

Dictamen n^o: **571/12**
Consulta: **Alcalde de El Molar**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **17.10.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de octubre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de El Molar, a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, relativo a la resolución del contrato de gestión y explotación del servicio público “*Piscinas e instalaciones deportivas*” del municipio de El Molar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de El Molar, de 26 de febrero de 2008, se adjudicó el contrato de gestión de servicio público “*Piscinas e instalaciones deportivas*” a A (en adelante “*la contratista*”), formalizándose el contrato el 20 de mayo siguiente por un periodo de duración de 15 años.

En el mismo contrato se hizo constar que el propio adjudicatario depositó en la Tesorería Municipal el importe de la fianza definitiva que ascendió a 30.000 euros.

Con fecha 28 de junio de 2012, el asesor jurídico municipal emite informe en el que expone una serie de incumplimientos del adjudicatario que constituyen causas de resolución del contrato y que son:

- Diversas sanciones impuestas con fechas 24 de enero, 26 de enero y 5 junio de 2102, relativas a la falta de presentación de informes mensuales de actividades, ingresos y servicios del 2011, así como de los documentos a que se encuentra obligado según el pliego técnico, y por abandono de puesto por parte del socorrista respectivamente.

- No aportación de copia debidamente diligenciada de las titulaciones de todo el personal afecto al servicio que se presta desde octubre de 2011 a junio de 2012.

- Incumplimiento de la obligación de aportar los informes trimestrales relativos a la protección de datos de carácter personal desde la adjudicación del contrato.

- Incumplimiento de la obligación de aportar la íntegra documentación comprometida en la oferta y en el pliego de condiciones administrativas/técnicas.

- Subcontratación de prestaciones propias del objeto del contrato.

- Emisión de recibos con el nombre y CIF del Ayuntamiento.

SEGUNDO.- Mediante Decreto de la Alcaldía, de 6 de julio de 2012, se resuelve iniciar expediente de resolución del contrato, y se otorga a la contratista un plazo de diez días para trámite de audiencia y la presentación de alegaciones.

El adjudicatario presentó escrito el 16 de julio de 2012, en el que manifiesta que, tras personarse en el Ayuntamiento, se le ha negado la vista del expediente y la entrega de una copia sellada y foliada del mismo, por lo que solicita se le otorgue plazo para trámite de audiencia por los días restantes desde que se intentó tener vista del expediente por primera vez el 9 de julio de 2012.

Mediante Decreto de la Alcaldía, de 16 de julio de 2012, se deniega la solicitud de copia sellada y foliada de todo el expediente, informando al contratista de su derecho a consultar el expediente dentro del plazo conferido para ello, y solicitar las copias de los documentos que tras la consulta indique.

La empresa, tras tomar vista del expediente el 17 de julio, solicita de nuevo copia íntegra del expediente y la suspensión del plazo de 10 días para la formulación de alegaciones.

Según diligencia del secretario municipal, se le facilita copia del expediente al día siguiente y, mediante Decreto de la Alcaldía de 17 de julio, se le otorga al contratista un nuevo plazo de 10 días para presentar alegaciones.

Con fecha 18 de julio de 2012, el contratista presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta *“En el presente caso no existe un solo incumplimiento acreditado por lo que no procede la resolución del contrato y la incautación de la fianza”*.

TERCERO.- Por parte del asesor jurídico municipal, se emite nuevo informe y propuesta de resolución de 26 de julio de 2012, mediante el que propone la desestimación de las alegaciones formuladas por la adjudicataria y la suspensión del plazo máximo legal para resolver, al objeto de solicitar dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo.

La adjudicataria, con fecha 27 de julio de 2012, presenta nuevo escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución, ampliando las alegaciones formuladas los días 16 y 18 de julio, insistiendo en que no se la ha hecho entrega del expediente administrativo.

La Junta de Gobierno Local, en su sesión celebrada el 31 de julio de 2012, acuerda atender las propuestas formuladas por el asesor jurídico

municipal, desestimar las alegaciones formuladas por la empresa, solicitar informe a éste órgano consultivo y suspender el plazo para la resolución del expediente, así como notificar a la interesada dicho Acuerdo, lo que se efectúa el mismo día 31 de julio de 2012.

