

Dictamen nº: **430/19**
Consulta: **Alcalde de Griñón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **23.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 23 de octubre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Griñón a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de “*Construcción, explotación y gestión de piscina cubierta de Griñón*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de septiembre de 2019 tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora solicitud de dictamen preceptivo en relación con la iniciativa de resolución del contrato de concesión de obra pública para la “*Construcción, explotación y gestión de piscina cubierta de Griñón*” (en adelante, “*el contrato*”).

A dicho expediente se le asignó el número 439/19, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen de acuerdo con lo dispuesto artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, según las reglas generales de reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 23 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Griñón se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Griñón, en sesión de 26 de abril de 2004, acordó aprobar el pliego de condiciones económicas, técnicas y administrativas para el procedimiento de contratación relativo a la construcción, explotación y gestión de piscina cubierta para uso público.

Su objeto, según la cláusula primera, consistía en la concesión de un derecho de superficie para la construcción, gestión y explotación de una piscina cubierta pública en la parcela número 6 de la Unidad de Ejecución 8ª, con una superficie de 6.536 metros cuadrado titularidad del Ayuntamiento de Griñón. La adjudicación de los servicios implicaba la ejecución de las obras así como la constitución de un derecho de superficie para la amortización de inversión en este centro, en adelante “*anexo comercial*” de los bienes de dominio público afectados a los citados servicios. Constituía asimismo objeto del pliego, la regulación de las condiciones de contratación de la gestión, explotación y aprovechamiento de las instalaciones y de los servicios complementarios y anexos debidamente autorizados en el nuevo centro deportivo.

La concesión se otorgó por un plazo máximo de sesenta años.

El artículo 4 señalaba que la naturaleza de la relación entre el adjudicatario del concurso y el Ayuntamiento de Griñón era la propia del contrato de concesión de obras públicas regulada en los artículos 130 al

134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, -en adelante RDL 2/2000- y de la concesión administrativa de bienes de dominio público que se regula en el art. 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales- en adelante, RBEL- , sin que esta suponga más que el derecho al uso de lo edificado para el cumplimiento del destino previsto.

El artículo 11 establecía que los derechos de la concesión podían ser cedidos a otra empresa que, reuniendo los mismos requisitos exigidos al concesionario, prestara las mismas garantías y dicha cesión fuese aprobada por el Ayuntamiento, sobre la base de la legislación vigente, y siempre que el concesionario hubiere ejecutado íntegramente las obras objeto de concurso.

El artículo 24.3 precisaba como causa de resolución del contrato con pérdida de la fianza, entre otras causas, que el concesionario no gestionase la explotación del recinto deportivo y anexo, en la forma debida o no mantuviera los locales y las instalaciones en buen estado de conservación, limpieza y seguridad.

Para acordar la resolución, el mismo artículo en su apartado 3 b) establecía que previamente se advirtiera al concesionario de la deficiencia o infracción y que el mismo no la corrigiese dentro del plazo que para ello le fuera señalado por el órgano municipal competente.

1.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2004, se adjudica el contrato a la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS S.L.

Con fecha 10 de enero de 2005 el adjudicatario acredita la constitución de la garantía definitiva por importe de 19.377,36 euros mediante ingreso en cuenta de titularidad municipal y con fecha de 18 de enero de 2005 se formaliza el contrato entre ambas partes.

2.- Por Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 15 de noviembre de y 13 de diciembre de 2005 respectivamente, se autoriza la cesión del derecho de explotación del anexo comercial y la cesión del derecho de superficie de anexo comercial a favor de MERCADONA S.A.

3.- Previa solicitud dirigida al efecto por parte del adjudicatario, el Pleno del Ayuntamiento de fecha 7 de junio de 2018, acuerda:

“Primero.- Autorizar la cesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta solicitada por la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L., a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L., CIF nº 86529385, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, vigente en el momento de la licitación de la concesión, en su artículo 114, antes transcrito, y en los artículos 11 y 19.3 del pliego de condiciones que rigió el contrato.

