de concurso da entidade titular da concesión, Pazo de Congresos de Vigo, S.A., o Xulgado do Mercantil número 3 de Pontevedra, de conformidade co disposto no artigo 143.1 da Lei 22/2003, de 9 de xullo, Concursal (en diante, LC) decretou a apertura de oficio da fase de liquidación, ao non haberse presentado, dentro do prazo legal ningunha das propostas de convenio a que se refire o artigo 113 da mesma Lei, dispoñendo a disolución da sociedade concesionaria, así como declarando resolto por ministerio de Lei o contrato concesional formalizado entre o Concello e a concursada, e ordenando o cese total da actividade desta con data límite o 31.03.2018.

Respecto diso da resolución do contrato, o auto (fundamento de dereito oitavo) sinala:

"Dispón o art. 261 do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas que "as Concesións de obras públicas rescindiranse (sic) por cumprimento ou por resolución". Ao fixar tales causas de resolución sinala o art. 264 que "Son causas de resolución do contrato de Concesión de obras públicas as seguintes: ... b) A declaración de creba, de suspensión de pagos, de concurso de acredores".

E ao regular a aplicación e eficacia de tal causa ordena o art. 265.2 que tales situacións orixinarán a resolución do contrato: "As causas de resolución previstas nos parágrafos b) -salvo a suspensión de pagos-, e), g), h) e i) do artigo anterior orixinarán sempre a resolución do contrato. Nos restantes casos de resolución do contrato o dereito para exercitala será potestativo para aquela parte á que non lle sexa imputable a circunstancia que dese lugar a aquela".

Aberta a fase de liquidación resulta imperativo acordar en sé concursal a resolución de pleno dereito do contrato concesional formalizado, contrato suscrito o 2 de maio de 2006 entre o Concello de Vigo e a concursada.

E iso é así porque o mandato resolutorio non só vincula ao órgano concedente senón aos xulgados e tribunais con competencia para pronunciarse respecto diso aos aspectos mercantís da resolución dos contratos da concursada e cualificar e clasificar os créditos nados da resolución contractual ordenada claramente pola Lei.

Entender que un efecto mecánico, necesario, imperativo e non suxeito a apreciación,



Concello de Vigo

discreción ou valoración algunha supoñería atribuír ao mesmo a facultade de determinar a duración do devengo dos créditos, o que resulta rexeitable a tenor do art. 44 LC e a exclusiva competencia do xuíz do concurso para ordenar o cese da actividade empresarial; cese que neste caso vén imposto por ministerio da Lei ao perder a concursada as facultades contractuais que lle autorizaba a continuar coa explotación das infraestruturas e a facer seus os ingresos e rendementos da mesma.

(...).

O obstáculo ao que se fai referencia nesta consideración non pode ser eludido mediante o argumento de que no réxime do TRLCAP, artigo 53, os contratos perfecciónanse mediante o seu adxudicación, polo que serán as mercantís que concorreron conxuntamente á licitación e formularon a proposición seleccionada, e non a sociedade anónima de nova creación que o Prego obrigaba a constituír para a execución do contrato, na súa condición de adxudicatarias, as verdadeiras titulares deste.

En tese do Concello, a apertura da fase de liquidación no procedemento de concurso, limitaríase á resolución do contrato de concesión da sociedade concursada, pero non afectaría ás relacións xurídicas das sociedades adxudicatarias do contrato co Concello de Vigo. Unha afirmación que este Consello Consultivo non pode senón compartir, pois en diferentes cláusulas do PCAP, entre elas a que é obxecto deste expediente de interpretación contractual, conténdose obrigas directamente exixibles aos licitadores, que non necesariamente veranse afectadas pola declaración de concurso da sociedade concesionaria que aqueles se viron obrigados a constituír conforme ás previsións do propio PCAP.

