

Dictamen n^o: **321/15**
Consulta: **Alcalde de Majadahonda**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **10.06.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de junio de 2015, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Majadahonda, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de gestión de servicios públicos mediante concesión administrativa, del servicio público de prestación de actividades deportivas en el centro deportivo n^o. 7 “*Valle de la Oliva*”, suscrito con A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de mayo de 2015, tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen preceptivo formulada por el alcalde de Majadahonda el día 11 de mayo, sobre expediente de resolución del contrato de gestión de servicios públicos mediante concesión administrativa, del servicio público de prestación de actividades deportivas en el centro deportivo n^o. 7 “*Valle de la Oliva*”, suscrito con la mercantil reseñada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 313/15, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 27 de junio de 2015.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por la Excm. Sra. Dña. Beatriz Grande Pesquero, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 10 de junio de 2015.

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

1.- El Pleno del Ayuntamiento, acordó con fecha 29 de julio de 2009, aprobar la creación del servicio público de prestación de actividades deportivas en el Centro Deportivo nº. 7 “*Valle de la Oliva*” (en adelante, “*el centro deportivo*”), mediante concesión administrativa por un plazo de 50 años.

2.- El 27 de enero de 2010, el Pleno del Ayuntamiento acordó aprobar definitivamente el texto del Reglamento de Utilización del centro deportivo, siendo objeto de publicación en el BOCM de 25 de febrero de 2010.

3.- La Junta de Gobierno Local, actuando por Delegación del Pleno, aprobó con fecha 29 de julio de 2011, el anteproyecto de explotación del servicio público de actividades deportivas del centro deportivo, así como el proyecto de explotación elaborado por el jefe de Servicio de Deportes. Asimismo, acordó aprobar el expediente de contratación, pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares, a regir en el contrato, así como la apertura del procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto, mediante tramitación ordinaria.

4.- En virtud del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de noviembre de 2011, se acordó la adjudicación del contrato a la empresa A, por un canon anual fijo de 120.000 euros (no sujeto IVA) y un canon anual variable del 15% del beneficio contable antes de impuestos, incluyendo su oferta de gestión deportiva y oferta técnica y por un plazo de duración de 15 años.

5.- Con fecha 13 de diciembre de 2011, se procedió a la formalización del contrato, cuya entrada en vigor comenzaba al día siguiente de la formalización.

6.- El 12 de abril de 2012, por medio de correo electrónico, el jefe de servicio de Deportes remitió a la empresa contratista copia de las facturas de suministro eléctrico, correspondientes a los meses de diciembre de 2011 y enero de 2012. En dichos correos se requería a la empresa contratista el cambio de la titularidad de los contratos de suministro (luz, agua, etc.).

7.- El 21 de mayo de 2012, el interventor municipal remitió a la empresa contratista copia de las facturas de suministro eléctrico emitidas a nombre del Ayuntamiento de Majadahonda, con fecha 28 de febrero y 27 de abril de 2012, por importe de 1.863,81 y 2.222,41 euros, respectivamente, que correspondían al consumo del centro deportivo.

8.- El 15 de mayo de 2012, se remitió a la empresa contratista copia de la factura de mantenimiento del ascensor del centro y se les recordó que debían cambiar la titularidad de los diversos contratos de suministro y servicios del centro.

9.- El 22 de mayo de 2012, el jefe del Servicio de Deportes remitió a la empresa contratista, las facturas correspondientes al centro deportivo, que obraban en poder de la Intervención Municipal, solicitando nuevamente el cambio de la titularidad de los diversos contratos de suministro y servicios

a nombre de A, así como el abono de la parte proporcional que procediese de las mismas.

10.- El 13 de junio de 2012, el concejal delegado de Urbanismo, Mantenimiento de la Ciudad, Movilidad y Vivienda, remitió informe al concejal delegado de Deportes y Fiestas, sobre determinadas incidencias en el mantenimiento de las instalaciones del centro.

11.- El jefe del Servicio de Deportes, con fecha 28 de junio de 2012, requirió a la empresa contratista el abono de todas las facturas de suministro correspondientes al centro deportivo y el cambio de titularidad de los contratos correspondientes, antes del 13 de julio de 2012.