Segundo.- Requerir a la mercantil GEORELLA CENTER, S.L., para que previamente la formalización de la cesión y en el plazo máximo de quince días contados desde que se le notifique la presente resolución preste la misma garantía que tuviera constituida la actual empresa concesionaria (Garantía Definitiva por la concesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta por importe de 19.377,36 euros), siéndole devuelta a la finalización del período de la concesión, previos los trámites legales correspondientes.

Tercero.- Acordar que una vez constituida la garantía definitiva por la nueva concesionaria GEORELLA CENTER, S.L., se proceda a tramitar de oficio la devolución de la garantía constituida en su día por la empresa cesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. en los términos establecidos en el Art. 47.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, vigente en el momento de la licitación de la concesión.

Cuarto.- Se deberá formalizar la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Quinto.- El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponden al cedente”.

La notificación del citado Acuerdo a la empresa GEORELLA CENTER, S.L. se produjo el día 4 de julio de 2018.

El día 29 de junio de 2018, la adjudicataria en su condición de cedente había registrado de entrada en el Ayuntamiento de Griñón copia simple de la escritura pública del acuerdo de cesión formalizada el día 26 de junio de 2018.

En la cláusula 6.1 del contrato se establece que como consecuencia de la cesión, y durante la vigencia de la misma, el cesionario se subrogará en las obligaciones asumidas por el cedente frente al Ayuntamiento de Griñón, en virtud de la oferta realizada para la adjudicación del concurso y del contrato de concesión.

En la cláusula 6.5 se hace constar que el cedente tiene depositada como garantía del derecho de superficie y explotación una fianza por importe de 19.377,36 euros que se compromete a mantener durante el periodo de vigencia de este contrato.

4.- El día 28 de febrero de 2019, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria y urgente acuerda:

“PRIMERO.- Dejar sin efecto la autorización para la cesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta solicitada en su día por la concesionaria APLICACIONES

EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L., a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L., CIF nº 886529385, acordada por el Pleno de este Ayuntamiento en sesión de fecha 7 de junio de 2018, por manifiesto incumplimiento de la obligación impuesta por el punto 2º del acuerdo plenario antes citado, al no haber prestado GEORELLA CENTER, S.L. la misma garantía que tiene constituida la actual empresa concesionaria (Garantía Definitiva por la concesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta por importe de 19.377,36 euros) en el plazo de quince días desde la recepción de la notificación que se le practicó del citado acuerdo. La obligación de prestación de dicha garantía por la mercantil GEORELLA CENTER, S.L. tenía, según el citado acuerdo plenario, consideración de acto previo a la formalización de la cesión por lo que, al no haberse cumplido la prestación de la fianza y no se ha elevado a escritura pública, no se dan los requisitos legales del artículo 114 TRLCAP 2000 para entender realizada la cesión.

SEGUNDO.- A la vista de las actas de la policía local por cierre del servicio que constan en el expediente 879/2019, requerir a la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. para que, sin dilación alguna, proceda a la prestación del servicio en los términos fijados en los pliegos y en su oferta, en el plazo improrrogable de 5 días desde el recibo de la notificación del presente acuerdo plenario.

TERCERO.- Advertir a la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. de que el abandono en la explotación del servicio, según consta en actas de Policía Local, supone una falta muy grave que conlleva los efectos previstos en los artículos 22 y 24 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas que rigen la concesión, otorgando un plazo de 5 días desde el recibo de la notificación del presente acuerdo a fin de la corrección de la infracción.

CUARTO.- Notificar a los interesados el acuerdo que se adopte, para su conocimiento y efectos, con indicación de los recursos que procedan”.

Con fecha de registro de entrada en el Ayuntamiento el día 2 de abril de 2019, el representante de la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. interpone recurso potestativo de reposición en el que alega, en síntesis, que la falta de constitución de la garantía por parte de la empresa cesionaria le es ajena; que en todo caso debería entregársele la concesión en el mismo estado en que él la entregó a la cesionaria; que desde que se produjo la cesión el Ayuntamiento ha consentido esa situación; que la falta de constitución de la garantía no perjudica al Ayuntamiento, de acuerdo con el pacto al respecto que figura en el contrato de cesión; y que el Ayuntamiento conocía ese pacto porque el contrato fue aportado en el momento de solicitar la autorización de la cesión.