Máis o que si resulta evidente é que, acordada a disolución da citada sociedade, e resolto o contrato, a continuidade, mesmo provisional, na execución deste -verdadeira razón de ser do privilexio de interpretación unilateral, segundo xa se razoou na precedente consideración terceira- xa non pode conseguirse; de modo que, en tales circunstancias, forzoso é afirmar a actual imposibilidade do exercicio desta prerrogativa en relación co contrato de concesión de obra pública que nos ocupa, e a conseguintemente improcedencia de emitir un pronunciamento sobre o fondo da cuestión nel suscitada.

Por outra banda, o Concello poderá proceder á resolución dos recursos de reposición interpostos contra os requirimentos relativos ao saneamento patrimonial de Pazo de Congresos de Vigo, S.A., cos elementos de xuízo de que dispón, independentemente de que non se poida abordar neste ditame a cuestión de fondo referida.

O informe do Concello invoca, como xustificación da necesidade do noso ditame, unha consolidada doutrina do Consello de Estado, tamén aplicada de modo uniforme polos órganos consultivos autonómicos en múltiples ditames dos que fai abundante cita, relativa a aqueles supostos nos que a resolución contractual pode fundarse en máis dunha causa, e que avoga pola aplicación daquela que se produza primeiro no tempo. Sinala que a aplicación desta doutrina ao caso que nos ocupa esixe fixar as causas de resolución que puidesen concorrer no contrato de concesión de obra

pública para a construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos de Vigo e determinar a súa orde temporal.

Máis debe repararse en que tales pronunciamentos téñense producido no seo de procedementos relativos ao exercicio da prerrogativa de resolución unilateral dos correspondentes contratos administrativos, en expedientes cualitativamente distintos do de interpretación do contrato que aquí nos ocupa, así como en que a decisión de resolver, ou non, o contrato debe adoptarse, necesariamente, con observancia do procedemento regulado no artigo 109 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, o que aquí non aconteceu.

En consecuencia, unha vez decretada, no procedemento concursal, a apertura de oficio da fase de liquidación, dispoñendo a disolución da sociedade concesionaria, así como resolto o contrato concesional, e sen prexuízo das responsabilidades que resulten para as sociedades adxudicatarias do incumprimento de obrigas que para elas se derivan do clausurado do PCAP, cuestión na que non se pode estender o noso estudo, o Concello deberá estar aos efectos que se deriven da declaración do concurso, no marco establecido polo artigo 67.1 e disposicións concordantes da LC».

VIXÉSIMO QUINTO.- Tal e como xa se dixo ao referirse as discrepancias que se dilucidan nestes recursos de reposición non tanto a feitos ou interpretación de normas xurídicas como á interpretación do propio contrato de concesión este informante considerou procedente para a resolución dos mesmos solicitar o ditame do Consello Consultivo de Galicia sobre as cuestións controvertidas; consulta que houbo de articularse a través da incoación dun expediente de interpretación do contrato, que unha vez instruído foi remitido a devandito órgano consultivo.

A pesar que o Consello Consultivo de Galicia considera que -dado o carácter de solución provisional interpretativa que implicaría a resolución do expediente remitido, como expediente de interpretación do contrato- non procede a emisión do ditame unha vez extinguido o contrato de concesión polo citado Auto do Xulgado do Mercantil núm. 3 de Pontevedra, si contén o seu texto importantes precisións que veñen confirmar as razóns que preceden, expostas en favor da desestimación dos recursos de reposición.

Polo momento, que:

«o Concello poderá proceder á resolución dos recursos de reposición interpostos contra os requirimentos relativos ao saneamento patrimonial de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., cos elementos de xuízo de que dispón, independentemente de que non se poida abordar neste ditame a cuestión de fondo referida».

