

Dictamen n^o: **368/12**
Consulta: **Alcalde de Boadilla del Monte**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **20.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la resolución de la concesión demanial sobre el centro de empresas municipal concedida a la mercantil A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de mayo de 2012 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo una solicitud de dictamen del Ayuntamiento de Boadilla del Monte formulada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno sobre la resolución de la mencionada concesión. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 333/12, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 20 de junio de 2012.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, resultan de interés los siguientes hechos:

El 28 de noviembre de 2007, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Boadilla del Monte aprobó los pliegos de prescripciones y cláusulas técnicas particulares que habían de regir las condiciones del contrato relativo a la *“concesión demanial sobre el centro de empresas municipal para el fomento, desarrollo, creación y consolidación de la actividad empresarial y de empleo en el municipio de Boadilla del Monte, mediante su explotación y gestión”*.

El 5 de marzo de 2008, la Junta de Gobierno Local dejó sin efecto esos pliegos procediendo a aprobar los pliegos de cláusulas económico-administrativas particulares y prescripciones y cláusulas técnicas particulares a regir en el concurso público para adjudicar la *“concesión demanial sobre el centro de empresas municipal para el fomento, desarrollo, creación y consolidación de la actividad empresarial y de empleo en el municipio de Boadilla del Monte, mediante su explotación y gestión”*. Dicha concesión se otorgaría por procedimiento abierto mediante concurso (folios 78-107, carpeta I-A).

El canon a abonar consistiría en un mínimo del 15% de los ingresos netos realizados por el concesionario (siendo mejorable en la oferta del adjudicatario) y la duración de la concesión sería de doce años, prorrogables por periodos de dos años hasta un máximo de dieciséis (incluido periodo inicial y prórrogas).

El pliego recogía una serie de penalidades a imponer por la Alcaldía *“sin perjuicio de la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista”* (folio 85, carpeta I-A).

En cuanto a la resolución del contrato, el pliego de cláusulas administrativas establecía *“Son causas de resolución del contrato, y por*

tanto de la extinción de la concesión, la no constitución de la garantía definitiva, la no formalización del contrato en los plazos establecidos por causas imputables al mismo, el impago del canon, el destinar el Centro de Empresas a fines distintos de los previstos en el pliego de condiciones, el incumplimiento del concesionario de las obligaciones contractuales, por desaparición o desafectación del bien sobre el que se otorga la concesión, por renuncia del concesionario, y en definitiva por las causas previstas en el TRLCAP, y con los efectos señalados en el mismo”.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, la Junta de Gobierno Local en sesión de 28 de mayo de 2008 adjudicó la concesión a la mercantil A con un canon anual del 18%.

El contrato se formaliza el 11 de julio de 2008 por el alcalde de Boadilla del Monte y el representante de la citada empresa.

Consta que con fecha 25 de noviembre de 2009 se aportó el expediente de contratación de la concesión a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud del requerimiento efectuado por dicha Sala en el marco de las diligencias previas 1/09, procesos penales 9/09.

Con fecha 2 de febrero de 2010, la técnico de Formación y Empleo del Ayuntamiento de Boadilla del Monte emite un informe sobre el grado de cumplimiento del contrato por la concesionaria destacando (folios 6-9, carpeta II):

- Falta de presentación en fecha del balance anual de ingresos y gastos 2009.
- Existen mejoras sin ejecutar y tampoco se ha presentado un plan de calidad para el control de la concesión.

El 9 de febrero de 2010, la citada técnico emite un informe relativo a las propuestas efectuadas por la concesionaria para solucionar esos problemas.

El 15 de marzo de 2010, el Ayuntamiento requiere a la concesionaria para que cumpla una serie de mejoras y obligaciones pendientes (folios 46-47 carpeta II).

El 31 de marzo ese requerimiento es contestado por la concesionaria poniendo de manifiesto una serie de deficiencias del edificio y dando respuesta a otros incumplimientos alegados por el Ayuntamiento (folios 48-56, carpeta II).