12.- El 2 de julio de 2012 se notificó a la empresa contratista el informe del concejal de Urbanismo, Mantenimiento de la Ciudad, Movilidad y Vivienda, de 13 de junio de 2012, en el que, entre otras cuestiones, figuraba que la empresa contratista debía hacerse cargo de los suministros de agua, electricidad y gas natural y debía proceder a la contratación de las acometidas definitivas de gas, teléfono y conexión a Internet.

13- Con fecha 16 de julio de 2012 A presentó escrito en el que mostraba su oposición tanto al pago de las facturas de los suministros del centro deportivo, como al cambio de titularidad de los contratos correspondientes, porque no constaba regulado en el contrato suscrito que dicha obligación correspondiese a la concesionaria.

14.- El 11 de octubre de 2012, la directora del centro deportivo presentó escrito en el que manifestaba que habiendo solicitado que se facilitara a la concesionaria los servicios de telefonía, los servicios de telefónica adicionales y de conexión a Internet, sin que hasta la fecha hubiese tomado el Ayuntamiento en consideración tal pretensión, y que teniendo en cuenta que no correspondía a la empresa contratista ni el pago

ni la titularidad de dichos servicios, comunicaba que, ésta se haría cargo del coste de los mencionados servicios para evitar perjudicar a los administrados, sin perjuicio de que posteriormente se descontase el gasto indirecto del canon concesional que correspondiese.

15.- El día 7 de junio de 2013, se tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo, solicitud de dictamen sobre interpretación en la ejecución del contrato, referida a la obligación de pago de los suministros de las instalaciones.

En dicho Dictamen concluimos que *“la contratación y abono, desde la fecha de formalización del contrato administrativo, de todos los gastos de suministros pendientes y futuros de la instalación gestionada (...) corresponde a la empresa adjudicataria del mismo. Por tanto la interpretación propuesta por el Ayuntamiento de Majadahonda es ajustada a Derecho”*.

En virtud del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 29 de julio de 2013, se acordó resolver de acuerdo con lo dictaminado por este Consejo Consultivo, y notificar dicho Acuerdo al contratista.

16.- El 27 de agosto de 2013, se recibió escrito de la concesionaria mediante el cual solicitaba se le entregasen los documentos necesarios para proceder al cambio de titularidad de los diversos contratos de suministro, gastos de suministros, que se incoase expediente de liquidación de la deuda pendiente con el Ayuntamiento, y que se instase a los Servicios Técnicos Municipales para que se subsanasen las deficiencias estructurales y las reparaciones en garantía.

17.- Con fecha 15 de octubre de 2013, se remitió por el Servicio de Contratación de Obras y Proyectos a la Intervención Municipal copia simple de la escritura, aportada por la empresa contratista, de formalización de acuerdos sociales, relativos a la escisión parcial de la

entidad A y a la constitución de las sociedades beneficiarias de la escisión parcial, denominadas “B”, “C”, y “D”, con el fin de estudiar si “B.”, reunía la solvencia exigida al acordarse la adjudicación del contrato.

18.- Con fecha 12 de noviembre de 2013, A presentó escrito en el que manifestaba que, a los efectos de mantener en el correcto ejercicio de la tutela administrativa por parte del Ayuntamiento el equilibrio de la concesión, solicitaba la nulidad de la liquidación correspondiente al canon anual por explotación del centro deportivo por no ser exigible mientras no estén a disposición de la concesionaria las obras comprometidas.

19.- En la misma fecha, la citada empresa presentó un segundo escrito en el que manifestaba que se tuviese por comunicada la operación de escisión de la entidad, y por subrogada a la beneficiaria de la misma, “B”, al mantener ésta la misma solvencia técnica.

20.- La Intervención Municipal, con fecha 14 de noviembre de 2013, indicó que, de cara a asegurar la solvencia financiera de la empresa escindida, era necesario acordar que la sociedad matriz garantizase fehacientemente la misma y se responsabilizase solidariamente de la ejecución del contrato, de lo cual se dio traslado a la concesionaria con fecha 22 de noviembre de 2013.

21.- Con fecha 22 de noviembre de 2013, A presentó escritos de alegaciones en los que declaraba que:

- B quedó desde la fecha de la escisión subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato.

