

Dictamen nº: **332/16**
Consulta: **Alcalde de Soto del Real**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.07.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de julio de 2016, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Soto del Real, cursada a través del consejero de Medio Ambiente Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f)d) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de gestión indirecta mediante concesión de uso privativo de bienes de dominio público para el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del complejo deportivo “Prado Real” suscrito con la empresa GEAFE, S.L., (en adelante, “*la concesionaria*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de junio de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo urgente procedente del Ayuntamiento de Soto del Real.

A dicho expediente se le asignó el número 383/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento de

Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno. Plazo que quedó suspendido el día 1 de julio de 2016 por la solicitud, por el Secretario de la Comisión Jurídica Asesora, de documentación, al considerarse incompleto el expediente. Con fecha 12 de julio de 2016 tiene entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la documentación solicitada, reanudándose el plazo para emisión de Dictamen.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2016.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Soto del Real de 30 de mayo de 2008, se dispuso la apertura del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de gestión y ejecución de la concesión administrativa para el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del complejo deportivo Prado Real de Soto del Real.

El objeto del contrato según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) era la utilización privativa de bienes de dominio y uso público municipal, mediante concesión, incluyendo el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del Complejo Deportivo Prado Real. Según la cláusula 1,

“la piscina climatizada municipal se configura como un complejo deportivo de tiempo libre, integrado con usos deportivos, docentes, recreativos, lúdicos y de salud.

El objeto del presente contrato de concesión viene determinado por el compromiso que asumirá el concesionario para cumplir las obligaciones previas, simultáneas y posteriores necesarias para llevar a cabo las actuaciones siguientes:

El concesionario tendrá que dotar a las instalaciones de maquinaria, muebles, utensilios y todos aquellos elementos que sean necesarios por el buen desarrollo de la concesión.

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 pliego de cláusulas.

Sin perjuicio de que se trate de un contrato mixto, la gestión de un servicio público es la prestación más importante, y por tanto, el régimen jurídico aplicable será el del contrato de gestión de servicios públicos”.

El Pleno de la Corporación en sesión de 30 de septiembre de 2008, adjudicó definitivamente la concesión a la empresa G., S.L. previa constitución de garantía de 20.000 €, mediante aval. El contrato se firmó el día 29 de enero de 2009, cuya ejecución se inició ese mismo día 29 de enero de 2009 hasta el 28 de enero de 2024, al que se incorporó como parte integrante del contrato el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

En la cláusula segunda del contrato se establecía la obligación del contratista-concesionario de “*cumplir la concesión administrativa para gestionar indirectamente el servicio público del complejo deportivo Prado Real (calle Orden) de Soto del Real, con sujeción estricta al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como al proyecto de*

explotación del servicio que obra en el expediente, que se desglosa en la siguiente documentación presentada:

El contenido del Sobre B. se compondrá a su vez de tres sobres: B-1.B-2 Y B-3.

(...).

En el sobre técnico B-1 presentado (folios 41 a 147 o 423 a 529) por la empresa concesionaria se encuentra un cuadro con las inversiones mínimas y las inversiones de mejora del en el complejo deportivo de Soto del Real. Junto con dicho cuadro se adjunta documentación técnica e instrucciones de un Spa con rebosadero, sauna, baño turco, instrucciones de equipos de generación y control del vapor, bicicletas estáticas, silla de transferencias para piscinas, equipo de audio, televisión y juguetes de piscina.

En la documentación técnica del sobre B-1 también se recogía en apartado 1 de Actividades dirigidas y servicios de “wellness”, el servicio termal que incluía sauna, baño de vapor y Spa.

En el contrato se estipulaba, de acuerdo con la oferta formulada, el pago de un canon en función de los ingresos percibidos (25.000 € para ingresos desde 395.000 hasta 450.000€, 45.000 € para ingresos de 450.000 hasta 500.000 €, 90.000 € para ingresos desde 500.000 hasta 550.000 €, 120.000 € para ingresos desde 550.000 a 600.000 € y 145.000 para ingresos superiores a 600.000€) y se comprometía a realizar inversiones en equipamiento por importe de 958.275,62 €.

De conformidad con la estipulación quinta, “*ambas partes se obligan al exacto cumplimiento del contrato conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al Proyecto de Explotación del Servicio, que se desglosa en la siguiente documentación presentada: El*

contenido del sobre B, se compondrá a su vez en tres sobres, B-1, B-2 y B-3.”