El 9 de abril de 2010, el concesionario interpone recurso de reposición contra la providencia de apremio relativa al impuesto sobre bienes inmuebles del ejercicio 2009 el cual es desestimado por resolución de 30 de abril.

Por informes de 4 y 5 de mayo de 2010, el Ayuntamiento responde las cuestiones planteadas por el concesionario. Este responde el 19 de mayo al informe del 5 anterior que, a su vez, es contestado por el Ayuntamiento el día 25 de mayo.

El 30 de junio de 2010, el área de patrimonio del Ayuntamiento emite informe jurídico en el que plantea la posibilidad de acordar la resolución de la concesión (folios 93-99, carpeta II).

El 8 de noviembre de 2010, el Pleno del Ayuntamiento acuerda incoar un expediente de resolución de contrato y extinción de concesión demanial.

Dicho acuerdo se notifica al concesionario y a la entidad avalista concediendo diez días para formular alegaciones.

El 22 de diciembre presenta alegaciones (folios 1-576, carpeta III-A) el concesionario destacando, además de una serie de consideraciones generales sobre la actuación del Ayuntamiento, dos tipos de alegaciones:

- Diversos incumplimientos por el Ayuntamiento del pliego de condiciones tales como deficiencias del edificio, falta de pago por los locales desocupados, incumplimiento por el ayuntamiento de la finalidad del contrato al admitir arrendatarios que no cumplirían los requisitos y repercusión al concesionario del impuesto sobre bienes inmuebles.
- Respuesta a los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento.

Concluye reclamando el pago de 86.729,82 euros más los intereses legales y que el Ayuntamiento dote al Centro de todas las instalaciones detalladas en el acuerdo de adjudicación.

Con fecha 23 de febrero de 2011, el área de patrimonio solicita informe a la técnico del Ayuntamiento para contestar las alegaciones del concesionario.

El 25 de febrero dicha técnico remite nota interior indicando que desde que a finales de septiembre de 2010 se le retiraron las funciones de supervisión del centro de empresas no conoce la evolución posterior de la ejecución de la concesión por lo que no puede realizar el informe salvo que se le traslado de toda la documentación existente.

El 2 de marzo de 2011, el área de patrimonio comunica a la técnico que no existe más documentación que la existente en el expediente y que ha sido alegada por el concesionario.

En escrito de 8 de marzo la técnico indica que el hecho de que no consten por escrito no significa que no haya habido actuaciones y reitera su solicitud de documentación.

El 22 de marzo de 2011, el área de patrimonio da traslado a la técnico de la documentación remitida por el coordinador municipal (folios 10-182, carpeta III-B-1).

Por escrito de 26 de abril de 2011, la técnico manifiesta que no puede realizar el informe sino sobre la situación hasta agosto de 2010.

Por escrito de 11 de marzo, la concejal de Juventud e Infancia, Formación, Empleo y Comercio designa a la técnico para que realice un informe sobre la interpretación de los pliegos en cuanto al pago por los locales desocupados.

El 30 de mayo de 2011 se emite un informe por la citada técnico en el que se responden las alegaciones del concesionario. Reitera la existencia de incumplimientos por el concesionario (folios 201-359, carpeta III-B-1)

Con fecha 3 de junio de 2011, la técnico manifiesta que en su informe no se contesta la reclamación por los periodos en los que los despachos no estuvieron ocupados por carecer de documentación para ello.

El 20 de julio de 2011 la concesionaria presenta un escrito en el que manifiesta que no ha de pagar el impuesto sobre bienes inmuebles.

El 16 de agosto de 2011 se contesta por el Ayuntamiento dicho escrito indicando su condición de sujeto pasivo del impuesto.

El 5 de septiembre de 2011, el área de patrimonio emite informe jurídico sobre la posible resolución del contrato indicando que el procedimiento ha caducado, proponiendo incoar nuevo expediente con conservación de actos (folios 392-397, carpeta III-B-1).