Pero, sobre todo que:

«a apertura da fase de liquidación no procedemento de concurso, limitaríase á resolución do contrato de concesión da sociedade concursada, pero non afectaría ás relacións xurídicas



Concello de Vigo

das sociedades adxudicatarias do contrato co Concello de Vigo. Unha afirmación que este Consello Consultivo non pode senón compartir, **pois en diferentes cláusulas do PCAP, entre elas a que é obxecto deste expediente de interpretación contractual, conténdose obrigas directamente exhibibles aos licitadores, que non necesariamente veranse afectadas pola declaración de concurso da sociedade concesionaria que aqueles se viron obrigados a constituír conforme ás previsións do propio PCAP».**

E, ademais, en canto á doutrina do Consello de Estado invocada por esta Administración municipal, de acordo coa cal naqueles supostos nos que a resolución contractual pode fundarse en máis dunha causa, aplicarase aquela que se produza primeiro no tempo, precisa o Consello Consultivo que:

«(...) tales pronunciamentos téñense producido no seo de procedementos relativos ao exercicio da prerrogativa de resolución unilateral dos correspondentes contratos administrativos, en expedientes cualitativamente distintos do de interpretación do contrato que aquí nos ocupa, así como en que a decisión de resolver, ou non, o contrato debe adoptarse, necesariamente, con observancia do procedemento regulado no artigo 109 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, o que aquí non aconteceu.

En consecuencia, unha vez decretada, no procedemento concursal, a apertura de oficio da fase de liquidación, dispoñendo a disolución da sociedade concesionaria, así como resolto o contrato concesional, **e sen prexuízo das responsabilidades que resulten para as sociedades adxudicatarias do incumprimento de obrigas que para elas se derivan do clausurado do PCAP, cuestión na que non se pode estender o noso estudo**, o Concello deberá estar aos efectos que se deriven da declaración do concurso, no marco establecido polo artigo 67.1 e disposicións concordantes da LC».

O que vén indicar que a análise desta cuestión deberá ser realizada no expediente que, no seu caso, proceda incoar para a declaración da resolución do contrato por incumprimento por parte de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. e os seus accionistas da obriga esencial de saneamento patrimonial da titular da concesión.

Por todo o exposto, propónse á Xunta de Goberno Local, como órgano de contratación que é do Concello de Vigo, autor do acto recorrido (diposicións adicionais 2.3 TRLCSP/2011 e 2.4 Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos do Sector Público e artigo 123 da LPACAP), a adopción do seguinte

ACORDO

Primeiro.- Desestimar os recursos de reposición interpostos por Pazo de Congressos de Vigo, S.A., Don Fernando Lacadena Azpeitia, representante acode física de Testa Hotels, S.A.U e de Testa Inmuebles en Renda SOCIMI, S.A., don Javier Zarrabeitia Unzueta, representante acode física de Gescentesta, S.L.U. e don Alfonso Badías Albert, representante acode física de Gesfontesta S.A.U., contra o acordo da Xunta de Goberno Local, de 7 de outubro de 2016, polo que se acordou requirir de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., dos seus administradores e dos accionistas da mesma o cumprimento, no prazo que no acordo recorrido sinalase, da obriga de saneamento patrimonial establecida no Prego de cláusulas administrativas particulares do contrato de concesión de obra pública para a

construción e explotación do Auditorio-Pazo de Congressos, con zonas complementarias na Avenida de Beiramar, en Vigo.

Segundo.- Notifíquese o presente acordo ás accionistas de Pazo de Congressos de Vigo, S.A. a esta mercantil, ás mercantís membro do seu consello de administración e ao Administrador Concursal de Pazo de Congressos de Vigo, S.A., con indicación de que o acordo recorrido é definitivo e firme en vía administrativa e que contra o mesmo poderán interpoñer recurso contencioso-administrativo ante o xulgado do Contencioso-Administrativo de Vigo, no prazo de dous meses, contados a partir do día seguinte ao da súa notificación, sen prexuízo de que os interesados poidan exercitar, no seu caso, calquera outro que estimen procedente.

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

3(508).- EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN PARA A “PROMOCIÓN TURÍSTICA DA CIDADE DE VIGO 2018-2020”. EXPTE. 7087/104.

Examinadas as actuacións do expediente, visto o informe xurídico de data 10/05/18 e o informe de fiscalización do 11/05/18 , dáse conta do informe-proposta de 11/05/18, asinado pola técnica de Turismo, a concelleiro-delegado de Turismo e o concelleiro de Orzamentos e Facenda, que di o seguinte:

O Turismo é unha das principais actividades económicas de Galicia, representando o 11% do PIB galego e o 12% do emprego na comunidade.