- Que puesto que la aportación se hizo con todos los elementos del activo así como con los medios humanos, técnicos y materiales con los que se venía prestando el servicio, consideraba que la solvencia técnica era la misma que cuando se adjudicó la concesión.

- Que A, seguía respondiendo de todas las obligaciones traspasadas a las beneficiarias de la escisión.

22.- El 22 de mayo de 2014, M.T.G.B., en nombre y representación de A, y en calidad de persona autorizada de la entidad B, presentó escrito en el que reiteraba lo manifestado en su escrito de 22 de noviembre de 2013.

23.- Con fecha 6 de junio de 2014, la Intervención Municipal manifestó que, a la vista de lo dispuesto en el artículo 85 del TRLCSP, y en cumplimiento del mismo, no podía exigirse más documentación para acreditar la solvencia económico-financiera de la sociedad.

24. Mediante escrito presentado el 2 de julio de 2014, el administrador único de A, se ratificó en lo manifestado en el escrito presentado el 21 de mayo de 2014.

25.- La Intervención Municipal, en informe emitido con fecha 18 de julio de 2014, expresó que del análisis del único documento disponibles con información financiera y contable, no podía deducirse el cumplimiento por parte de B, de los criterios para acreditar la solvencia económica requeridos por el pliego de condiciones administrativas particulares que, en su día, rigió la adjudicación del contrato.

Asimismo, informaba que A, desde la fecha de adjudicación de la concesión no estaba atendiendo el pago de las facturas derivadas de los principales suministros del centro deportivo. Indicaba que, en principio, alegó discrepancia en la interpretación del contrato, lo cual determinó la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, que resolvió confirmando la obligación por parte del contratista del abono de dichos gastos. Aún contando con dicha resolución siguió sin abonar regularmente dichos gastos y sin tramitar el cambio de titularidad de dichos suministros, ascendiendo el total adeudado a 21.364,62 euros en concepto de suministro de agua y a 191.901,92 euros en concepto de suministro de

energía eléctrica, importes que los suministradores seguían reclamando al Ayuntamiento.

Concluía manifestado que no podía esperarse por parte de A, un compromiso efectivo de responsabilidad solidaria a favor de B, por lo que consideraba adecuada una prestación de garantía.

26.- La mesa de contratación, en sesión celebrada el 21 de julio de 2014, acordó requerir a B, para que en el plazo de un mes acreditase la solvencia económica y financiera, pudiendo acreditar la misma mediante un compromiso de financiación de una entidad financiera que alcanzase el importe total de la inversión a realizar al inicio de la actividad (400.000 €).

27.- Con fecha 30 de julio de 2014, A, presentó escrito en el que solicitaba la resolución del contrato, de la cual responsabilizaba al Ayuntamiento, solicitando asimismo la devolución de la fianza depositada (100.550 euros), que el Ayuntamiento recibiese la instalación, haciéndose cargo de la prestación del servicio, y procediendo al pago de las obras e instalaciones efectuadas así como a instruir el pertinente procedimiento de resolución del contrato por causa imputable a la Administración, en el que se valorasen los daños y perjuicios ocasionados a la entidad, así como el lucro cesante correspondiente.

28.- Con fecha 17 de septiembre de 2014 E comunicó al Ayuntamiento que como consecuencia de no haberse producido el pago de la deuda vencida, se iba a proceder a solicitar a la empresa distribuidora la suspensión del suministro eléctrico para el próximo día 22 de octubre de 2014, requiriendo el pago de la deuda.

29.- La mesa de contratación, en sesión celebrada el 17 de noviembre de 2014, acordó por unanimidad proponer al órgano de contratación la resolución del contrato.

30.- Mediante escrito presentado el 2 de diciembre de 2014, A informaba que continuaban sin resolverse las incidencias de las goteras producidas en el centro deportivo, por lo que se veían obligados a cerrar parcialmente el mismo.

31.- Con fecha 5 de febrero de 2015, el jefe de Servicio de Deportes emitió informe en el que, vistos los reiterados incumplimientos por parte de A, tanto en el pago de los diversos suministros, como en el cambio de titularidad de los mismos, proponía el inicio de los trámites necesarios para la resolución del contrato suscrito.