La cláusula 9 del PCAP establecía, en relación con la inversión mínima inicial, que “*el concesionario debe dotar al Centro Deportivo, en el plazo máximo de 1 mes para la piscina y 1,5 meses para las salas multiusos y el gimnasio, del equipamiento deportivo necesario para el funcionamiento de la actividad que en el Pliego de prescripciones técnicas se relaciona. Pudiendo ampliar esta relación, reflejándose la inversión resultante en la propuesta económica*”.

En los criterios para la adjudicación del concurso contenidos en la cláusula 20 del PCAP se establecía entre uno de los criterios el mejor proyecto de gestión y se indicaba que “*esta valoración se hará bajo criterios de adecuación y mejora de la propuesta en las especificaciones técnicas de explotación*”. Además como cuarto criterio de adjudicación se contemplaba: “*Otras mejoras en relación a los requerimientos mínimos del presente pliego de condiciones... máximo de 10 puntos*”.

La cláusula 30 del PCAP recogía el régimen sancionador del contrato, tipificando faltas leves, graves y muy graves. Entre las graves se contemplaba en el número 10 la no realización de las obras necesarias para la conservación, mantenimiento y seguridad de las instalaciones y obras y como faltas muy graves el incumplimiento “*de las condiciones técnicas de instalación y dotacionales señaladas en la concesión*”. Según el PCAP, las faltas graves se sancionan con multa de 601 a 1.500 € y las muy graves con multa de 1.500 a 3000 € o con la rescisión del contrato, sin derecho por parte del concesionario a indemnización de ninguna clase, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión (folios 168 y 169 o 551 y 552).

2. Con fecha 29 de junio de 2010, 21 de julio de 2011, 9 de agosto de 2012 y 16 de julio de 2013, la entidad concesionaria remitió al Ayuntamiento de Soto del Real escrito en el que solicitaba “*la revisión de tarifas en base a lo que establece el pliego de condiciones*”.

Consta igualmente en el expediente que la entidad concesionaria remitió en noviembre de 2010 un escrito en el que solicitaba propuesta para “*el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión del Complejo Deportivo de Prado Real*” fundado en las siguientes alegaciones: “*Retraso en el inicio de la prestación; la no actualización o revisión de tarifas, desde el inicio de la concesión; la introducción de modificaciones del contrato impuestas unilateralmente por el Ayuntamiento con repercusión económica para el concesionario por ius variandi; resultado deficitario de la concesión; mayor coste producido por las deficiencias y desperfectos que presentan las instalaciones*”, por lo que solicitaba:

“1. *Compensar la disminución de ingresos del concesionario con la disminución del importe anual del canon a cargo del concesionario (128.3 RSCL).*

2. *Modificar el régimen retributivo de la concesión, estableciendo una subvención municipal por importe equivalente al desequilibrio producido (127 RSCL).*

3. *Proceder a una revisión de las tarifas.*

4. *Simultanear una o varias de estas medidas”.*

Con fecha 5 de marzo de 2014, la concesionaria presenta escrito en el que solicita la resolución del contrato por el incumplimiento por el Ayuntamiento de Soto del Real de sus obligaciones “*tanto legales como contractuales*” (folios 3531 a 3559). Así, citaba la existencia de ingresos de la explotación inferiores a los considerados en el Plan Económico

Financiero; modificaciones operadas en el contrato impuestas unilateralmente por la Administración, retraso en el inicio de la prestación del servicio y existencia de deficiencias en el complejo deportivo, por lo que, además de la resolución del contrato, solicitaba una indemnización de daños y perjuicios de 1.097.336,11 €, que desglosaba en los siguientes conceptos: 431.859,35 € por la falta de equilibrio financiero; 3.362,88 €, por la ampliación del horario de verano de la instalación impuesta unilateralmente por el Ayuntamiento; 16.691,65 € por el importe de la modificación del contrato consistente en la ampliación del servicio de actividades dirigidas (spinning) y de fitness impuesta unilateralmente por el Ayuntamiento; 21.004,86 € por el importe de las inversiones en obras realizadas por la concesionaria que superan las comprometidas en el pliego y no compensadas por el Ayuntamiento hasta la fecha (*“ius variandi”*), más los intereses correspondientes, hasta su completo pago y, finalmente, 624.417,37 €, más los intereses correspondientes por lucro cesante.