CUARTO.- En este estado del procedimiento por el alcalde del Ayuntamiento del Molar, a través del vicepresidente, consejero de Cultura Deporte y portavoz del Gobierno, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo, que ha tenido entrada con fecha 7 de septiembre de 2012, a fin de que se emita el dictamen a que se refiere el artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de su Ley reguladora, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de octubre de 2012.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f).4º Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

Por la precitada remisión es aplicable al presente supuesto el artículo 59.3 TRLCAP, ya que el contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones y resulta la norma de contratación pública aplicable por ser la vigente en el momento de adjudicación del contrato.

Por ello resulta preceptivo el informe de este Consejo Consultivo al tratarse de un procedimiento de resolución de contrato administrativo con oposición del contratista.

SEGUNDA.- La resolución de los contratos administrativos constituye una de las prerrogativas de la Administración en esta materia, pues así lo establece el artículo 59 TRLCAP: “ *1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.* ”

El procedimiento para su ejercicio viene establecido en el art. 112 TRLCAP y exige la necesidad de audiencia al contratista e informe del Servicio Jurídico, además del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Se ha emitido el informe correspondiente del Servicio Jurídico municipal.

Respecto al trámite de audiencia, la empresa adjudicataria considera que se ha vulnerado su derecho, debido a las trabas puestas por el Ayuntamiento en la consulta y entrega de copia del expediente.

Sin embargo, su relato de hechos, en los que explica con pormenores dichas trabas termina con lo acaecido el 17 y 18 de julio de 2012, fecha en la que se acredita que presentó denuncia ante la Guardia Civil y escrito ante el Ayuntamiento respectivamente.

Consta además diligencia del Secretario, firmada por el propio interesado en la que se certifica la entrega de copia del expediente el 18 de julio de 2012 (folio 90 y duplicado en el folio 127).

TERCERA.- Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCAP, ni la Ley de Contratos del Sector Público, ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen nada al respecto. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007, 13 de marzo de 2008 y 9 de septiembre de 2009, ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Ley de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

El plazo para la tramitación del expediente de resolución se establece así en tres meses. Dicho plazo debe computarse desde la fecha de la orden de inicio de tramitación del procedimiento de resolución, que es de 6 de julio de 2012.

No ha transcurrido el plazo de caducidad para la tramitación del expediente de resolución pues éste se encuentra suspendido desde el 31 de julio de 2012, fecha del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local en la que se acuerda la resolución del contrato, con suspensión expresa del plazo a fin de solicitar el preceptivo informe a este Consejo Consultivo.

CUARTA.- En cuanto a la existencia de causa de resolución del contrato, debemos partir de que el contrato administrativo, como todo contrato, se rige por las cláusulas pactadas en el mismo, a través del Pliego

que constituye la ley del contrato y a las que deben someterse las partes en su ejecución.

El TRLCAP regula las causas de resolución de los contratos en el artículo 111. La Ley concede a la Administración facultades para interpretar, modificar y resolver los contratos en los términos de su artículo 59:

“Prerrogativas de la Administración: 1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.”

Constituye así una prerrogativa administrativa, que, como garante del interés público existente en todo contrato, el órgano de contratación puede ejercer con sujeción a las leyes.

Respecto a las causas de resolución, el artículo 111 TRLCAP establecía que son causas de resolución del contrato (además de las establecidas en el artículo 167 del mismo texto para el contrato de gestión de servicios públicos):

“Son causas de resolución del contrato:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.

b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo.

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 71.2, párrafo d).

f) La falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses, conforme al artículo 99.6.

g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

h) Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley.”

QUINTA.- Es necesario tener en cuenta los siguientes particulares a los efectos de una correcta resolución de la consulta formulada.

Así, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de El Molar, de 26 de febrero de 2008, se adjudicó el contrato de gestión de servicio público “*Piscinas e instalaciones deportivas*” a A (en adelante “*la contratista*”), formalizándose el contrato el 20 de mayo siguiente.

El contrato de concesión tiene por objeto “*dotar a las instalaciones de maquinaria, muebles, utensilios y todos los elementos necesarios para el buen desarrollo de la concesión*”, así como “*la explotación de los servicios públicos deportivos y otros complementarios que resulten de la gestión de la piscina climatizada y gimnasio durante el plazo establecido y de acuerdo con los requisitos específicos de este contrato.*”

Es necesario analizar, a la luz de la documentación aportada al expediente, si han existido los incumplimientos que contempla el Acuerdo de resolución contractual, para, una vez determinados, concluir si constituyen o no causa de resolución del contrato.