TERCERO.- El 1 de marzo de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda declarar caducado el procedimiento de resolución iniciado por acuerdo plenario de 8 de noviembre de 2010 e iniciar un nuevo

procedimiento de resolución concediendo al concesionario y a la entidad avalista un plazo de 10 días naturales para formular alegaciones.

El 22 de marzo de 2012, la concesionaria presenta escrito de alegaciones (folios 471-1011, carpeta III-B-2).

En las mismas se opone a la resolución con base en los siguientes argumentos:

a) El acuerdo de incoación le genera indefensión al desestimar las alegaciones presentadas en el anterior procedimiento de resolución sin una motivación que permita conocer las razones de la Administración para tal desestimación.

b) Se dispone la conservación de actos y trámites en tanto que el artículo 44.2 de la LRJ-PAC establece que la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones. Cita la interpretación que de tal precepto efectúa la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004.

c) Considera que no se ha incumplido ninguna obligación esencial que justifique la resolución del contrato. Entiende que, en realidad, lo que ha existido es una serie de incumplimientos del Ayuntamiento y deficiencias del edificio que han perjudicado notablemente la correcta ejecución del contrato.

d) A juicio del concesionario los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento no cumplen el requisito de proporcionalidad que ha de presidir la resolución de los contratos.

e) Declara que el pliego no recogía un plazo para la presentación de la memoria anual de actividades y que, frente a lo indicado por la Administración, sí se ha presentado un plan de calidad.

f) En cuanto a los incumplimientos denunciados por el Ayuntamiento, la concesionario considera que ha cumplido sus obligaciones salvo en la colaboración para la entrega de un premio en el que su colaboración está condicionada a la iniciativa municipal.

g) La implantación de un servicio de videoconferencia no ha podido llevarse a cabo por la inexistencia de medios técnicos en el edificio y por *“falta de medios económicos en base a los estudios realizados”*.

h) La cafetería no ha podido instalarse al carecer el edificio de un espacio asignado a ese fin sin que el Ayuntamiento haya admitido la alternativa propuesta por el concesionario.

i) Considera cumplidas sus obligaciones en materia de personal presentando un contrato de trabajo e indicando la empresa que asume la prestación del otro puesto de trabajo.

j) Considera que no está obligada por la normativa de riesgos laborales a realizar el plan de autoprotección requerido por el Ayuntamiento cumpliendo los deberes de información exigidos por esa normativa.

k) Reitera que no ha existido voluntad incumplidora frente a lo que considera que es una actuación de la Administración que incumple varias de sus obligaciones.

l) Considera nulo el acuerdo de incoación al amparo del artículo 62.1 f) LRJ-PAC.

El día 23 de marzo de 2012 se presenta un escrito de la concesionaria relativa a los problemas planteados con un arrendatario que es contestado por informe de la técnico de 27 de marzo (folios 1013-1023, carpeta III-B-3).

El 3 de mayo se emite informe por la técnico municipal en el que se responde a las alegaciones presentadas por la concesionaria.

El informe se inicia destacando que el concesionario ha incumplido reiteradamente plazos establecidos en los pliegos e instrucciones dirigidas por la Administración

En cuanto a las alegaciones formuladas por el concesionario, el informe destaca que:

a) Las deficiencias del edificio alegadas fueron solucionadas por la Administración o bien son meros incumplimientos del concesionario (humedades, cafetería, ordenadores).

b) La reclamación por los despachos desocupados no debe ser abonado por el Ayuntamiento salvo que ello sea debido a causas imputables al mismo. En otro caso, entra dentro del riesgo y ventura del contratista.

c) Lo alegado por el contratista sobre el pago del impuesto sobre bienes inmuebles afecta a actos consentidos y firmes.

d) Las quejas sobre las tarifas de alquiler de las aulas afectan a una facultad del Ayuntamiento.

e) El concesionario ha incumplido la obligación esencial de reclamar las mensualidades que adeuden los arrendatarios.

f) Destaca que la concesionaria ha realizado fotos dentro de un despacho lo cual podría constituir un ilícito penal.

g) La presentación de la memoria anual de actividades fue tardía y el plan de calidad no consta que se haya presentado.