Por escrito presentado en el registro del Ayuntamiento el día 11 de marzo de 2014 (folios 4045 a 4050), la entidad concesionaria solicitaba que *“para el improbable supuesto que se entienda que a pesar de los incumplimientos denunciados el presente contrato no se encuentra en causa de resolución por causas imputables a la Administración, de forma subsidiaria solicitamos que por parte del Ayuntamiento de Soto del Real se proceda sin más dilación al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, y en consecuencia se acuerde el expreso e inmediato reconocimiento y abono por este Ayuntamiento a la entidad G. de la suma de 472.918,75 € en concepto (sic) más los intereses correspondientes hasta su completo pago, en que se valora por la entidad concesionaria ese desequilibrio económico durante el periodo 2009 a 2013, así como los que se occasionen con posterioridad a dicho periodo”*.

Transcurridos más de tres meses desde la presentación de los anteriores escritos sin haber recaído resolución expresa de la Administración consultante, con fecha 13 de noviembre de 2014, la empresa concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo contra la “*desestimación presunta y denegatoria del Ayuntamiento de Soto del Real (...) de la reclamación formulada por G., S.L. mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2014 [presentado en el registro del Ayuntamiento en fecha 5 de marzo de 2014 (...)], instando la resolución del contrato de concesión del complejo deportivo Prado Real y reclamando la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios irrogados a la concesionaria habida cuenta de los incumplimientos de la Administración y que se fijó en 1.097.336,11 €; posteriormente complementado y completado ese escrito de reclamación, mediante otro de fecha 10 de marzo de 2014 [presentado en el registro del Ayuntamiento en fecha 11 de marzo de 2014 (...)] en el que de forma subsidiaria (...) se procediera al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato concesional (...)*” (folios 4148 a 4150).

3. Según cuadro elaborado por Atención al Usuario (folios 278 y 279) en el curso 2009-2010 se registraron once quejas/sugerencias escritas y cinco verbales por “*zona de relax (chorros, baño turco)*” y dos escritos en el curso 2010-2011. En este curso, además, se registraron en el apartado de servicio, “*la falta de servicios ofertados en la inauguración (sauna, jacuzzi)*”, dos quejas escritas y tres verbales.

4. En acta de inspección levantada el día 6 de noviembre de 2015, el arquitecto municipal acompañado de dos trabajadores habilitados solicita que se les conduzca a “*salas de sauna, duchas de vapor, duchas, jacuzzi y chorros*” y solicitan “*documentación justificativa de las inversiones realizadas de acuerdo con el contrato administrativo de adjudicación*”. En el acta (folio 281) se recoge que “*el empleado de la piscina que no ha acompañado desconoce que existan las instalaciones*

mencionadas” y que “los empleados tampoco disponen de la documentación justificativa de las inversiones”.

5. Con fecha 19 de noviembre de 2015, el arquitecto municipal elabora informe en el que pone de manifiesto que en el sobre B-apartado P, relativo a la “*adecuación de los espacios deportivos*” se hacía referencia a una zona de sauna, baño de vapor, duchas y jacuzzi (54.877,28 €) y chorros (51.914,80 €) y recoge que el jacuzzi no ha sido instalado y que en el plano A no figura ninguna zona de jacuzzi. En relación con la Zona B del plano, destinada a sauna, “*no ha sido ejecutada y el local se está utilizando como almacén de utensilios*”.

En relación con las cantidades que recogía el cuadro de inversión referidas a “*chorros*”, “*sauna, baño de vapor, duchas y jacuzzi, no han sido invertidas puesto que todas estas instalaciones no se han ejecutado*”. *El importe de estas cantidades es de 106.792,08 €*. Cantidad a la que suma otras partidas sin ejecutar por lo que resulta un total no ejecutado de 206.797,72 €.

6. Con fecha 3 de diciembre de 2015, el asesor jurídico del Ayuntamiento de Soto del Real, a la vista del anterior informe y de las actas de inspección emite informe en el que considera procedente abrir un plazo de instrucción para la comprobación de las inversiones efectivamente realizadas por la empresa concesionaria en cumplimiento de su propuesta, con advertencia de que “*la falta de presentación de la justificación de las inversiones o, en caso de ser la misma manifestamente insuficiente, dará lugar a incoación de expediente de penalidades por falta muy grave, con imposición de la oportuna sanción, que puede llevar aparejado la resolución del contrato suscrito con incautación de la fianza*

Con fecha 9 de diciembre de 2015 el alcalde presidente de Soto del Real acuerda la incoación del expediente de imposición de penalidades.

Acuerdo que se notifica a la empresa concesionaria el día 9 de diciembre de 2015.