El Pleno del Ayuntamiento, en sesión urgente de fecha 17 de mayo de 2019 acuerda la desestimación del recurso. Frente a dicho Acuerdo se interpone con fecha 27 de junio de 2019 recurso potestativo de reposición que no consta inadmitido, dada su improcedencia.

Figuran en el expediente administrativo, folios 1479 a 1567, informes de la Policía local emitidos entre los días 20 de febrero y 30 de abril de 2019, informando del cierre de las instalaciones deportivas cuya gestión y explotación fue objeto de cesión.

El mismo día 17 de mayo de 2019 el Pleno del Ayuntamiento acuerda incoar el procedimiento para la resolución del contrato e incautar provisionalmente la garantía. Notificado dicho Acuerdo a la cedente, con fecha 7 de junio de 2019 formula alegaciones acerca de su falta de legitimación en el expediente de resolución como consecuencia de las cesiones efectuadas a MERCADONA, S.A. y GEORELLA CENTER S.L. que

el Ayuntamiento autorizó. Respecto de la incautación de la garantía, señala que como consecuencia de lo pactado en el acuerdo de cesión con GEORELLA CENTER S.L. la garantía es de titularidad de dicha empresa.

Formula asimismo alegaciones la empresa MERCADONA S.A. oponiéndose a la resolución del contrato.

Constan en el expediente además del informe técnico, el informe propuesta del secretario del Ayuntamiento, del técnico de Administración General y de la Comisión Informativa. Todos ellos favorables a la resolución del contrato.

Finalmente, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria celebrada el día 7 de agosto de 2019 desestima las alegaciones presentadas por las citadas empresas y propone la resolución del contrato por causa imputable al contratista en los siguientes términos:

“(…)

LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: Incumplimiento del artículo 20 del PCAP, al menos, en los siguientes epígrafes, todo ello, al menos, en el periodo comprendido entre los días 19 de febrero y 13 de marzo de 2019, permaneciendo en la actualidad el abandono de la explotación y del servicio:

Epígrafe 15.- El mantenimiento de las instalaciones y servicios, será responsabilidad del concesionario y se realizará a su cargo.

Epígrafe 19. - Asimismo, será de exclusiva responsabilidad del concesionario la ejecución de los trabajos en los plazos establecidos en la propuesta

Epígrafe 27.-Explotar de forma activa y continuada las instalaciones deportivas de acuerdo con las condiciones del presente pliego.

Completa las causas de resolución en las que incurre el concesionario que se relaciona con el artículo 264 del TRLCAP lo siguiente en el apartado

j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.

Artículo 111 h) del TRLCAP Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

Con las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 24 del PCAP, relativo a la EXTINCION DE LA CONCESION EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 111 h) del TRLCAP:

.. ./ ...

3. Resolución.

a) Serán causa de resolución de la concesión con pérdida de la fianza:

- Que el concesionario no gestione la explotación del recinto deportivo y anexo, en la forma debida no mantenga los locales y las instalaciones en buen estado de conservación, limpieza y seguridad.

b) Para poder acordar la resolución por cualquiera de las causas expresadas en el párrafo anterior, será preciso que previamente se advierta al concesionario de la deficiencia o infracción de que se trate y que el mismo no la corrija dentro del plazo que para ello le sea señalado por el órgano municipal competente. (Advertencia previa realizada mediante acuerdo plenario de fecha 28 de febrero de 2019 punto 2°).

Prueba de incumplimiento. Partes de la policía local sobre el cierre de las instalaciones.

Consta requerimiento previo a la CONCESIONARIA MEDIANTE ACUERDO de Pleno del Ayuntamiento en sesión de fecha 28 de febrero de 2018.

En el Dictamen 408109, de 22 de julio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se estimó que procedía la resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado para residentes por caducidad de la concesión al concurrir la causa prevista en el apartado j) de "el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales".