No ano 2017 computáronse 421.193 visitantes na cidade viguesa, o que supón un incremento do 15,31%. As pernoctas no ano 2017 eleváronse a 816.739 o que supón un incremento do 12,16% respecto ao ano pasado . Vigo se sitúa á cabeza das cidades de Galicia en canto ao número de visitantes gañados en 2017, é a que mais aporta, un 36.97% (55.937 visitantes). Vigo pecha 2017 superando a A Coruña nos visitantes estranxeiros, Vigo alcanza 128.624 fronte A Coruña que se queda en los 93.103.(Fuente INE)

A Concellería de Turismo, de conformidade co artigo 25.2.h da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime Local, (modificación introducida pola Lei 27/2013, de 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da administración local), o municipio exercerá como competencia propia nos termos da lexislación do Estado e das Comunidades Autónomas, a información e promoción da actividade turística de interese de ámbito local, así mesmo os artigos 80.1 e 80.2.n da Lei de Galicia 5/1997 de 22 de xullo de Administración Local de Galicia, recollen que o municipio exercerá as competencias relativas ao turismo, en relación a este ámbito competencial a Lei 7/2011 de 27 de outubro de Turismo de Galicia, no seu art.5 dispón que corresponde aos Concellos, sen prexuízo das competencias establecidas pola lexislación de réxime local, a promoción e protección dos recursos turísticos de seu término municipal.



Concello de Vigo

Accións de promoción coas que se pretende conseguir o impulso do turismo, a desestacionalización da demanda e a diversificación da oferta, mediante a posta en valor dos recursos turísticos da cidade de Vigo.

A promoción turística a través de soportes publicitarios propios das aerolíneas tense amosado como moi eficiente, segundo a experiencia municipal de xestión dos últimos anos. A poboación que viaxa con fins turísticos usa maioritariamente en todo o mundo o avión, polo que a publicidade de destino inserida nas aeronaves, nas revistas de a bordo ou flyers e os anuncios ou caracterización dos destinos nas páxinas web das distintas compañías garanten a presenza do destino Vigo entre a poboación obxecto da promoción turística mundial. Os espazos publicitarios nos propios equipamentos aéreos teñen unha operatividade intensiva, xa que dificilmente un avión deixa de usarse e dificilmente a pasaxe deixa de recibir múltiples impactos da publicidade que o rodea durante as horas de viaxe.

No ano 2013 o aeroporto de Peinador contou cun tráfico aéreo de 678.720 pasaxeiros o que supuxo un descenso do 18,1% respecto ao ano 2012.

No ano 2014 comezan as actuacións de promoción turística vinculadas a operacións aéreas dende o Concello de Vigo, nestes anos leváronse a cabo actuacións de promoción vinculadas ás seguintes rutas aéreas: Gran Canaria, Londres, Sevilla, Málaga, Paris, Roma, Alicante, Menorca, Barcelona, Dublín, Bolonia, Edimburgo, Bérghamo, Milán, Valencia, Ibiza e Mallorca.

No ano 2017, Peinador supera o 1.000.000 de pasaxeiros este ano (1.065.595). Vigo crece nas 3 categorías (pax, operacións e mercadorías). Vigo segue crescendo por encima da media de AENA (media AENA 8,9%).

O número de pasaxeiros no aeroporto de Vigo, no acumulado anual é de 1.065.595, o que implica un +11,76% (+112.123 pax.), en relación ao ano 2016. É o mellor mes de decembro desde 2010 onde se acadaron (77.226 pax.)

A ruta a Madrid creceu este mes un 13,05%, con respecto a decembro do ano pasado, e Barcelona un 10,78%. Lisboa segue subindo en referencia a 2016 cun 55,46%. Por destinos, Madrid lidera o tráfico de pasaxeiros co 66,21%, séguelle Barcelona 26,47% e Lisboa 3,59%. Madrid e Barcelona son o principal destino tamén en A Coruña e Santiago.