La propuesta de resolución considera que existe causa de resolución del contrato sobre la base de las siguientes causas:

1.- Sobre determinadas sanciones impuestas al contratista.

El Ayuntamiento considera causa de resolución tres sanciones impuestas a la empresa por falta de cumplimiento de los deberes de información, así como por abandono del socorrista de su puesto.

No obstante, dichas sanciones no pueden considerarse por sí mismas causa de resolución del contrato, sin perjuicio que, como expone el Acuerdo Municipal, se consideren en el marco de los demás incumplimientos y que pudieran en conjunto constituir causa de resolución.

A ello no obstante no es obstáculo que las sanciones se encuentren recurridas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como alega la adjudicataria pues los actos administrativos firmes son inmediatamente ejecutivos (art. 56 Ley 30/92), sin que conste que el Juzgado haya decretado su suspensión en el seno del proceso.

2.- Falta de aportación de copia debidamente diligenciada de las titulaciones de todo el personal afecto al servicio que se presta desde octubre de 2011 a junio de 2012.

Considera el Ayuntamiento que la empresa no ha presentado la titulación tanto del Director como del Coordinador de Programas, que en ambos casos debe ser la licenciados en INEF y que no ha cumplido con sus obligaciones de información, lo que constituye una vulneración de lo establecido en las cláusulas del pliego.

La empresa considera por su parte que dicha licenciatura no es exigible conforme a los perfiles que propuso en su día y que expresan el título de licenciado en CAFÉ y/o con conocimientos o experiencia relativos al servicio.

En primer lugar, la obligación de presentar la titulación y documentación requerida por la Administración entra en la esfera de potestades administrativas de control de la actividad concesional.

Además esta potestad de fiscalización se encuentra expresamente establecida en la cláusula 14.6 del contrato que establece como obligación del adjudicatario *“informar al Ayuntamiento del funcionamiento del servicio e instalaciones a su cargo”*, así como en la cláusula 16.2 del mismo que establece que el Ayuntamiento podrá *“fiscalizar la gestión del concesionario. El Ayuntamiento podrá inspeccionar en cualquier momento (...) la documentación relacionada con el objeto de la concesión...”*

Está fuera de duda por tanto la potestad de fiscalización de la documentación correspondiente al contrato en cualquier momento.

Respecto de la necesidad de licenciatura en INEF que el Ayuntamiento exige, y que la adjudicataria niega, hay que partir de que el punto 14 apartado 29 del contrato establece: *“El personal que imparta clases dispondrá de la cualificación y/o titulación apropiada.”*

Por otra parte, el adjudicatario manifiesta que en su propuesta textualmente estableció como *“Perfiles”* la titulación de licenciatura como posibilidad y no como requisito esencial al establecer para el puesto de Director *“licenciado en CAFÉ y/o con conocimientos y experiencia en la gestión de instalaciones deportivas y dirección de equipos”* y para el puesto de Coordinador de programas *“licenciado en CAFÉ y/o con conocimientos y titulaciones específicas de actividades físicas y/o acuáticas.”*

Así consta en la documentación aportada al expediente, folio 180.

Por tanto no se aprecia ningún incumplimiento por parte del adjudicatario respecto de la titulación o formación requerida para este personal, además de ser un extremo que en su momento tuvo que comprobarse por la mesa de contratación, en la calificación de la documentación, y donde no se refleja que se produjera reparo alguno.

Y, como hemos dicho, dicha calificación se adecua al punto 14 apartado 29 del contrato ya transcrito (al igual que el apartado 26.29 del Pliego de cláusulas jurídico administrativas).

En el mismo punto de su acuerdo el Ayuntamiento hace referencia a la falta de entrega por el adjudicatario de los documentos TC 2 de los trabajadores de la empresa, aspecto para el que fue requerido con fecha 15 de septiembre de 2010, puntos 8 y 9, y para el que se otorgó un plazo de 10 días para la presentación y con nuevo requerimiento en mayo de 2012, sin que se haya cumplimentado por el adjudicatario.

Según el apartado 13 del Pliego de prescripciones técnicas, *“el contratista está obligado a presentar, a requerimiento del Ayuntamiento y dentro del plazo que indique en cada caso, la documentación siguiente: documentos acreditativos de las cotizaciones sociales respecto del personal adscrito al servicio”*.