7. El día 17 de diciembre de 2015 la empresa concesionaria presenta escrito de alegaciones y declara *“este asunto relativo a ese exceso de inversiones se encuentra sub iudice, siendo el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, bajo los autos de procedimiento ordinario 519/2014 quien está conociendo, entre otras, de dicha cuestión”*. Según manifiesta, *“dicho procedimiento fue instado por la entidad concesionaria a consecuencia de los incumplimientos esenciales y reiterados de este Ayuntamiento, motivo por el cual se ha instado la resolución del contrato concesional por causas imputables a esta Administración Local”*, lo que ha supuesto la obligación de superar su propuesta inicial de inversión en obras por causas ajenas a la misma, lo que no ha sido compensado por el Ayuntamiento.

En relación con la inejecución del centro termal, la empresa concesionaria declara:

“(...) obedeció a que este Ayuntamiento en uso de sus prerrogativas modificó la propuesta inicial de G., S.L. decidiendo que dicho centro termal finalmente no se ejecutara.

Buena prueba de ello es que durante todo este tiempo desde el inicio de la concesión hasta ahora el Ayuntamiento jamás ha requerido la ejecución de este centro termal, consciente de que lo había suprimido”.

Con fecha 31 de marzo de 2016, el asesor jurídico del Ayuntamiento de Soto del Real emite informe en el que considera acreditado el incumplimiento de la empresa porque *“nunca implementó en el complejo deportivo Prado Real, ni por lo tanto, cumplió con este compromiso adquirido en su placa y que sirvió para que se le adjudicara el contrato”*. Según el citado informe:

«En el plano de las instalaciones que obra en los folios 1472 a 1478, ambos inclusive, no constan estos elementos. Lo único que figura (folio 1475) es un espacio en plano rotulado como “Zona Termal”, que, ni sobre el papel siquiera contempla la ubicación de sauna, ni baño de vapor, ni spa, sino un “Almacén” de una superficie de 22,96 m²».

Según el informe del asesor jurídico, la falta de justificación del incumplimiento de las obligaciones asumidas en la plica que sirvió de base a la adjudicación del contrato determina un incumplimiento esencial del contenido del contrato con lo que, de acuerdo con el artículo 223 TRLCSP, lleva aparejada la resolución del mismo.

TERCERO.- A la vista del anterior informe, el alcalde acuerda la incoación de expediente de resolución del contrato de concesión del uso privativo de los bienes de dominio público para el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del complejo deportivo Prado Real, adjudicado a la empresa concesionaria y concesión de trámite de audiencia a la empresa, con fecha 7 de abril de 2016. Este acuerdo se notifica a la concesionaria el día 8 de abril de 2016.

Con fecha 14 de abril de 2016, la empresa concesionaria presenta escrito en el que solicita copia de la totalidad del expediente de resolución del contrato, por ser necesario para efectuar las oportunas alegaciones.

El día 22 de abril de 2016 la empresa concesionaria presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que la incoación del expediente de resolución contractual es injusta, arbitraria y dictada a sabiendas del perjuicio que se causa a la empresa, por lo que se reserva el ejercicio de acciones penales porque, considera que la incoación del expediente es una represalia por haber instado previamente la

resolución del contrato de concesión por incumplimiento de la Administración por impago a la concesionaria.

Alega que el Ayuntamiento pretende modificar el plan de viabilidad establecido y recogido en el pliego concesional y que las cuestiones por las que pretender resolver el contrato concesional por causas imputables a la concesionaria se encuentran *sub iudice*. Manifiesta que hay vulneración de los principios del procedimiento administrativo sancionador porque no hay incumplimiento de las obligaciones esenciales, pues “*la adjudicataria cumplió de forma axiomática con todas y cada una de las obligaciones contractuales asumidas para con esta Administración, siendo que incluso se vio compelida a aumentar las inversiones previstas para llevar a cabo los proyectos propuestos por este Ayuntamiento*”. Considera que ha habido un incumplimiento previo de la Administración contra el que interpuso recurso contencioso-administrativo (Procedimiento 519/14 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid) que se encuentra pendiente de sentencia, por lo que el ejercicio de la potestad de resolución por la Administración supone una infracción del ordenamiento jurídico porque “*(i) utiliza la potestad de ejecución del contrato para, en base a hechos inciertos, tratar de justificar su lamentable situación de impago de las cantidades adeudadas a la concesionaria y (ii) imputa incumplimiento de sus obligaciones a mi representada, cuando el propio Ayuntamiento se encuentra en situación de incumplimiento flagrante de su obligación esencial, como es el pago del precio debido al propio contratista*”.