Por compañías, Iberia lidera o tráfico de pasaxeiros co 38,34%, séguelle AirEuropa co 27,85%, Ryanair co 13,90% e Vueling co 12,47%. (Vueling lidera en A Coruña e Ryanair en Santiago). A Coruña sube neste mes un 1,44%, en relación cos pasaxeiros de decembro de 2016, e Santiago un 15,24%.

En data 10 de maio de 2018 a Concelleira delegada da área de Festas e Turismo asina o informe de necesidade e idoneidade e resolve se inicie o expediente de "Promoción turística da cidade de Vigo 2018-2020", mediante un contrato administrativo especial, polo importe total de 3.364.908,40€ (incluído IVE), correspondendo ao ano 2018 o importe de 585.104,00€ (incluído IVE), ao ano 2019 o importe de 1.398.900,70€ (incluído IVE), e ao ano 2020 o importe de 1.380.903,70€ (incluído IVE), con cargo a aplicación orzamentaria 4320.2279901 "Promoción turística"

En data 10 de maio, a técnica de Turismo e a Concelleira delegada da área de Festas e Turismo asinan a Memoria xustificativa que inclúe as xustificacións recollidas na Lei de Contratos , en data 10 de maio a técnica de turismo asina o prego de prescricións técnicas, en data 10 de maio a xefa do servizo de contratación asina o Prego de prescricións administrativas, e se incorpora ao expediente informe sobre a comprobación da documentación esixida pola normativa de contratación, asinado na mesma data pola xefa de contratación. En data 10 de maio o xefe do servizo de administración electrónica asina dilixencia xustificativa de non uso de medios electrónicos de acordo coa DA15ª da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (LCSP)

Constitúe o obxecto deste contrato a promoción turística da cidade de Vigo en mercados turísticos nacionais e internacionais, co obxectivo de atraer turistas procedentes destes mercados, a través de:

- O establecemento de conectividade aérea directa nacional e internacional coa cidade de Vigo.
- O desenvolvemento de accións de promoción turística.

As accións a desenvolver procurarán a atracción de turistas de diferentes perfís e segmentos centrándose principalmente no turismo de escapada (citybreaker), negocios, familiar, xuvenil, gastronómico e de eventos e reunións (MICE).

O contrato adxudicarase polo procedemento aberto con múltiples criterios de valoración. O expediente de contratación ten o contido previsto no artigo 116 da Lei de Contratos do Sector Público. Deberá incorporarse certificado da existencia de crédito.

A presente proposta contén os extremos sinalados no art.117 da Lei de Contratos do Sector Público e deberá ser obxecto de publicación no perfil do contratante.

A aprobación do expediente require, ademais da incorporación do antedito certificado da existencia de crédito, do informe de asesoría xurídica (D.Ad.3ª.8 da LCSP) e do informe de fiscalización favorable da Intervención municipal (art. 116 LCSP e concordantes do Texto Refundido da Lei de Facendas locais).

A competencia para a resolución do presente expediente correspóndelle á Xunta de Goberno Local (apartado 4 da disposición adicional segunda da LCSP), na súa calidade de órgano de contratación.

Á vista do exposto, e previo informe da asesoría xurídica, incorporación de certificado de existencia de crédito e informe favorable da Intervención, faise á Xunta de Goberno Local a seguinte

PROPOSTA DE ACORDO



Concello de Vigo

1. Aprobar o expediente de contratación a través do procedemento aberto para o contrato administrativo especial de “Promoción turística da cidade de Vigo 2018-2020”, (expediente Nº 7087-104).
2. Autoriza-lo gasto, por importe de tres millóns trescentos sesenta e catro mil novecentos oito con corenta euros (3.364.908,40€) incluído IVE, correspondendo ao ano 2018, quiñentos oitenta e cinco mil cento catro euros (585.104,00€) incluído IVE, con cargo á aplicación orzamentaria 4320.2279901 “Promoción turística” e bolsa de vinculación
3. Abrir o procedemento de adxudicación na forma legalmente establecida.