Respecto a este punto, no constan en el expediente los requerimientos reseñados por el Ayuntamiento, ni la adjudicataria hace mención a ellos. Presumimos por tanto que dichos requerimientos se efectuaron tal y como expone el Acuerdo de resolución, ya que a lo largo de sus alegaciones la adjudicataria niega unos y acepta otros y sobre éstos no realiza consideración alguna. De este modo al no cumplimentar dichas peticiones de información la adjudicataria incurre en un incumplimiento contractual.

Esta falta de información constituye un menoscabo de las *“potestades de dirección y de control del servicio público”* que corresponde al ente local, y que el apartado 11 de la cláusula 31 del contrato incluye entre las causas de extinción y resolución de la concesión.

Es necesario dejar sentado que si bien aisladamente pudiera ser discutido si tal incumplimiento constituye causa de resolución contractual, lo cierto es que es necesario poner en relación dicha falta de información con la que posteriormente analizaremos, ya que el artículo 13 del Pliego técnico establece que el concesionario debe presentar anualmente los *“documentos de cotizaciones sociales de todo el personal adscrito al servicio y copia de las nóminas de los ejercicios 2009/10 y 2010/11”*.

A dicho punto nos remitimos.

3.- Incumplimiento de la obligación de aportar los informes trimestrales relativos a la protección de datos de carácter personal desde la adjudicación del contrato.

El punto 26 del pliego de cláusulas administrativas, relativo a las obligaciones del concesionario, señala en el apartado 23 que *“el adjudicatario se obliga a cumplir con las prescripciones que se prevean en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y, en especial, las contenidas en el artículo 12, números 2 a 4, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”*. En el mismo sentido el apartado 23 de la cláusula 14 del contrato.

De la extensa documentación aportada al expediente no consta efectivamente que la concesionaria haya cumplimentado los informes trimestrales relativos a la protección de datos de carácter personal desde la adjudicación del contrato.

De la documentación obrante se deduce que la empresa ha ido cumpliendo sus obligaciones en la materia a medida que era requerido para ello por el Ayuntamiento, no sin numerosas trabas y problemas debido al total desconocimiento por parte de la concesionaria de dichas obligaciones como ella misma reconoce.

En diversos e-mails se hace referencia a la realización de las correspondientes auditorías (si bien no constan los archivos, folio 219), y en el de 14 de noviembre de 2011 expresamente se comunica por empresa especializada que *“he recibido el documento de seguridad que ha entrado a formar parte de la documentación del Fichero.”* Y añade que *“desde este momento, en aplicación de lo dispuesto en el mismo es necesario iniciar el envío de los informes trimestrales para hacer el seguimiento correspondiente.”* (folio 223).

Sin embargo, como decimos, no consta la presentación de dichos informes trimestrales que el Ayuntamiento considera causa de resolución.

Con independencia del mayor o menor grado de cumplimiento en materia de protección de datos, dicho incumplimiento de la normativa en la materia no constituye causa de resolución del contrato, pues no tiene carácter esencial ni se establece expresamente como causa de resolución en cumplimiento del artículo 111 TRLCAP, sin perjuicio de responsabilidades de otro orden.

Así puede verse que tampoco se encuentra entre las causas de *“Extinción y resolución del contrato”* de la cláusula 31 del Pliego de cláusulas jurídico administrativas.

4.- Incumplimiento de la obligación de aportar la íntegra documentación comprometida en la oferta y en el pliego de condiciones administrativas/técnicas.

El artículo 13 del Pliego técnico establece:

“El contratista está obligado a presentar anualmente la documentación siguiente:

1º) Informe detallado de las actividades, ingresos y servicios de la concesión, año 2009 y 2010, que deberá corresponder a un informe por cada uno de los meses, debidamente desglosado e individualizado (art. 26.2 del Pliego Administrativo).

2º) Propuesta de tarifas para la anualidad siguiente.

3º) Libro inventario de bienes muebles de los ejercicios 2008, 2009 y 2010, con el detalle de las características, marca y modelo actualizado a 31 de diciembre de 2011.

4º) Plan de inversión e informe pormenorizado de las inversiones efectuadas durante los años 2008, 2009 y 2010.