El 18 de mayo de 2012 emite informe jurídico el secretario general del Ayuntamiento en el que se contestan la argumentación del escrito de

alegaciones del concesionario. Considera que, a partir del informe de la técnico de Formación y Empleo se puede considerar acreditado el incumplimiento de una serie de obligaciones del concesionario que no pueden ser contrarrestadas por unos hipotéticos incumplimientos de la Administración concedente.

Señala que procede la resolución de la concesión si bien habrá de solicitarse dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, siendo conveniente la suspensión del plazo para resolver al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC.

Con fecha 18 de mayo de 2012, emite informe la interventora municipal que considera que no ha de pronunciarse sobre la resolución sino sobre las posibles consecuencias de la misma.

Según la interventora deberá liquidarse el canon del 2011 y determinar si se han de pagar las rentas por los locales desocupados. El concesionario deberá pagar los recibos del impuesto sobre bienes inmuebles pendientes de pago y se fijará la posible indemnización por los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento.

Con fecha 17 de abril de 2012, el concejal de Juventud, Deportes, Formación y Empleo solicita al área de patrimonio un informe sobre los trámites del procedimiento caducado que es posible conservar.

El área de patrimonio contesta por nota interior de 25 de abril en la que señala que se dispondrá la conservación de todos aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse producido la caducidad del procedimiento y especialmente los requerimientos efectuados al concesionario para exigir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, los informes municipales que sobre dicho incumplimiento hayan sido emitidos y, en general, cualquier trámite directamente relacionado con lo anterior.

El 18 de mayo de 2012 se formula por la tercera teniente de alcalde delegada de economía y patrimonio una propuesta de acuerdo por la que propone desestimar las alegaciones de la empresa concesionaria y resolver la concesión con incautación de la garantía definitiva sin perjuicio de las indemnizaciones que en su caso procedan.

Por decreto de la tercera teniente de alcalde delegada de economía y patrimonio de 18 de mayo de 2012 se acuerda suspender el plazo para resolver a la espera del dictamen del Consejo Consultivo, notificándose este acuerdo al concesionario.

En tal estado se remite a este Consejo para su informe.

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 quinto 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 *“Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”*.

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la empresa concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la LRCC.

SEGUNDA. - En cuanto al procedimiento a seguir, la normativa de patrimonio de las administraciones públicas no establece un procedimiento general más allá de las particularidades que pueden recogerse en las normas sobre propiedades especiales.

En concreto, en el presente supuesto nos encontramos ante una concesión demanial sobre un edificio de titularidad dominical en el que la concesionaria asume la obligación de gestionarlo con destino al fomento de la actividad empresarial.

Si tradicionalmente la naturaleza jurídica de la concesión ha sido discutida (con acierto afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1979 RJ 1979\2704 que “(...) *lo mejor será superar las elucubraciones hechas sobre la naturaleza jurídica de la concesión, en cuyo tema todo se cuestiona*”), lo cierto es que en el caso que nos ocupa, la cláusula 14ª del pliego de cláusulas económico-administrativas establece que en todo lo no previsto en el pliego se aplicará lo establecido en las normas sobre contratación pública (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), bienes de las corporaciones locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), patrimonio de las administraciones públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre), reglamento de servicios de las corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955), Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero por el que se regulan los servicios de información administrativa.

Finaliza dicha cláusula indicando que “*Asimismo y con carácter supletorio, regirán las disposiciones que la legislación vigente en materia de contratación dedica a los de naturaleza administrativa y en especial, los referentes a las concesiones demaniales. En defecto de las anteriores, serán de aplicación las normas del derecho privado.*”

Con base en esa remisión de los pliegos, parece lógico seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa tal y como ha realizado el Ayuntamiento, garantizando así además una mejor defensa de los derechos de los interesados.

