Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 6 / 2 0 0 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de julio de 2005.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Güímar en relación con la *resolución del contrato de concesión administrativa para la gestión de los servicios de recogida de residuos y limpieza viaria, colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Güímar con la empresa concesionaria V.: Abandono del servicio. (EXP. 158/2005 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa–Presidenta del Ayuntamiento de Güímar, es la Propuesta de Acuerdo del Pleno por el que se resuelve el contrato de concesión de los servicios de recogida de residuos, limpieza viaria y limpieza de dependencias, celebrado entre el Ayuntamiento y la empresa V., la cual se ha opuesto a la resolución contractual.

2. La legitimación de la Alcaldesa Presidenta para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo derivan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 60.3.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) de aplicación en virtud de la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TR-LCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), puesto que el contrato se adjudicó el 30 de julio de 1998, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

---

* **PONENTE: Sr. Suay Rincón.**

3. El contrato de concesión de servicio público que se pretende resolver tiene una duración de quince años y fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento. Por consiguiente, de acuerdo con el art. 22.2.n) de la Ley 7/1998, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y con el art. 60.1 LCAP, la competencia para acordar su resolución corresponde al Pleno conforme al procedimiento regulado por el art. 60 LCAP y desarrollado por el art. 26 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, aprobado por Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo (RLCAP-1995).

De donde se sigue que la competencia para acordar la iniciación del procedimiento de resolución corresponde también al Pleno, el cual adoptó al respecto el Acuerdo de 2 de marzo de 2005, a la vista de una propuesta de la Alcaldía – Presidencia que expresa que la causa de la resolución es el incumplimiento culpable de la contratista consistente en la falta de prestación del servicio por un periodo superior a las veinticuatro horas tipificada en el art. 25.1.a) del Pliego de Condiciones Económico–Administrativas y Jurídicas en relación con el art. 111.h) TR-LCAP [*rectius*, art. 112.h) LACP].

4. En la tramitación del procedimiento se ha dado audiencia al contratista, que ha realizado alegaciones oponiéndose a la resolución contractual y se ha emitido informe por la Secretaria de la Corporación. No se ha formulado una Propuesta de Resolución, pero ello no es obstáculo para emitir Dictamen porque el Acuerdo de iniciación del procedimiento expresa claramente la causa y los fundamentos jurídicos de la resolución que se persigue, habiendo tenido oportunidad la contratista de alegar sobre una y otros todo cuanto convenía a su derecho.

En aras de un principio de economía procedimental, toda vez que además este Consejo Consultivo no acordó la inadmisión *a limine* de la solicitud de Dictamen preceptivo (y sin perjuicio de que ahora, en este trance, todavía podría acordar dicha inadmisión, si lo considerara necesario y procedente), cabe consiguientemente soslayar la irregularidad apuntada, a fin de evitar dilaciones y la reproducción de trámites. Eso sí, todo ello, siempre y cuando la Propuesta de Resolución (en puridad, la que debería haber sido objeto de nuestro Dictamen) se atenga a los mismos términos expresados por el Acuerdo de 2 de marzo de 2005; en otro caso, procedería recabar una nueva opinión de este Consejo Consultivo, so pena de nulidad radical.

Por consiguiente, en la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades que impidan un Dictamen sobre el fondo.

II[1]

III

1. El art. 100.6 LCAP (actualmente art. 99.6 TR-LCAP) confiere al contratista el derecho a resolver el contrato en caso de que la Administración se demore en los pagos parciales (o el pago total) más allá de ocho meses contados a partir del vencimiento del plazo de dos meses que se regula en el art. 100.4 LCAP. El art. 100.4 LCAP está en relación con los arts. 60 y 113.1 LCAP y 26 RLCAP-1995 (actualmente arts. 59 y 112.1 TR-LCAP y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre), de los cuales resulta que la Administración a instancias del contratista que ejerce el derecho que le atribuye el art. 100.6 LCAP está obligada a dictar, a través de un procedimiento específico, un acto que declare la resolución del contrato.