5º) Informe del grado de satisfacción de los usuarios y opinión de los mismos durante los ejercicios 2008, 2009 y 2010, según las encuestas que se comprometieron expresamente a desarrollar en su propuesta de licitación, con especial referencia a cada una de las encuestas de baja formuladas a los usuarios, así como las hojas de incidencias y de reclamación, con los datos exigidos por la normativa de aplicación de conformidad con lo establecido en el Decreto 1/2010, de 14 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid. Lo que supone un incumplimiento de lo exigido por el artículo 13 del pliego de condiciones técnicas.

6º) Plan anual de actuaciones de mantenimiento y conservación de las instalaciones de los ejercicios 2008, 2009 y 2010.

7º) *Presupuesto económico y financiero para el ejercicio siguiente, de los ejercicios 2008, 2009, 2010.*

8º) *Hoja anual de indicadores de gestión de los ejercicios de 2008, 2009 y 2010.*

9º) *Plan de utilización deportiva de los ejercicios de 2008, 2009 y 2010.*

10º) *Memoria deportiva de los ejercicios de 2008, 2009 y 2010.*

11º) *Propuesta de plantilla básica de la instalación de los ejercicios de 2008, 2009 y 2010.*

12º) *Plan de Formación del personal en cuanto a higiene, seguridad y mantenimiento de los ejercicios 2008, 2009 y 2010*

13º) *Documentos de cotizaciones sociales de todo el personal adscrito al servicio y copia de las nóminas de los ejercicios 2009/10 y 2010/11”.*

La literalidad del artículo no deja lugar a dudas, pues, pese a las alegaciones de la empresa, no hace falta requerimiento previo para la entrega de dicha documentación sino que constituye una obligación para el adjudicatario.

No obstante, consta además que fue requerido para entregar diversa documentación en numerosas comisiones de seguimiento (23 de junio de 2010, 21 de septiembre de 2010), incluso con propuesta de la Intervención Municipal de incoación de procedimiento sancionador por no presentar el informe mensual de actividades, ingresos y gastos a que también viene obligado.

Las alegaciones de la empresa no desvirtúan este hecho que debe calificarse como un incumplimiento de las obligaciones del contrato, pues

el deber de información es inherente a un adecuado control de la actividad concesional por parte de la Administración concedente.

5.- Subcontratación de prestaciones propias del objeto del contrato.

Considera el Ayuntamiento que la adjudicataria está subcontratando alguno de los servicios que viene obligada a prestar. En concreto se basa en la carta enviada por el representante del Club de Pádel B de fecha 29 de marzo de 2012 (folio 233).

De dicha carta el Ayuntamiento deduce que por parte de otra empresa se están dando clases de pádel, cuando dicha actividad corresponde a la adjudicataria que debe explotar por sí misma el servicio deportivo (apartado 14 del contrato), y causa de resolución conforme a la Cláusula 31.5 del Pliego de cláusulas jurídico administrativas).

No obstante, ni de lo manifestado por el Ayuntamiento en este punto ni de las alegaciones de la empresa puede deducirse si ha habido incumplimiento a este respecto.

No es posible deducir de la carta precitada que así está ocurriendo. Además no han existido otros elementos de comprobación que fácilmente el Ayuntamiento pudo realizar, a través de inspecciones por ejemplo, que acreditaran de una manera garantista que se está produciendo una subcontratación del servicio deportivo.

6.- Emisión de recibos con el nombre y CIF del Ayuntamiento.

A este respecto, no cabe duda que la emisión de recibos con el nombre y CIF del Ayuntamiento constituiría una causa de resolución del contrato, además de derivar en graves responsabilidades fiscales y tergiversar el régimen tarifario de la concesión.

No obstante, al igual que en el punto anterior, no resulta acreditada esta circunstancia. Y ello porque sólo constan dos tickets (ilegibles), aportados por la concejala de Deportes (folio 195) y que se corresponderían con las circunstancias descritas por el Ayuntamiento y constitutivas de incumplimiento.

Sin embargo, más allá de lo que pudo ser una irregularidad producida el primer día de apertura de la piscina, como así lo alega la adjudicataria, tampoco se ha llevado a cabo una inspección o comprobación sobre si la emisión de esos tickets está siendo así en el transcurso de la prestación del servicio. Este extremo resultaría fácilmente comprobable por el Ayuntamiento que, entendemos, no puede considerar como causa de resolución de un contrato un hecho aislado sin efectuar labores de comprobación que como Administración concedente le corresponden.