En este sentido, debe destacarse que tras la declaración de caducidad del anterior procedimiento de resolución se ha tramitado un nuevo procedimiento en el que se ha concedido nuevo trámite de audiencia a la concesionaria y a la avalista, han emitido informes el secretario general y la intervención, se ha elaborado una propuesta de resolución y se ha remitido a este Consejo para dictamen, de tal forma que no se puede considerar que la conservación de actos a la que aludía el acuerdo de inicio haya generado cualquier tipo de indefensión al concesionario.

Por lo que respecta al plazo máximo para resolver, iniciado el procedimiento el 1 de marzo de 2012 fue suspendido por decreto de la tercera teniente de alcalde de 18 de mayo de 2012 al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC, por lo que el procedimiento no ha caducado sin perjuicio de la reanudación del plazo una vez se reciba por el Ayuntamiento el presente dictamen.

Se han cumplido los trámites procedimentales establecidos en el artículo 109 del RGLCAP, dándose audiencia a la concesionaria y al avalista y emitiendo informe el Secretario General del Ayuntamiento y la Intervención.

TERCERA.- En lo que se refiere al fondo de la cuestión, debemos partir de la premisa de que la resolución de una concesión demanial por incumplimiento de las condiciones impuestas al concesionario requiere que se trate de un incumplimiento grave como exige el artículo 100 f) LPAP.

Tanto la doctrina del Consejo de Estado como la jurisprudencia vienen exigiendo para la resolución de las concesiones y los contratos administrativos que los incumplimientos del concesionario o contratista sean graves, de tal manera que la concesión o el contrato no puedan alcanzar el fin público por el que fueron establecidos (artículo 6 LPAP y artículo 4 del TRLCAP).

Así, el Consejo de Estado en el Dictamen nº 1953, de 25 de julio de 2002, señalaba que *“Es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar al negocio concesional, no todo incumplimiento del clausulado a que se someten las concesiones administrativas de dominio público deparan de manera indefectible la caducidad. Sólo el incumplimiento grave de las condiciones esenciales de otorgamiento, en cuanto comporte un menoscabo del interés público inmanente en las concesiones demaniales, puede motivar la declaración de caducidad (dictámenes núms. 54.869, de 26 de julio de 1990; 1.054/91, de 19 de septiembre de 1991; 1.552/91, de 26 de diciembre de 1991; 75/92, de 26 de marzo de 1992; 810/95, de 11 de mayo de 1995; 4.538/96, de 20 de marzo de 1997; 1.600/97, de 14 de mayo de 1997; 3.171/98, de 30 de junio de 1998; 2.680/98, de 15 de octubre de 1998; 323/99, de 25 de febrero de 1999; 608/99, de 29 de abril de 1999; 607/99, de 10 de junio de 1999 y 2.819/99, de 18 de noviembre de 1999, entre otros). Por tanto, no todo incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones establecidas en el pliego de otorgamiento comporta la caducidad, sólo el de las obligaciones esenciales, cuando es grave, y siempre que razones de interés público lo justifiquen.”*, criterio que vuelve a recordar en el más reciente Dictamen nº 1465, de 6 de octubre de 2011 *“En lo tocante al fondo del asunto, es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar a la relación concesional, solo los incumplimientos de carácter esencial que perjudican gravemente el*

interés público inmanente en las concesiones demaniales pueden motivar la declaración de caducidad (entre otros, dictamen número 446/2004, de 25 de marzo) ”.