El cambio que supone la nueva regulación legal respecto a la anterior es importante. Antes de la Ley 13/1995, el contratista no podía oponer la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la Administración incumplidora. La facultad de resolver el contrato por incumplimiento de la Administración correspondía sólo a ella misma y con carácter discrecional. El contratista todo lo más podía únicamente solicitar que la Administración ejerciera con carácter discrecional esa potestad.

Después de la Ley 13/1995, este planteamiento ha experimentado algunos cambios (incluso, se reconoce el derecho del contratista a suspender la ejecución del contrato); y en lo que concierne directamente al supuesto sometido a nuestra consideración, si bien la Administración sigue manteniendo la indicada potestad de resolución, se contempla ahora como causa especifica de resolución su propio incumplimiento, frente al cual la Ley otorga por consiguiente un auténtico derecho de resolución al contratista. La potestad de resolver el contrato en este supuesto, así, pues, ya no es discrecional, sino reglada.

Con esta regulación legal coincidían los arts. 15.3, 25.2 y 26.2 del Pliego de Condiciones Administrativas particulares (PCAP) que, conforme a la cláusula primera

[1] **Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.**

del contrato, forman parte del él y que, por tanto, constituyen junto con sus cláusulas la ley del contrato a la que hay que atenerse.

El art. 15.3 PCAP recoge el derecho del art. 100.6 LCAP, el 26.2 PCAP dispone que todas las cuestiones y divergencias en el cumplimiento del contrato se dilucidarán en vía administrativa, y el 25.2 PCAP establece que la resolución del contrato y sus efectos se sustanciarán en la forma señalada en el art. 137 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, RSCL (aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955). El art. 137 RSCL dispone que la declaración de caducidad de la concesión del servicio debe ser acordada por la Corporación y regula la liquidación del contrato.

Siendo ésta la regulación contractual de la resolución por incumplimiento de la Administración, es patente que necesariamente dicha resolución ha de ser expresamente declarada por ella a instancias del contratista, si aprecia que concurren los requisitos que el art. 15.3 PCAP en relación con el art. 100 LCAP establece para el surgimiento de su derecho a resolver o, en caso contrario, denegarla. Y en caso de discrepancia, con carácter general, la única vía que le queda al contratista para restablecer su derecho presuntamente quebrantado a tener por resuelto el contrato es la vía judicial contencioso-administrativa.

Así, está claramente establecido que el Pleno del Ayuntamiento por Acuerdo de 31 de marzo de 2004, notificado a la contratista el 16 de abril siguiente, rechazó expresa y terminantemente el ejercicio por la contratista de su derecho de resolución, advirtiéndole de que si abandonaba unilateralmente la prestación del servicio le obligaría a continuar prestándolo durante un año al amparo del art. 21.2 PCAP en relación con el art. 59.2 RSCL.

El tenor literal de este Acuerdo priva de todo fundamento a la interpretación de la contratista de que el Acuerdo acogió su pretensión de resolver el contrato y le obligó a continuar en la prestación del servicio durante el plazo de un año el cual habría expirado el 28 de febrero de 2005.

Ese Acuerdo de 31 de marzo de 2004 se le notificó a la contratista el 16 de abril de 2004 y frente a él ésta no interpuso el recurso potestativo de reposición, ni recurso contencioso–administrativo, por lo cual el acto administrativo devino firme y consentido.

Además, la propia conducta de la contratista impide que se atribuya a dicho Acuerdo el carácter de declaración de la caducidad de la concesión del servicio e imposición de la obligación de continuar prestándolo durante un año, porque, si tal fue su entendimiento del contenido de dicho acto –entendimiento que, se insiste, vedaba su tenor literal-, entonces pudo instar, conforme al art. 25.2 PCAP y 137 RSCL en relación con el art. 170.1 LCAP (ahora art. 169.1 TR-LCAP) el expediente de tasación de las mejoras en el servicio realizadas o soportadas por ella (véanse arts. 8, 11, 18 y 19 PCAP); y sorprende que, en efecto, no entrara el contratista en el procedimiento de liquidación del contrato, procedimiento por lo demás explícitamente contemplado en el propio pliego de cláusulas particulares: No es éste un dato desde luego definitivo, pero sí suficientemente indicativo.