En relación con el incumplimiento de zona termal como incumplimiento esencial del contrato, la empresa alega que “*hasta la reclamación que la concesionaria inició ante la jurisdicción contenciosa administrativa, habían hecho mención a la inexistencia de este centro termal*” y que la inejecución de la misma obedeció a que el Ayuntamiento “*en uso de sus prerrogativas modificó la propuesta inicial de G. S.L., decidiendo que dicho centro termal finalmente no se*

ejecutara”. Así, alega que el Ayuntamiento notificó a la empresa que debía realizar las obras oportunas de mejora sobre el inmueble sito en la calle La Orden nº 1, adjuntando proyecto realizado por el mismo arquitecto que realizó la piscina cubierta. Según afirma en su escrito, “*se comprueba que en las obras de mejora que debe realizar la entidad concesionaria se suprime la ejecución de este centro termal*” (folios 3907 a 3959 del expediente administrativo).

Con fecha 29 de abril de 2016 se aprobó por el Pleno de la Corporación Municipal, por unanimidad, la propuesta de resolución desestimando las alegaciones de la empresa concesionaria y acordando la solicitud de dictamen al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid y la suspensión, a tenor del artículo 42.5.c) LRJ-PAC el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución del procedimiento de resolución del contrato. El Pleno aprobó, además, la declaración de urgencia del procedimiento, justificada en “*no perder un mes en la tramitación hasta un próximo pleno*”.

Con posterioridad al citado acuerdo, se ha incorporado informe de la Intervención Municipal de 25 de mayo de 2016 que declara que no existe inconveniente en la continuación del procedimiento de resolución del contrato motivado por el incumplimiento de las obligaciones y mejoras señaladas en la plica e informe del asesor jurídico municipal que manifiesta que no es preciso otorgar audiencia al avalista porque la empresa constituyó fianza en metálico como garantía del cumplimiento del contrato.

La solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora se firmó por el alcalde el día 30 de mayo de 2016.

El acuerdo del Pleno de 29 de abril ha sido notificado a la empresa concesionaria el día 11 de mayo de 2016.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) *Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. 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 del sector público*”.

La solicitud de dictamen del alcalde de Soto del Real se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

La solicitud de Dictamen se formula con carácter urgente, de acuerdo con el artículo 23.2 ROFJCA. Este precepto dispone que “cuando por razones de urgencia así se solicite, el plazo para la emisión de dictamen será de quince días hábiles”.

En el presente caso, acordada la urgencia del procedimiento por el Pleno el día 29 de abril de 2016, “por no perder un mes en la tramitación

hasta un próximo pleno”, este argumento no justifica la solicitud con carácter urgente a este órgano consultivo.

El plazo de urgencia previsto en el artículo 23.2 ROFJCA, debe ponerse en relación con el artículo 50.1 LRJ-PAC que regula la tramitación de urgencia del procedimiento y establece que “*cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos*”.

La tramitación urgente debe acordarse al inicio del procedimiento y la reducción de plazos afectar a todos los trámites del procedimiento.

Además, con posterioridad a este acuerdo de 29 de abril de 2016, han emitido informe el interventor municipal con fecha 23 de mayo de 2016 y el asesor jurídico el día 25 de mayo de 2016, por lo que no parece que hayan emitido su informe con carácter urgente.

A propósito de la urgencia en la solicitud de Dictamen, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 233/2015, de 6 de junio, declaraba que “*la urgencia prevista en el artículo 16.2 LCC – hoy, debe entenderse hecha esta referencia al artículo 23 del ROFCJA- es de carácter objetivo y ha de ser invocada con carácter excepcional, pues la garantía de la legalidad y el acierto de la decisión administrativa a la que contribuye este órgano consultivo -según reza el preámbulo de su Ley reguladora precisa de un análisis sosegado y reposado*

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo del Pleno de la Corporación de 30 de septiembre de 2008, por lo que resulta de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), la normativa vigente en aquel momento constituida

por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

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, 7 de abril de 2016, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, en particular de sus artículos 210 y 211. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en 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*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor “*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, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al concesionario. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

De conformidad con el apartado tercero artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario, como es el caso.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes 106/09, de 18 de febrero, 239/09, de 6 de mayo, 403/09, de 15 de julio, 14/10, de 20 de enero, 110/10, de 21 de abril, 692/11, de 7 de diciembre y 221/12, de 18 de abril).