La jurisprudencia confirma este planteamiento, resaltando no solo el carácter esencial de la obligación incumplida sino el carácter rebelde del incumplimiento. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997: *“Tal como tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal - Sentencias de 23 de febrero de 1979, 16 de octubre de 1984, 11 de marzo de 1985, etc.- el principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe su posible resolución a los supuestos en que se potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que lo impida de forma definitiva, siendo, en todo caso, el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual únicamente el que afecta a las obligaciones principales y no el que sólo incide en las accesorias o complementarias”.*

Expresa este criterio adecuadamente la STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995), que expone esta doctrina general: *“Es cierto que, como regla general, el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato es causa de resolución del mismo, aunque el mecanismo resolutorio del art. 1124 del Código civil no juega en toda su pureza en la contratación administrativa, sino que resulta matizado por exigencias del interés público que todo contrato administrativo pone en juego. Así el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula del contrato no lleva sin más a la resolución, que se traduce en facultad de opción de la Administración de forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante imposición de sanciones o acordar la resolución con pérdida de fianza (art. 159 R.C.E.), opción que la Administración puede ejercer libremente en función de las circunstancias de cada caso. Se trata con dicha opción el evitar que*

padezca el interés público al resultar de la paralización de las obras o servicios contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el incumplimiento por equivalente (incautación de fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar. Solo en ciertos casos que señala la Ley es obligada la resolución del contrato.”

El incumplimiento defectuoso, según recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996- puede justificar la resolución del contrato siempre que afecte a obligaciones principales, si bien la resolución del contrato exige una ponderación idónea de las circunstancias concurrentes. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997, la *–ponderación (que) debe tener su máxima expresión cuando tales desviaciones devienen reales incumplimientos, generadores de una acción resolutoria contractual”*.

CUARTA.- Partiendo de estas premisas, han de analizarse los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento y su entidad a los efectos de acordar la resolución de la concesión, valorando, como no podía ser menos, las alegaciones de la concesionaria.

Según el Ayuntamiento, los incumplimientos serían los siguientes:

- Falta de presentación en fecha de la memoria anual de actividades.
- Presentación de un plan de calidad
- Mejoras sin ejecutar:
 - a) Colaboración en la organización y entrega de un premio anual al joven empresario.
 - b) Elaboración de un catálogo de ferias
 - c) Colaboración en la instalación de stands en ferias de IFEMA

- d) Colaboración en el desarrollo de empresas al dejar el centro.
- e) Inclusión de la empresa en buscadores y redes empresariales.
- f) Colaboración en la creación de un programa anual de actividades
- g) Colaboración con entidades de enseñanza y formación empresarial, otros centros de empresas, asociaciones empresariales, cámaras de comercio, etc.
- h) Web y portal virtual del centro
- i) Inclusión del centro en buscadores de internet, navegación y telefónicos.
- j) Servicio de destrucción de documentos
- k) Bolsa de empleo
- l) Asistencia a la formación empresarial
- m) Limpieza de automóviles
- n) Videoconferencia
- o) Cafetería
- p) Puesto de técnico económico-financiero a jornada completa
- q) Puesto de administrativo a jornada completa.
 - Elaboración del Plan de Autoprotección.
 - Información sobre cumplimiento de la legislación vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

La empresa responde a esos incumplimientos alegando que ha cumplido esas obligaciones y contraponiendo lo que considera que son una serie de

incumplimientos por parte del Ayuntamiento. A su vez, los servicios técnicos municipales en contestación a esas alegaciones destacan que no se han cumplido obligaciones del concesionario tales como:

- Exigencia a los arrendatarios del pago al resultar que uno de ellos debía cuatro meses de renta.
- Retraso en la presentación de las memorias de los años 2008 y 2009, en tanto que las de los años 2010 y 2011 se presentaron correctamente.
- Presentación de un plan de calidad
- Diversas actividades de asesoramiento y asistencia técnica.
- Puesto de técnico económico financiero a jornada completa.
- Elaboración de un plan de autoprotección.

Resulta complejo determinar el grado real de cumplimiento por el concesionario de sus obligaciones. En ocasiones, el Ayuntamiento alude a incumplimientos que luego la empresa ha corregido, luego no justificarían la resolución contractual; en otras, alega que carece de información para poder saber si se han cumplido las obligaciones por lo que tampoco podría servir de causa para la resolución y en cuanto al plan de autoprotección, termina por reconocer que no es preceptiva su realización (folio 1040 carpeta III-3-B).