Acuerda también la incautación de la garantía; aclara que la resolución conlleva la de la cesión del anexo comercial complementario aunque autoriza a MERCADONA S.A. el uso provisional y la explotación comercial del bien hasta la tramitación de expediente de autorización de uso según la normativa patrimonial aplicable; acuerda solicitar informe a esta Comisión así como la suspensión del plazo máximo para resolver hasta la emisión de dicho informe con notificación a los interesados que sin embargo no consta acreditada en el expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada 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”, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 22 de julio de 2004, por lo que resulta de aplicación el Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 2/2000 de 16 de junio, (en adelante TRLCAP) en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone la aplicación en el caso analizado de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 –en adelante, LCSP/17-, cuyo artículo 191 exige que se otorgue trámite de audiencia al contratista, informe del servicio Jurídico salvo en los supuestos contemplados en los artículos 109 y 195 de la Ley, e informe del Consejo de estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se formule oposición por el contratista.

El artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de

12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” precisa:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la empresa que resultó adjudicataria del contrato y de la empresa cesionaria del derecho a la explotación de la zona comercial, que han formulado las alegaciones que han tenido por conveniente.

Consta asimismo el Informe del secretario y del interventor municipal.

Como ha quedado expuesto, la empresa que resultó adjudicataria del contrato se ha opuesto a la resolución al considerar que no existe causa para la misma, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212 de la LCSP establece que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 17 de mayo de 2019, el procedimiento no habría caducado a la hora de emitir este dictamen.

Consta que la Administración que recaba el dictamen ha contemplado la facultad de suspender el procedimiento al solicitar el dictamen de este órgano consultivo de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En cualquier caso, hay que recordar que, para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comuniquen a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuya efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo.

TERCERA.- Según hemos señalado –entre otras muchas ocasiones– en el Dictamen 527/17, de 21 de diciembre, la resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración sean ejercitadas de acuerdo con dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil) son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba:

“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, se haga con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

CUARTA.- A tenor de la documentación incluida en el expediente administrativo, la iniciativa de la resolución del contrato se fundamenta en los artículos 264 j) y 111) del TRLCAP, que contemplan como causas de resolución respectivamente, el abandono, la renuncia unilateral, el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales y aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

El artículo 24 del pliego de condiciones del contrato precisa que será causa de resolución de la concesión con pérdida de la fianza, que el concesionario no gestione la explotación del recinto deportivo y anexo, en la forma debida y no mantenga los locales y las instalaciones en buen estado de conservación, limpieza y seguridad.

El Ayuntamiento considera que dichas actuaciones corresponden a la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS S.L. a pesar de con fecha 7 de junio de 2018 el Pleno acordó autorizar la cesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L.

Se basan para ello en la decisión acordada por el mismo órgano municipal, el día 28 de febrero de 2019, consistente en dejar sin efecto la citada autorización por manifiesto incumplimiento de la obligación impuesta por el punto 2º del acuerdo plenario antes citado, al no haber prestado GEORELLA CENTER, S.L. la misma garantía que tenía constituida la empresa concesionaria (Garantía Definitiva por la concesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta por importe de 19.377,36 euros) en el plazo de quince

días desde la recepción de la notificación que se le practicó del citado acuerdo.

La empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS S.L. se opone a la resolución contractual en los términos planteados puesto que entiende que con motivo de la cesión efectuada, la empresa GEORELLA CENTER S.L. quedó subrogada en sus derechos y obligaciones y que por tanto es a esta empresa a quien le corresponde la explotación de las instalaciones deportivas, careciendo en definitiva de legitimación pasiva. Aduce que en el contrato privado de cesión que se presentó por registro cuando se solicitó la cesión ya figuraba el acuerdo entre las partes en virtud del cual se comprometía a mantener la fianza que había constituido cuando se le adjudicó el contrato, durante el tiempo de vigencia del contrato de cesión. Figuraba asimismo dicho acuerdo en la escritura pública que se presentó en el Ayuntamiento el día 29 de junio de 2018.