En el presente caso, no consta en el expediente informe del secretario del Ayuntamiento, que resulta preceptivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 TRRL. Se ha incorporado al expediente un informe de un asesor jurídico de 25 de mayo de 2016 que no sustituye al informe del secretario del Ayuntamiento, en cuanto que el municipio de Soto del Real no es un municipio de gran población. Así, en los municipios de gran población, de acuerdo con la disposición adicional octava LBRL, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Modernización del Gobierno Local, aplicable los municipios de gran población, que *“las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

La falta, en el expediente administrativo de resolución del contrato del informe del secretario de la Corporación Municipal constituye un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, y, por tanto, susceptible de subsanación (dictámenes 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros).

Consta en el expediente informe del interventor municipal, de fecha 23 de mayo de 2016. Tanto este último como el informe del asesor

jurídico se han incorporado al expediente con posterioridad al trámite de audiencia.

En relación con el trámite de audiencia al concesionario y avalista, era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que dicho trámite había de practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que pudieran incorporarse con posterioridad informes o documentos nuevo, de manera que si los informes citados añadían hechos nuevos o argumentaban cuestiones nuevas para la resolución, generaban indefensión al contratista y avalista por lo que lo procedente era la retroacción del procedimiento (dictámenes 482/11, de 7 de septiembre, 514/11, de 21 de septiembre y 515/12, de 19 de septiembre).

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid consideró, sin embargo, que la incorporación de diversos informes, tras la realización del trámite de audiencia, no causaba indefensión al contratista al no introducirse en ellos ningún hecho o cuestión nueva, en los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre.

En el presente caso, el informe del asesor jurídico se limita a señalar que no procede la audiencia al avalista por haberse constituido la garantía mediante fianza en metálico. Tampoco el informe de la Intervención introduce hecho o cuestión nueva en el procedimiento que genere indefensión a la empresa concesionaria.

La propuesta de resolución no hace referencia alguna a la posible incautación de la garantía, como exigen los artículos 208.3 y 4 de la LCSP:

"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer

término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del 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 que, en su caso, hubiese sido constituida.”

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento.

En el presente caso, iniciado el procedimiento el día 7 de abril de 2016, el plazo para tramitar el procedimiento habría expirado el día 7 de julio de 2016. Ahora bien, consta en el procedimiento el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Soto del Real de suspensión del procedimiento, “*a tenor de lo preceptuado en el artículo 42.5.c)*” para solicitar dictamen al órgano consultivo, el día 29 de abril de 2016, según certificación expedida el día 6 de mayo, que se notifica al interesado el día 11 de mayo de 2016. En este acuerdo del Pleno de 29 de abril de 2016, además, se facultaba expresamente al alcalde presidente para formalizar la solicitud de dictamen al órgano consultivo. Petición de dictamen que se firma el día 30 de mayo de 2016, por lo que, a la fecha de emisión del presente Dictamen, el procedimiento está suspendido y, en consecuencia, no ha caducado.

TERCERA.- La empresa concesionaria se opone a la resolución del contrato al “*haber instado previamente la resolución del contrato de concesión por incumplimiento de esta corporación local y efectuado la oportuna reclamación de daños y perjuicios*” y alega que “*las cuestiones*

por las que pretende resolver el contrato concesional por causas imputables a la concesionaria, se encuentran sub iudice”.

Resulta, por tanto, necesario examinar la incidencia que, en el procedimiento de resolución contractual iniciado por el Ayuntamiento de Soto del Real puede tener la causa de resolución invocada por la empresa concesionaria y que está pendiente de recurso contencioso-administrativo.

Sobre las concurrencia de varias causas de resolución, era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 408/09, de 22 de julio y 289/11, de 1 de junio) que hace suya esta Comisión Jurídica Asesora que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo de Estado. Doctrina especialmente aplicable cuando concurren varias causas de resolución que tienen alcance diverso en cuanto a su funcionamiento y efectos, como sería el caso en que se pretende la resolución por incumplimiento del concesionario cuando éste solicitó la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la Administración el día 5 de marzo de 2014 y ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de dicha solicitud.

Sobre esta cuestión, debe señalarse que el Consejo de Estado en Dictamen de 27 de diciembre de 2007 ha declarado que no obsta a la conclusión y decisión final de un expediente de resolución contractual el hecho de que el concesionario mantenga un recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio de su solicitud de resolución de contrato por incumplimiento de la Administración formulada con anterioridad.

Ahora bien, resulta claro que una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara, *“pues podría darse el caso de que una hipotética estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente”* (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007).