32.- La Secretaría General del Ayuntamiento, con fecha 13 de febrero de 2015, emitió informe en el que señalaba la procedencia de iniciar expediente de resolución de contrato por incumplimiento culpable del contratista, con la eventual incautación de la garantía definitiva constituida.

33.- El jefe de Servicio de Contratación y Patrimonio, con fecha 13 de febrero de 2015, emitió propuesta de resolución que concluía proponiendo el inicio de expediente de resolución del contrato, la incautación de la garantía definitiva constituida, otorgar trámite de audiencia a A, y suspender, en el caso de que se formulase oposición por parte del contratista, el plazo máximo legal para resolver.

La Intervención Municipal emitió informe sobre el procedimiento de resolución del contrato, con fecha 17 de febrero de 2015.

34.- La Junta de Gobierno Local, acordó con fecha 23 de febrero de 2015: iniciar expediente de resolución del contrato, por incumplimiento culpable del contratista, otorgarle trámite de audiencia y suspender, en el supuesto que se formule oposición a la resolución por parte del contratista, el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el

tiempo que medie, entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe del Consejo Consultivo.

35.- El 9 de marzo de 2015, M.T.G.B., en nombre y representación de A, presentó recurso de reposición contra la liquidación del canon de la concesión por importe de 120.000 euros.

36.- El 30 de marzo de 2015, en sendos escritos presentados por A y por B, solicitaban la nulidad del trámite de audiencia, o que, subsidiariamente se le diese traslado de copia del expediente administrativo con concesión de prórroga para la presentación de alegaciones. Asimismo, manifestaban su oposición a la resolución de contrato.

37.- El 24 de marzo de 2015 A retiró la documentación solicitada, correspondiente a todo el expediente administrativo.

38.- Mediante Decreto de 25 de marzo de 2015, se resolvió conceder a A la ampliación del plazo del trámite de audiencia, el cual concluía el día 8 de abril de 2015.

39.- Mediante Decreto de 7 de abril de 2015, se inadmitió por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por A contra la liquidación del canon por importe de 120.000 euros.

40.- Con fecha 10 de abril de 2015, A presentó escrito en el cual, en síntesis, solicitaba se procediese al archivo del expediente de resolución por causa imputable al contratista por estimar que no existía causa para resolver el contrato, dado que existía una causa previa de resolución imputable al Ayuntamiento y haberlo así solicitado el contratista, así como por no cumplir con los principios de proporcionalidad en la decisión adoptada respecto al presunto incumplimiento y, en consecuencia, no se acordase la incautación de la fianza definitiva constituida.

41.- Con fecha 11 de mayo de 2015, se comunicó a la adjudicataria, a la entidad escindida, y al avalista, la suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, dado que con fecha 12 de mayo se remitió al Consejo Consultivo la solicitud de Dictamen, de acuerdo con lo acordado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 23 de febrero de 2014.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato (según doctrina de este Consejo Consultivo), así como a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP).

En este sentido, el artículo 211.3 a) del TRLCSP, establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de *“a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se ha formulado por el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Majadahonda, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LCC.

SEGUNDA. - En cuanto al 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 esta”*.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere, que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211 del TRLCSP dispone, como ya se ha indicado, que es 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 contratista.

Por su parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen

Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales.

Conforme la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista, que ha podido formular alegaciones a lo largo del procedimiento.

Por otra parte han emitido diversos informes los Servicios Técnicos y Jurídicos municipales, así como la Intervención y la Secretaría General, y del mismo modo se ha dado audiencia al avalista.

Por último, en cuanto al requisito temporal, el procedimiento se inició mediante Acuerdo de 23 de febrero de 2015, por lo que en las fechas actuales, el plazo máximo para resolver el contrato, que es de tres meses en virtud de la aplicación supletoria de la LRJ-PAC (en particular, de su artículo 42.3), habría expirado.