Aunque no constituye el objeto del presente dictamen, resulta necesario a la hora de pronunciarse acerca de la procedencia de resolver el contrato del modo propuesto por el Ayuntamiento, analizar los términos en que se produjo esa cesión, puesto que dicha cuestión va a influir en la procedencia o improcedencia de la resolución contractual y por ende va a determinar cuál de las dos empresas resultaba obligada al cumplimiento del contrato y en definitiva, cuál de ellas ha incurrido en el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este sentido, el Ayuntamiento defiende que *“la obligación de prestación de dicha garantía por la mercantil GEORELLA CENTER, S.L. tenía, según el citado acuerdo plenario, consideración de acto previo a la formalización de la cesión por lo que, al no haberse cumplido la prestación de la fianza y no se ha elevado a escritura pública, no se dan los requisitos legales del artículo 114 TRLCAP 2000 para entender realizada la cesión”*.

Sin perjuicio de la inadecuación procedimiento empleado por el Ayuntamiento para dejar sin efecto la autorización, cuestión que tampoco es objeto del presente dictamen y sobre la que no nos vamos a detener, consideramos necesario precisar determinados aspectos.

El artículo 114 del TRLCAP contempla la posibilidad de ceder el contrato en los siguientes términos:

“1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”.

Por su parte, el artículo 11 del pliego de condiciones económicas, técnicas y administrativas establece que los derechos de la concesión podrán ser cedidos a otra empresa que, reuniendo los mismos requisitos exigidos al concesionario, preste las mismas garantías y dicha cesión sea aprobada por el Ayuntamiento, sobre la base de la legislación vigente, y siempre que el concesionario hubiere ejecutado íntegramente las obras objeto de concurso.

Cumplidos todos los requisitos exigidos en la ley, procede en el supuesto concreto analizar si la obligación de constituir la garantía se cumplió o de no ser así, las consecuencias derivadas de tal incumplimiento a la vista de cómo se desarrollaron los acontecimientos tras la adopción del Acuerdo de 7 de junio de 2018 por el que se autorizó la cesión.

Tal y como expone la empresa cedente en su escrito de alegaciones, el contrato de cesión contemplaba en la cláusula 6.5 que dicha empresa tenía depositada como garantía del derecho de superficie y explotación una fianza por importe de 19.377,36 euros y que se comprometía a mantenerla durante el periodo de vigencia de dicho contrato. Añade que el Ayuntamiento conocía esa cláusula con carácter previo a acordar la autorización, puesto que el contrato figuraba entre la documentación aportada con la solicitud de cesión el día 6 de abril de 2018.

Sin perjuicio de dicho argumento, es lo cierto que en el acuerdo de autorización de cesión, lógicamente de fecha posterior, se hizo constar expresamente la obligación del cesionario de constituir la garantía en los quince días siguientes a la notificación del Acuerdo y con carácter previo a la elevación a público del contrato de cesión.

Sin embargo, la notificación del Acuerdo de autorización a la empresa cesionaria tuvo lugar el día 4 de julio de 2018, mientras que la escritura pública se formalizó el día 26 de junio y fue presentada en el Ayuntamiento el siguiente día 29. Es decir, en esta última fecha el Ayuntamiento sabía o tenía elementos para saber que el cesionario había incumplido la citada obligación. A pesar de ello, no consta en el expediente administrativo que se cuestionara la validez de la autorización concedida, ni figura ningún tipo de requerimiento dirigido a la empresa cesionaria exigiendo el cumplimiento de la obligación.

Tampoco se comunicó a la empresa cedente la ineficacia de la autorización, motivo por el cual es perfectamente comprensible que dicha empresa considerase efectuada la cesión en la creencia de que el pacto contemplado en el artículo 6.5 del pliego de condiciones satisfacía la exigencia impuesta.

En otro orden de consideraciones, del tenor literal del Acuerdo por el que se autoriza la cesión se infiere que la autorización está concedida, en la medida en que no condiciona expresamente su eficacia al cumplimiento de la obligación de constituir la garantía por parte del cesionario.

A todo ello ha de añadirse que el artículo 47.3 del TRLCAP establece que en los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario. Parece por tanto que es esta la consecuencia legal que debe producirse en el supuesto que nos ocupa.