En consecuencia, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado, ni se ha adoptado medida alguna en el mismo que impida acabar este expediente, sería posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable al concesionario y la decisión final que se adopte sería obviamente recurrible con independencia del mencionado recurso contencioso, sin perjuicio de que eventualmente pudieran llegar a acumularse los dos que se tramitaran al efecto en vista del enlace que pudiera existir entre uno y otro.

Debe llamarse la atención, no obstante sobre la actuación de la Administración consultante que, en el presente caso, no ha dictado resolución expresa de la causa de resolución invocada por la empresa concesionaria, pese a la obligación que tiene de tramitar un procedimiento de resolución contractual y resolver expresamente dicha solicitud (ex. artículo 42.1 LRJ-PAC) y que pretende resolver dicho contrato sin hacer referencia en el procedimiento a la solicitud de resolución contractual formulada por la empresa el día 5 de marzo de 2014.

En consecuencia, no es posible analizar en el presente Dictamen y se debe excluir del mismo cualquier pronunciamiento sobre la procedencia de la causa de resolución invocada por el concesionaria, desestimada por silencio administrativo, y sobre la que ha de decidir el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid. En consecuencia el contenido del presente dictamen ha de versar exclusivamente sobre la eventual concurrencia de la causa alegada por la Administración autonómica y que se refiere al incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario.

Es decir, que con independencia de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid haya de dictar sentencia que pueda estimar la concurrencia de la causa de resolución invocada por ello, éste sigue obligado a cumplir las obligaciones que derivan del contrato; y por tanto cabe que su eventual incumplimiento haya dado lugar a que el Ayuntamiento inicie expediente que pueda finalizar declarando resuelto el contrato por causa imputable al concesionario; pero como es obvio esta resolución administrativa podrá ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si es impugnada en sede judicial, es entonces cuando podrá hacerse valer por el Juzgado la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por el concesionario.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte el Ayuntamiento de Soto del Real en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución pretendida por la empresa.

CUARTA.- Se pretende por el Ayuntamiento consultante la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones esenciales al constatarse, según informe de 19 de noviembre de 2015, que se detecta un importe no ejecutado por el concesionario y

comprometido en su propuesta de licitación que asciende a la cantidad de 206.797,72 €, incluido en el incumplimiento de estas mejoras el no haber ejecutado el Centro Wellness (Servicio Termal) que el proyecto inicial presentado por la concesionaria contenía.

Como es sabido, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar unilateralmente la resolución del contrato, en los casos tasados en la ley o que se hayan previsto específicamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y determinar los efectos de ésta. Cabe señalar igualmente que la LCSP, vino a aportar mayor rigor en el régimen de la resolución contractual en orden a evitar la inseguridad jurídica que se observaba en la legislación anterior, TRLCAP, en la medida en que ésta, obligaba a interpretar el carácter o no esencial de la obligación incumplida que operaba como causa de la resolución instada.

Así, la LCSP, en el artículo 206 f) (en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo), establece como causa de resolución “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”.

De este modo, si la conducta no ha sido expresamente recogida como obligación de carácter esencial, en los pliegos o en el contrato, la resolución no procede.

En este sentido se manifiesta con claridad la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 63/11 de 17 de julio:

“Así cabe concluir que cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del

TRLCSP, por exigir esos preceptos, en combinación con el artículo 67.2 del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución ”.

Sin perjuicio de ello, el Consejo Consultivo se planteó en anteriores ocasiones (dictámenes 631/11 y 324/13 entre otros), la posibilidad de resolver aun cuando no se haya consignado expresamente el carácter esencial de determinada obligación. En el último Dictamen citado declaraba que se trata de evitar las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales no recogidos expresamente, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del contrato.

Además, la exigencia legal de consignación de los incumplimientos de las obligaciones esenciales del contrato no puede suplir a los elementos que son “esenciales” de dicho contrato según el propio ordenamiento jurídico, y que cuando son transgredidos deben dar lugar a la nulidad o resolución. Es decir, los pliegos deberán recoger aquellas causas que, precisamente, por no ser a priori esenciales, el órgano de contratación quiere otorgarles tal carácter, pero ello sin perjuicio de poder considerar como causa de resolución un incumplimiento que afecte a un elemento esencial del contrato. Esta es la finalidad de la norma, interpretación teleológica que debe estar presente en su aplicación, y que hemos sostenido en anteriores ocasiones.