Sin embargo, el Ayuntamiento ha hecho uso de la facultad de suspensión del plazo para resolver el procedimiento, al amparo del artículo 42.5.c), de modo que su cómputo se encuentra suspendido. Dicha suspensión surte efectos a partir de la solicitud a este Consejo del Dictamen preceptivo, dado que así se estableció en el Acuerdo de inicio del procedimiento, solicitud que se emitió el día 11 de mayo de 2015 (recibida en este Consejo el mismo día).

En este punto, se advierte al órgano solicitante, del escaso plazo que resta para la resolución del procedimiento, ya que se inició el 23 de febrero y no se puede entender suspendido sino a partir del 11 de mayo de 2015.

Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren o no las causas de resolución del contrato, en los

términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo; dicha cuestión deberá ser resuelta de conformidad con lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de acuerdo con la disposición transitoria primera del TRLCSP, ya que el expediente de contratación se aprobó en el mes de julio de 2011.

El órgano de contratación pretende resolver el contrato, basándose en que el contratista ha incumplido su obligación de pago de diversos suministros de las instalaciones deportivas, así como por no haber acreditado las condiciones de solvencia exigibles en los supuestos de sucesión del contratista, aspectos que debemos analizar por separado.

TERCERA.- Sobre el incumplimiento del contratista de su obligación de abono de los suministros, como causa de resolución.

El Ayuntamiento considera que tal hecho constituye causa de resolución, por contravenir una obligación esencial del contrato, y ello por varios motivos: al haberlo estimado así este Consejo en su Dictamen 268/13 (emitido con ocasión precisamente de la interpretación de esta obligación contractual), y por incurrir igualmente en los supuestos de los apartados c) y h) de la cláusula XIV del pliego, que establecen como obligaciones esenciales respectivamente; *“desobedecer reiteradamente las órdenes dictadas por el Ayuntamiento de Majadahonda”* y *“no cometer cualquier infracción que por su gravedad menoscabe el prestigio del Ayuntamiento de Majadahonda”*.

Debemos partir, que 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, este Consejo se ha planteado 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. Ya decíamos en el último Dictamen citado 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.

Expuestas estas consideraciones jurídicas, podemos precisar diversos aspectos.

Carece de razón el Ayuntamiento cuando considera que el incumplimiento de la obligación del pago de los suministros tiene carácter esencial a efectos resolutorios del contrato, y ello por varias razones.

En primer lugar, resulta con claridad, que el impago de suministros no está contemplado en el pliego como causa de resolución, por lo que, a priori, y según el criterio expuesto, no podría resolverse el contrato por tal causa, salvo que ello afectara a un elemento esencial del contrato.

El Ayuntamiento, conocedor de tal circunstancia, esgrime que el carácter esencial de tal obligación se lo ha otorgado nuestro Dictamen 268/13; dicho Dictamen fue emitido al someter a este Consejo una duda interpretativa: la adecuación a derecho del ejercicio por el órgano de contratación de la potestad de interpretar el contrato en relación con la

obligación de pago de todos los suministros del centro deportivo; en definitiva, si su pago correspondía al Ayuntamiento o al contratista.

En el Dictamen precitado decíamos:

«En el presente caso, constituyendo el objeto de la concesión una instalación deportiva con piscina, salas de fitness y musculación y, cuando se finalice su construcción, pistas de pádel y aparcamiento, resultan indispensables –para la prestación del servicio– los suministros de agua, electricidad, gas para que los usuarios puedan disfrutar de las instalaciones. Es obvio que un elemento esencial para el funcionamiento de una piscina es que tenga agua, y si la piscina, como es el caso, es climatizada, deberá calentarse el agua a través de una caldera. Los contratos de suministro de agua, energía y teléfono son, por tanto, prestaciones esenciales para el cumplimiento de la obligación del contratista consistente en el funcionamiento de las instalaciones deportivas, y que, por tanto, tiene obligación de contratar, debiendo recordar que la cláusula decimocuarta PCAP prevé que “el servicio se prestará por el contratista durante el plazo de duración del contrato, siendo de su cuenta los gastos que origine en general el funcionamiento del mismo”.

Parece claro, por tanto, que los consumos de agua, electricidad, gas, teléfono, necesarios para el funcionamiento de la instalación deportiva y, por tanto, para la explotación del servicio, serán de cuenta del contratista».