SEXTA.- En definitiva, tras lo expuesto, queda acreditado el incumplimiento de las obligaciones esenciales de información que corresponden al concesionario.

Dicha obligación tiene carácter esencial, pues así se recoge en la cláusula 31 del Pliego de cláusulas jurídico administrativas, en su apartado 11, que establece bajo la rúbrica “*extinción y resolución de la concesión*”, “*11. Las actuaciones del empresario que impidan o menoscaben las potestades de dirección y de control del servicio público que corresponda al ente local*”.

Por tanto se trata de una obligación esencial y además expresamente establecida como causa de resolución por los que se cumplen los requisitos de los apartados g) y h) del artículo 111 TRLCAP que establecen como causa de resolución el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato y las establecidas expresamente en el contrato.

La potestad de dirección y control que ejerce la Administración concedente se basa, como no puede ser de otra manera, en la información que el concesionario viene obligado a facilitar, sin la cual resulta vacía de contenido dicha potestad.

Además, los Tribunales consideran que dicho deber de información tiene carácter esencial por estar vinculado a la potestad de control del propio servicio público. Así puede verse en un caso análogo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia núm. 611/2010 de 26 julio, recurso 4281/2008, en la que la Sala consideró:

“Ahora bien, no debemos olvidar que, según el apartado duodécimo del Pliego de Prescripciones Técnicas, la Consejería de Empleo y Mujer (Dirección General de la Mujer) ejercía la supervisión y control necesario para asegurar la adecuada prestación y funcionamiento del Centro, y en dicha línea, la entidad adjudicataria debía mantener de forma periódica reuniones con los responsables técnicos de la Consejería de Empleo y Mujer (Dirección General de la Mujer) para informar de la gestión llevada a cabo y, en consecuencia, había de sujetarse a las directrices e indicaciones que por conveniencia del servicio y para su adecuada optimación y funcionamiento se estableciera desde esa Consejería”.

La información reiteradamente no facilitada por la adjudicataria se refiere a aspectos tan esenciales como las actividades, ingresos y servicios, la propuesta de tarifas, plan de inversión, plan anual de actuaciones, presupuestos etc., que constituyen, en su conjunto, el reflejo de la actividad del concesionario sometida al control del titular del servicio público que no es otro que la propia Administración. Sin esa información la Administración no puede velar por el buen desempeño del servicio público,

lo que constituye sin duda una obligación administrativa como titular de dicho servicio.

Por ello la información ocultada a la Administración concedente en este caso, que en realidad abarca la casi totalidad de aspectos sobre el funcionamiento de la concesión, tanto fácticos como económicos constituye causa de resolución del contrato.

Lo contrario sería dejar al arbitrio del concesionario el ejercicio del servicio público, hurtando toda potestad de control a los poderes públicos.

SÉPTIMA.- El Acuerdo de resolución no contiene pronunciamiento sobre la procedencia de la incautación de la garantía prestada por el adjudicatario ni sobre ningún aspecto relativo a la liquidación del contrato. Así:

El artículo 113 TRLCAP establece que:

“4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.”

De ello se considera siempre referido a la fecha que nos ocupa en cuanto la redacción de los preceptos aplicables de contratación pública, que la incautación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista, que permite así resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución total o parcial de un contrato.

Así lo sostuvimos en nuestro Dictamen número 175/12 de 21 de marzo de 2012, e igualmente lo vienen apuntando diversos Consejos Consultivos autonómicos como el de Extremadura en su dictamen 85/2011 de 17 de febrero, o el de Castilla la Mancha 75/2011 de 30 de marzo.

Además el artículo 169 TRLCAP, relativo a los contratos de gestión de servicios públicos, establece como efectos de la resolución:

“1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

2. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 113, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.”

Por ello el Acuerdo de resolución del contrato deberá indicar expresamente la incautación de la garantía, la existencia o no de daños y perjuicios resarcibles así como la liquidación del contrato.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Resulta procedente la resolución del contrato de gestión y explotación del servicio público “Piscinas e instalaciones deportivas” del Municipio de El Molar. El Acuerdo de resolución deberá acordar la incautación de la garantía, así como determinar si existen daños y perjuicios resarcibles así como la liquidación del contrato.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 17 de octubre de 2012