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

4(509).- RECTIFICACIÓN DE ERRO CONTIDO NO INFORME E EN CONSECUENCIA NO ACORDO DA XGL DO 27/03/18, QUE APROBA A ASUNCIÓN TEMPORAL DA XESTIÓN DE APARCADOIROS SUBTERRÁNEOS DE JENARO DE LA FUENTE E AVDA. CASTELAO. EXPTE. 636/449.

Examinadas as actuacións do expediente, dáse conta do informe-proposta de data, asinado pola xefa do Servizo de Transportes e a concelleira delegada da Área, que di o seguinte:

En data 27 de marzo de 2018 a Xunta de Goberno Local (no sucesivo XGL), en sesión extraordinaria e urxente, acordou, entre outros os seguintes puntos:

- 1º.- Declarar o incumprimento de PUENTES Y CALZADAS GRUPO DE EMPRESAS, S.A., titular da concesión de servizo para a construción, por acordo da XGL de data 21 de maio de 2007, da súa obriga de explotación dos aparcadoiros.
- 2º.- Asumir temporalmente a execución directa do servizo público de explotación dos aparcadoiros subterráneos de uso mixto sitios nas rúas Jenaro de la Fuente e Av. De Castelao, consonte ao disposto no artigo 127,1,3ª RSCL.
- 3º.- Continuar, a partir de 1 de abril de 2018, e nas mesmas condicións, cos contratos que actualmente están en vigor celebrados por COCHERAS OLÍVICAS DE PUENTES, S.A., cos seguintes subcontratistas:
 - Contrato de data 20 de outubro de 2010. celebrado con EULEN, S.A., para os servizos de xestión de aparcamentos. O importe mensual deste contrato é de 21.221,06 €.
 - Contrato de datas 18 de novembro de 2010 e de 9 de marzo de 2015 celebrados con PROSEGUR TRANSPORTES DE VALORES, S.A, que ten por obxecto o servizo de recollida de efectivo nos devanditos aparcadoiros. O importe mensual medio neste ano é de 280,50 €.

- Contratos de data 1 de abril de 2015 celebrados con PARKARE GROUP, S.L., de mantemento de equipos para os devanditos aparcadoiros. O importe mensual desde contrato é de 1.211,95 €.
- Contratos de data 1 de novembro de 2012 celebrados con INDRA SISTEMAS, S.A., de mantemento de instalacións eléctricas, ventilación forzada, protección de incendios e detección de monóxido de carbono. O importe mensual deste contrato é 600 €.
- Contratos de data 10 de marzo de 2010 celebrados con ORONA, SOCIEDADE CO-OPERATIVA, de mantemento dos aparatos elevadores dos devanditos aparcadoiros. O importe mensual desde contrato é de 323,02 €.

4º.- Autorizar o gasto para facer fronte a continuidade dos contratos citados no apartado anterior no mes de abril para o cal existe consignación presupostaría na aplicación de nova creación 44122279900 "Financiamento aparcamentos Jenaro de la Fuente e Castelao".

5º.- Continuar cos contratos de subministración de auga e electricidade aos aparcadoiros celebrados por COCHERAS OLIVICAS DE PUENTES, S.A.

No punto nº 3 do Acordo, apartado 4º "Contratos de data 1 de abril de 2015 celebrados con PARKARE GROUP, S.L., de mantemento de equipos para os devanditos aparcadoiros" figura que o importe mensual do contrato é de 1.211,95 €. comprobándose que dito importe e sin IVE , sendo o importe IVE incluído 1.466,46 €

Na partida presupostaría 44122279900 "Financiamento aparcamentos Jenaro de la Fuente e Castelao" o RC de data 27 de marzo de 2018 e de 24.440 €, polo que a crédito suficiente para asumir o importe da diferenza correspondente ao IVE .