Sin embargo, no podemos compartir el criterio del Ayuntamiento; no cabe confundir el carácter esencial de una obligación, cuando se califica como tal a los efectos de interpretar, conforme el contrato, a quién pertenece su cumplimiento, con que la misma nota de esencialidad lo sea a

efectos de proceder a la resolución del contrato, sin estar previsto tal circunstancia en el pliego.

Dicho de otra forma, el hecho de que los suministros sean esenciales para desempeñar correctamente la gestión de las instalaciones que nos ocupan, no convierte automáticamente en “esencial” dicha obligación a los efectos de proceder a la resolución del contrato.

A ello cabe añadir, que en nuestro Dictamen 268/13, no solo contemplamos el aspecto precitado, sino que la obligación del contratista del pago de los suministros venía contemplada en el proyecto de explotación del contrato (como gastos de funcionamiento), que formaba parte de la oferta del entonces adjudicatario.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en todo caso, el incumplimiento debe revestir una especial gravedad atendidas las circunstancias que concurran. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al manifestar que *“la resolución por incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato”* (Dictamen núm. 52.006, de 9 de junio de 1988).

Así también lo ha considerado el Informe 20/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En el mismo se recoge que (del que nos hicimos eco en nuestro dictamen 403/13):

“(…) La LCSP solventa los problemas de interpretación suscitados respecto del alcance del término “obligaciones esenciales”, exigiendo expresamente que ese carácter esencial esté previsto en los pliegos o en el contrato.

La conclusión señalada no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista, si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 de mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas con tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos”.

En el caso que nos ocupa, no puede estimarse la existencia de un incumplimiento grave y reiterado, habida cuenta que, por una parte, la determinación de a qué parte— Administración o contratista —, correspondía la obligación del pago de los suministros, fue objeto de una consulta por el propio Ayuntamiento a este Consejo, sobre interpretación del contrato. No parece muy coherente que, si el Ayuntamiento dudaba de quién debía hacer frente a los suministros de la instalación, esgrima ahora que la falta de pago por parte del contratista constituye causa de resolución, basándose en que conforme nuestro criterio correspondía a este último.

Además, también hay que tener en cuenta que, nuestro Dictamen fue recibido por el Ayuntamiento el 10 de julio de 2013, y que la Junta de Gobierno Local, tras su reunión de 29 de julio de 2013, asumió nuestra conclusión (no vinculante) y notificó a la empresa contratista su resultado con fecha 12 de agosto de 2013. La empresa ha procedido a cambiar a su favor la titularidad de los contratos de suministro, “a partir de octubre de 2014”, según manifestó en sus alegaciones.

A pesar de este lapso de tiempo, lo cierto es que el contratista (que en ese período ha estado inmerso en un proceso de escisión societaria), ha cumplido con su obligación, y responde puntualmente a la facturación de

los suministros, manteniendo con el Ayuntamiento una deuda económica derivada de las facturas anteriores, para cuyo pago la Administración municipal, en el seno del contrato, tiene cauces para su cobranza, sin que deba recurrir necesariamente a la resolución del vínculo contractual.

No se puede compartir, en definitiva, que el período entre el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local y el efectivo cambio de titularidad de los contratos por parte de la empresa, constituya causa de resolución del contrato, atendidas las circunstancias existentes, como ha quedado expuesto.

Tampoco podemos dejar de señalar, un aspecto relevante respecto de las vicisitudes de la ejecución del contrato.

Nos encontramos con una concurrencia de posibles incumplimientos de ambas partes, pues ya el 30 de julio de 2014, el adjudicatario solicitó la resolución del contrato, dado que el Ayuntamiento no había puesto a su disposición, en el plazo previsto, 10 pistas de pádel y 131 plazas de parking, además de diversas deficiencias en las instalaciones. La Administración municipal, lejos de cumplir con su obligación de dirimir esta controversia y resolver expresamente lo solicitado por la empresa, guarda un silencio administrativo que obligó a ésta a presentar recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud (que se tramita ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 27 de Madrid, recurso 67/2015).