Desde otra perspectiva, se presume –puesto que no obra en el expediente administrativo ningún documento o actuación en el periodo comprendido entre la autorización de la cesión y su revocación– que GEORELLA S.L. gestionó la explotación desde que se concedió la autorización hasta la fecha en que se notifica el acuerdo por el que se dejó sin efecto, concretamente el día 1 de marzo de 2019. Sin embargo, el

primer informe emitido por la Policía Local relativo al incumplimiento de las obligaciones contractuales que aparece en el expediente es de fecha 20 de febrero de 2019. Dicha circunstancia implica que al menos los incumplimientos anteriores al acuerdo por el que se deja sin efectos la autorización, sean imputables a la empresa GEORELLA, S.L. No consta sin embargo que el Ayuntamiento, le dirigiera requerimiento alguno.

Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto, entrando ya en el análisis de los motivos en virtud de los cuales el Ayuntamiento considera procedente resolver el contrato con la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. hay que partir del acuerdo por el que se deja sin efecto la autorización de cesión que, por lo que respecta a esta empresa señala lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- A la vista de las actas de la policía local por cierre del servicio que constan en el expediente 879/2019, requerir a la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. para que, sin dilación alguna, proceda a la prestación del servicio en los términos fijados en los pliegos y en su oferta, en el plazo improrrogable de 5 días desde el recibo de la notificación del presente acuerdo plenario.

TERCERO.-Advertir a la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. de que el abandono en la explotación del servicio, según consta en actas de Policía Local, supone una falta muy grave que conlleva los efectos previstos en los artículos 22 y 24 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas que rigen la concesión, otorgando un plazo de 5 días desde el recibo de la notificación del presente acuerdo a fin de la corrección de la infracción.

(…)”.

La empresa formuló recurso potestativo de reposición contra dicho Acuerdo que fue desestimado por el de fecha 17 de mayo de 2019.

En esa misma fecha, el Pleno del Ayuntamiento acordó el inicio de resolución del expediente cuya notificación al contratista se produce con fecha 29 de mayo de 2019.

Llegados a este punto, procede recordar, tal y como hemos señalado en la consideración jurídica tercera, que las relaciones contractuales han de estar presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración sean ejercitadas de acuerdo con dichos principios.

Asimismo, procede traer a colación el principio de confianza legítima acogido por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (inicialmente, por la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 3.1.2). Actualmente es el artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el que recoge este principio en su articulado, junto con el de lealtad institucional.

Sobre dicho principio se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) entre otras muchas, en Sentencia de 10 junio 2013:

“(...) la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por

la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.

(...)”.

Como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2016 el principio de confianza legítima implica la exigencia de un deber de comportamiento de la Administración que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que sus actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de esos propios actos.

En resumen, tal y como precisa STS 22 de febrero de 2016, *“Conviene tener en cuenta que confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3)”*.

Se trata en definitiva de un principio que debe examinarse en cada caso concreto y que se considera como una reacción frente a actuaciones irregulares de la Administración, caracterizadas por sorprender la confianza del destinatario.

Trasladados estos conceptos al supuesto que nos ocupa, resulta acreditado que las actuaciones del Ayuntamiento de Griñón en lo que atañen a la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L., vulneran ciertamente el principio analizado. Téngase en cuenta que a lo sorpresivo que puede resultar el contenido del acuerdo por el que se deja sin efecto la autorización de la cesión, ha de añadirse que se le requiere para que, sin dilación alguna, proceda a la prestación del servicio en los términos fijados en los pliegos y en su oferta, en el plazo improrrogable de 5 días desde el recibo de la notificación del citado acuerdo plenario, es decir, sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que pudiera acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias.

Por otro lado, como se ha indicado con anterioridad, queda constatado en el expediente que el incumplimiento de las obligaciones propias del contrato se venía produciendo al menos desde el día 20 de febrero de 2019, fecha en que la autorización de la cesión no había sido revocada por el Ayuntamiento, sin constar ningún tipo de requerimiento dirigido a la empresa GEORELLA CENTER S.L. que en ese momento estaba obligada a la prestación del servicio.

Conviene en todo caso tener en cuenta que el Tribunal Supremo, entre otras en la citada Sentencia de 10 de junio de 2013, matiza que *“el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general”*.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato de “*Construcción, explotación y gestión de piscina cubierta de Griñón*” en los términos propuestos por el órgano consultante.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 23 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 430/19

Sr. Alcalde de Griñón

Pza. Mayor, 1 – 28971 Griñón