Polo exposto propónse a Xunta de Goberno Local, previo informe da Intervención Municipal a adopción do seguinte Acordo :

"Rectificar no punto nº 3, apartado 4º do Acordo data 27 de marzo de 2018 o importe mensual dos contratos de data 1 de abril de 2015 celebrados con PARKARE GROUP, S.L., de mantemento de equipos para os aparcadoiros da rúa Jenaro de la Fuente e Avenida de Castelao, que e de 1.466,46 € IVE incluído "

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

5(510).- CONTRATO Ó ABEIRO DA DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA DA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO PARA O SUBMINISTRO DE BASES XURÍDICAS E ACCESO A PUBLICACIÓN DO GRUPO EDITORIAL WOLTERS-



Concello de Vigo

KLUWERT PARA O PERÍODO XANEIRO2018-DECEMBRO2018. EXPTE. 4525/550.

Examinadas as actuacións do expediente, visto o informe de fiscalización do 14/05/18, dáse conta do informe-proposta de data 16/04/18, asinado polo vogal do Tribunal Económico Administrativo e o concelleiro delegado de Orzamentos e Facenda, que di o seguinte:

En Vigo, a 12 de abril de 2018, en relación có asunto de referencia, emítese o presente en base ás seguintes consideracións:

PRIMEIRO.- A Xunta de Goberno Local, en sesión que tivo lugar o día 28 de decembro de 2017 (exped 4525/550), prestou a súa conformidade á proposta para o seguinte contrato :

“ ASUNTO: CONTRATO Ó ABEIRO DA DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA DO TEXTO REFUNDIDO DA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO PARA O SUMINISTRO DE BASES XURÍDICAS E ACCESO A PUBLICACIÓNS DO GRUPO EDITORIAL WOLTERS-KLUWERT PARA O PERÍODO NOVEMBRO 2017-OUTUBRO 2018 Exped: 4525/550

1.- Autoriza-lo réxime excepcional previsto na Disposición Adicional 9ª do RDLex 3/Lei 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP) para a suscripción a Bases Xurídicas e publicacións especializadas, segundo a proposta remitida pola empresa e que se adxunta ó expediente, para o período novembro de 2016 a outubro 2017, có tratamento de contrato menor de servizos, de conformidade co previsto nos art. 111, art. 138.3 e art 10 do TRLCSP, para o contrato ó que se refire a oferta adxunta

2.- Autoriza-lo gasto e comprometer o pago a prol de Wolters-Kluwert España SA con NIF A58417346, de acordo co disposto no artigo 185 do Real Decreto Lexislativo 2/2004, polo importe da citada proposta de 37.114'33 € (Base 30.673,00 € máis 21% Ive 6.441,33 €), para o período novembro de 2.017 a outubro de 2.018, que pode ser imputado á partida 9200.220.01.00 “Libros e outras publicacións” do orzamento corrente.

3.- En ningún suposto a execución desta resolución dará lugar ó fraccionamento do obxecto do contrato (art. 86.2 do TRLCSP), entendéndose que o mesmo debe de abarcala totalidade do obxecto, comprendendo todos e cada un dos elementos que sexan precisos para a execución do mesmo.”

Adoptado o acordo e requerida a adxudicataria para a remisión da factura para o seu pagamento con cargo ó importe retido da partida e exercicio indicados, a factura non foi correctamente emitida, o que supuxo que o crédito retido, rematado ó exercicio orzamentario, non poidese ser aplicado ó seu fin.

Postos en contacto coa adxudicataria foille plantexada a dificultade que, de cara á súa suficiencia, suporía efectuar dous cargos na partida no exercicio 2018. Sensible cós argumentos expostos, pola adxudicataria foi replantexada a súa oferta e remitida unha nova proposta para o período xaneiro-décembro 2018 e inclúe, coma se indica expresamente, o período consumido de novembro-décembro de 2017 sen custo adicional.

A citada proposta tiña un custe total de 37.477'58 € (Base 30.973'20 € máis 21% IVE 6.504'38 €), para o período xaneiro 2018-décembro 2018, inclúe o servizo prestado durante os meses de novembro e decembro de 2017, e con este importe se daría adecuado suministro, tanto das bases de datos coma das revistas especializadas, a todos os Servizos tanto do Concello de Vigo coma dos seus Organismos, xa que se estima que os accesos son suficientes para este fin.