En este sentido, como decíamos en nuestro Dictamen 373/12, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo, han puesto de relieve la falta de pronunciamiento de las normas sobre contratación administrativa, sobre aquellos supuestos de concurrencia de incumplimientos de las partes contratantes en la determinación de los efectos propios de la resolución de los contratos. El Consejo de Estado en su dictamen 1270/1993, de 2 de

diciembre, emitido al Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se hizo eco de la necesaria regulación de esta cuestión puesto que, según señala, *“no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento”*.

Es cierto, que los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la suspensión o resolución en los casos previstos en la legislación de contratos, debiendo el contratista instar tal suspensión o resolución, pero sin que éste pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o retraso por el órgano de contratación de las suyas (dictámenes 331/11 y 532/09). Se trata de la prohibición de la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, tampoco cabe desconocer, que el ejercicio de las prerrogativas administrativas debe realizarse de acuerdo con los principios de equidad y buena fe. Así lo recogimos en nuestro Dictamen 367/12 549/13, al señalar que *“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 han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios (...)”*.

Ni la equidad, la buena fe, ni la necesaria proporcionalidad en las decisiones administrativas, son compatibles con pretender convertir en esencial a efectos resolutorios del contrato, una causa no prevista como tal en los pliegos, que además fue objeto de una duda interpretativa, sin que obste a ello reconocer que sí ha existido un incumplimiento del contratista, que es deudor de las facturas atrasadas e impagadas, y a cuyo

pago y por los medios adecuados, puede ser compelido por la Administración municipal.

Por último, y en lo que a los efectos del impago de los suministros se refiere, tampoco cabe admitir que dicho incumplimiento sea constitutivo de las causas de resolución de los apartados c) y h) de la cláusula XIV del pliego, que establecen como obligaciones esenciales respectivamente; *“desobedecer reiteradamente las órdenes dictadas por el Ayuntamiento de Majadahonda”* y *“no cometer cualquier infracción que por su gravedad menoscabe el prestigio del Ayuntamiento de Majadahonda”*.

En cuanto a la primera, lo contrario sería tanto como convertir en causa de resolución cualquier desobediencia del contratista; por su parte no parece que un impago de la empresa que gestiona una instalación pública, sea constitutivo de una grave infracción que menoscabe el prestigio del Ayuntamiento (que además ha invitado nuevamente a la contratista que nos ocupa a participar en una licitación de la concesión administrativa de otro centro deportivo, con fecha 27 de octubre de 2014).

Ambas causas de resolución previstas en los pliegos, deben ir referidas a las vicisitudes en la propia ejecución de las prestaciones materiales del contrato, sin que puedan extenderse a la discusión o a la falta de entendimiento sobre un concreto aspecto económico del mismo.

CUARTA.- Menos compleja se ofrece la decisión, sobre si existe o no causa de resolución por el incumplimiento de las condiciones de la solvencia requerida en los casos de escisión empresarial.

Así, el artículo 73 bis de la LCSP, redactado conforme la LES, establece, al igual que el actual artículo 85 TRLCSP, que:

“En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad

absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquella de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario”.

Mediante escrito de 2 de julio de 2014, la entidad adjudicataria manifestó al Ayuntamiento que *“se responsabiliza solidariamente con la escindida B, de la ejecución del contrato de concesión administrativa del servicio público de prestación de actividades deportivas en el Centro Deportivo nº 7 suscrito entre el Ayuntamiento de Majadahonda y A”.*

Se da cumplimiento con ello al requisito exigible para que sea válida la sucesión empresarial, y la empresa cesionaria se haga cargo de las obligaciones dimanantes del contrato (así por otra parte lo consideraron tanto el Interventor Municipal como la Secretaría General en sus informes).

No cabe por tanto, cumplido el compromiso de responsabilidad solidaria, exigir mayor documentación a la empresa escindida (ni mayor garantía como ponía de manifiesto también el Interventor Municipal).

Por todo ello debe rechazarse que concurra causa de resolución contractual por falta de solvencia de la entidad escindida.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede resolver el contrato de *“gestión de servicios públicos mediante concesión administrativa, del servicio público de prestación de actividades deportivas en el centro deportivo n.º 7 “Valle de la Oliva”* suscrito con A, al no concurrir las causas de resolución invocadas por el Ayuntamiento de Majadahonda.

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

Madrid, 10 de junio de 2015