A juicio de este Consejo, resulta acreditado que la empresa ha incumplido las siguientes obligaciones:

- a) Presentación de un plan de calidad
- b) Inclusión de las empresas en buscadores y redes empresariales
- c) Inclusión del centro en buscadores de internet

- d) Bolsa de empleo
- e) Videoconferencia, servicio de indexado de información y encriptados técnicos.
- f) Servicio de cafetería
- g) Puesto de técnico económico-financiero a jornada completa

Por tanto, si bien es cierto que alguno de esos incumplimientos no puede considerarse esencial, no puede dejar de destacarse que el contratista ha incumplido de forma grave tanto obligaciones impuestas por los pliegos (plan de calidad, cafetería) como otras ofrecidas en su oferta (bolsa de empleo, inclusión en buscadores, videoconferencia, etc).

El concesionario alega que algún incumplimiento ha sido debido a que el edificio no contaba con las instalaciones adecuadas (cafetería, videoconferencia), pero olvida que los pliegos obligan al concesionario a realizar a su cargo todas las adaptaciones, obras de reforma, remodelaciones y reconversiones precisas para adecuar el centro a las necesidades operativas (folio 103 carpeta I-A). Afirmar en sus alegaciones, en contra de la obligación tan claramente impuesta en los pliegos, que no se siente vinculado a realizar obras de adaptación (folio 487, carpeta III-B-2).

Se revela así un incumplimiento voluntario que unido a los demás incumplimientos hacen que el centro con la actual concesionaria no esté funcionando de una manera óptima, destacando el Ayuntamiento las dificultades que tiene para conocer el grado de cumplimiento de sus obligaciones por el concesionario. Por ello, se puede entender que existe un conocimiento cierto por el contratista de su incumplimiento que convierte a éste en culpable. Como señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de diciembre de 2007 (recurso 10262/2004) “*La resolución de un contrato (art. 96.3 CAP) o la imposición de penalidades por*

incumplimiento de un plazo contractual exige se acredite la demora culpable. La culpa es fundamental para fijar los efectos de una resolución de una u otra naturaleza. En tal sentido el art. 113.4 LCAP establece claramente que la incautación de la garantía parte de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. Por ello si hay retraso en el cumplimiento del plazo debe examinarse si la demora deriva de causa imputable al contratista o no es atribuible al mismo. La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar.”

Además, ha de tenerse en cuenta que la obligación de destinar una zona del centro a cafetería era una obligación expresamente prevista por el pliego y que se puede calificar como esencial a la vista de la finalidad perseguida por el Ayuntamiento al crear el centro de empresas, esto es, crear unas condiciones adecuadas para el desarrollo de nuevas empresas en un entorno que las provea de los servicios adecuados para su actividad sin costes desmesurados para las mismas. Lo mismo se puede afirmar del servicio de videoconferencia, especialmente porque se trataba de priorizar a empresas del sector tecnológico tal y como afirman en el expediente el Ayuntamiento y el contratista.

Si a esos incumplimientos añadimos otros que, menos importantes, atestiguan que el concesionario no cumplió sus obligaciones contractuales, se puede afirmar como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen nº 186, de 10 de marzo de 2011 “...la suma de todos ellos permite considerar que, valorado el cumplimiento del contrato en su conjunto, se han

producido numerosas deficiencias que han afectado negativamente a la recta ejecución de la prestación.”

Acreditada la voluntad incumplidora del contratista por cuanto considera que no ha de realizar obra alguna en el edificio justificando así el incumplimiento de esas obligaciones y que esa actuación está perjudicando el normal desarrollo del contrato, ha de concluirse en la procedencia de la resolución de la concesión con incautación de la garantía definitiva.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión demanial con incautación de la garantía definitiva.

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

Madrid, 20 de junio de 2012