SEGUNDO.- Na tramitación da presente suscripción, pola Asesoría Xurídica se puxo de manifesto a insuficiencia de contar cunha sola licenza da función Xurimetría, adquirida pola demanda por este Servizo. A tal fin, requeriuse da empresa subministradora a ampliación das licenzas de Xurimetría a tres, remitíndose en data 23 de xaneiro nova proposta na que se inclúen tres licenzas de xurimetría, atendendo así á solicitude da Asesoría Xurídica.

A dita oferta ten un custe total de 39.950'57 € (Base 33,017'00 € máis 21% IVE 6.933'57 €), para o período xaneiro 2018-décembro 2018

Tal e coma se puxo de manifesto na proposta ó citado Acordo de 28 de decembro de 2017 (exped 4525/550), que reproduce as de exercicios anteriores, o servizo ven prestándose con normalidade e se estima convinte propoñer a súa renovación conforme coa proposta que se adxunta.

TERCEIRO.- Para efectuar a presente proposta, compre previamente deixar sin efecto o acordo da Xunta de Goberno Local de 28 de decembro de 2017, correspondente á suscripción para o mesmo produto e polo mesmo importe para o período de novembro de 2017 a outubro de 2018 e aprobar a nova contratación da suscripción ás bases de datos para o período de xaneiro a decembro de 2018 e que inclúe a prestación sen custe para o Concello durante o período de novembro e decembro de 2017 e un custe cun lixeiro incremento correspondente á suscripción a tres licenzas de Xurimetría.

CARTO.- A Lei 9/2017, de Contratos do Sector Público (LCSP) establece o seguinte:

“Disposición adicional novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios



Concello de Vigo

para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.”

QUINTO.- O gasto pode ser imputado á partida 9200.220.01.00 “Libros e outras publicacións”, do orzamento corrente.

Polo exposto, propónse á Xunta de Goberno Local, competente segundo o establecido na Disposición Adicional Segunda.3 do TRLCSP, previa remisión á Intervención Xeral ós efectos oportunos, a adopción do seguinte

ACORDO

1.- Deixar sin efecto o Acordo da Xunta de Goberno Local do día 28 de decembro de 2017, referente á suscripción á Base de Datos para o período outubro 2017 a setembro 2018 cun custe total de 37.477'58 € (Base 30.973'20 € máis 21% Ive 6.504'38 €).

2.- Autoriza-lo réxime excepcional previsto na Disposición Adicional 9ª da Lei 9/2017, de Contratos do Sector Público (LCSP) para a suscripción a Bases Xurídicas e publicacións especializadas, segundo a proposta remitida pola empresa e que se adxunta ó expediente, para o período xaneiro de 2018 a decembro de 2018, có tratamento de contrato menor de servizos, para o contrato ó que se refire a oferta adxunta

2.- Autoriza-lo gasto e comprometer o pago a prol de Wolters-Kluwert España SA con NIF A58417346, de acordo co disposto no artigo 185 do Real Decreto Lexislativo 2/2004, polo importe da citada proposta de 39.950'57 € (Base 33,017'00 € máis 21% Ive 6.933'57 €), para o período xaneiro 2018-decembro 2018, que pode ser imputado á partida 9200.220.01.00 “Libros e outras publicacións” do orzamento corrente.

3.- En ningún suposto a execución desta resolución dará lugar ó fraccionamento do obxecto do contrato (art. 86.2 do TRLCSP), entendéndose que o mesmo debe de abarcala totalidade do obxecto, comprendendo todos e cada un dos elementos que sexan precisos para a execución do mesmo.

Acordo

A Xunta de Goberno local aproba a proposta contida no precedente informe.

E sen ter máis asuntos que tratar, o Sr. presidente rematou a sesión ás catorce horas e vinte e cinco minutos. Como secretaria dou fé.

me.

A CONCELLEIRA-SECRETARIA DA XUNTA DE GOBERNO LOCAL,
M^a Isaura Abelairas Rodríguez

O ALCALDE
Abel Caballero Álvarez