En el presente caso, el objeto del Pliego de Cláusulas Administrativas fija como objeto de la concesión, “*el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del Complejo Deportivo Prado Real*”. Como criterios de adjudicación el pliego recogía

con un valor máximo de 10 puntos “*otras mejoras en relación a los requerimientos mínimos del presente pliego de condiciones*”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 4/2015, de 17 de marzo de 2015 señala, en relación con las mejoras ofertadas en la propuesta previstas en los pliegos:

“Las mejoras como criterio de adjudicación -vinculadas al objeto de la prestación— pretenden aportar, sin alterar el objeto del contrato, suponen un valor añadido en relación con los aspectos que se consideren susceptibles de ser mejorados, en función de lo que los pliegos hayan permitido y preservando siempre el principio de igualdad de trato.

En principio, y por definición, una mejora ofertada y admitida por la Administración no puede ser objeto de modificación, salvo que la naturaleza de la misma lo permita, esté previsto en el Pliego y ambas partes estén de acuerdo.

La sustitución de las mejoras por otras no previstas, o su inejecución, si fuera, o pudiera ser, objeto de modificación contractual por cumplir con los presupuestos habilitantes, debe tramitarse de conformidad con las previsiones de los artículos 105 a 107 TRLCSP, con la instrucción del procedimiento contradictorio que la ley requiere. En todo caso, la no ejecución de una mejora por causa imputable al contratista, constituye un evidente incumplimiento contractual, al que se aplicarán las consecuencias previstas en la Ley”.

Resulta acreditado en el expediente que la empresa no ha cumplido las mejoras propuestas, y ella misma así lo reconoce, pero considera que no se trata propiamente de incumplimientos, porque una vez

adjudicado el contrato el Ayuntamiento de Soto del Real le notificó que debía realizar unas obras de mejora en el inmueble sito en la calle La Orden nº 1, “*proyecto realizado por el mismo arquitecto que realizó la piscina cubierta*”, se puede comprobar que “*las obras de mejora que debe realizar la entidad concesionaria se suprime la ejecución de este centro termal*”. Alega, además, que los técnicos que realizaron la valoración de la servicios y actividades ofertadas en la instalación general “*rechazaron las mejoras propuestas por G. S.L. y se realizaron otras*” y que “*la supresión de este centro termal se compensa por la concesionaria con la realización de otras partidas que no figuraban en un principio*”.

Es claro que tales alegaciones no pueden aceptarse. La empresa concesionaria debe saber que toda modificación se somete a un procedimiento y exige determinados requisitos. En el presente caso no consta en el expediente del contrato la aprobación de un procedimiento de modificación contractual. En todo caso, conforme a jurisprudencia constante, el incumplimiento previo de la Administración no justifica el incumplimiento del contratista (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio y 2 de noviembre de 1983; 19 de junio de 1984, entre otras), pues el interés público demanda el regular desenvolvimiento del contrato administrativo e impide la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, como recordó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 86/2014, de 26 de febrero y 321/15, de 10 de junio).

Además, el incumplimiento de la empresa concesionaria debe calificarse como grave dado que, comprometidas mejoras por importe de 251.259,69 €, se han incumplido mejoras por importe de 206.797,72 € esto es, un 82,30 % de las ofertadas por aquélla e integradas así como parte del contenido obligacional del contrato.

En definitiva, acreditados los incumplimientos de algunas de las mejores propuestas por la concesionaria y que fueron valoradas como criterios de adjudicación en la adjudicación del contrato, puede considerarse concurrente la causa de resolución prevista en la cláusula quinta del documento de formalización del contrato [art. 223.f) del TRLCSP].

QUINTA.- Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 208.5 LCSP establecía que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

El artículo 208.3 LCSP (actual art.225.3 TRLCSP), establecía lo siguiente:

“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

La doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid consideraba que, del precepto transrito, no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del

concesionario, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad, el citado artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circumscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la concesionaria a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada, pues la postura mayoritaria contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al concesionario sino que expresamente remite esa determinación a un procedimiento posterior.

Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del concesionario para valorar económicoamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 208.5 LCSP (225.4 TRLCSP) establece que *“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 que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada la superación de esos plazos.

Por todo lo anterior, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del concesionario sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede este Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de gestión indirecta mediante concesión de uso privativo de bienes de dominio público para el equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento del complejo deportivo “Prado Real”, estándose, en cuanto a la garantía

prestada por la concesionaria, a lo señalado en la precedente consideración jurídica.

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 21 de julio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 332/16

Sr. Alcalde de Soto del Real

Pza. de la Villa, 1 – 28791 Soto del Real