2. El Acuerdo plenario de 31 de marzo de 2004 denegó la declaración de la resolución del contrato, y ante este Acuerdo se aquietó la contratista; por consiguiente, el contrato continúo vinculando a ambas partes.

El 25 de febrero de 2005, la contratista dirigió un escrito a la Administración exponiendo que el referido Acuerdo había declarado la resolución del contrato y acordado que continuara prestando el servicio durante un año más, plazo que vencía el 28 de febrero de 2005, por lo que en virtud del mutuo acuerdo alcanzado procedía dar efecto a la extinción del contrato con la restitución de los activos afectos al servicio cuyo valor neto contable según la relación que presentaban le debía ser abonado.

Al día siguiente, la contratista dirige otro escrito al Ayuntamiento exponiendo que éste quedaba subrogado en la posición de empresario de los trabajadores del servicio, a los cuales daba de baja por subrogación ante la Tesorería General de la Seguridad Social; y le trasmitía la documentación relativa a dicho personal.

Según expresan los informes de la Policía Local de 1 y 2 de marzo de 2005, la empresa cesó en la prestación del servicio desde esas fechas.

El 2 de marzo de 2005, el Pleno del Ayuntamiento adoptó un Acuerdo por el que rechazaba la pretensión de la contratista de cesar en la prestación del servicio, puesto que el contrato estaba vigente y la Corporación no había ejercido la facultad que le reconocía el art. 21.2 PCAP; y, en consecuencia, le requería para que reanudara inmediatamente el servicio. De no hacerlo, por ese mismo Acuerdo se

decidió iniciar el procedimiento de resolución por incumplimiento culpable del contratista consistente en el abandono del servicio sin causa justificada por un plazo superior a veinticuatro horas, lo cual estaba tipificado como causa de resolución en el art. 25.1.a) PCAP en relación con el art. 111.h) TR-LCAP [antes art. 112.h) LCAP].

En su escrito de alegaciones la contratista reconoce expresamente que cesó en la prestación del servicio desde el 28 de febrero de 2005, puesto que lo consideraba resuelto por mutuo acuerdo desde el 28 de febrero de 2004 y prorrogado únicamente por el plazo de un año que expiraba en la primera fecha citada.

3. A lo sumo, así las cosas, cabe admitir la existencia de una discrepancia en el correcto entendimiento de las decisiones adoptadas por la Corporación Municipal. Pero de existir dicha discrepancia interpretativa, no puede sin embargo el contratista tratar de imponer su propia interpretación unilateral del contrato a la Administración y tratar de hacer prevalecer tal interpretación por la vía de los hechos; una interpretación por lo demás bien discutible, en tanto que la empresa tampoco acredita de modo suficientemente fehaciente, explícita o siquiera implícitamente, que realmente persiste en su intención de abandonar el servicio, y que tal es su voluntad real, como el Ayuntamiento efectivamente le requiere en su Resolución de 28 de febrero de 2004, para que sobre esa premisa pueda entenderse que el contrato está en fase de caducidad.

Menos aún, todo ello, cuando constata que la efectiva voluntad de la Administración expresada en su Resolución de 2 de marzo de 2005, que acaba de mencionarse, es justamente la contraria; todavía entonces pudo reanudar la ejecución del contrato sólo unos días después y enderezar de este modo el rumbo de los acontecimientos.

El art. 112.h) LCAP [ahora art. 111.h) TR-LCAP] permite que los contratos establezcan otras causas de resolución distintas de las que se contemplan en él. El art. 25.1.a) PCAP, con base en esta habilitación, concreta y precisa como causa de resolución el abandono de los servicios durante la vigencia del contrato, entendiéndose por tal la suspensión de los trabajos, sin causa justificada, por plazo superior a veinticuatro horas.

En el Fundamento anterior ya se ha visto que el contrato se encontraba vigente; en consecuencia, no constituye causa que justifique el abandono del servicio por más de veinticuatro horas la alegación de que estaba resuelto y prorrogado por un año.

De ahí que el abandono del servicio por la contratista constituye un incumplimiento culpable de la obligación de prestar el servicio con la continuidad convenida [art. 162.a) LCAP –ahora 161.a) TR-LCAP, en relación con el art. 2 PCAP], lo que constituye la causa de resolución del art. 25.1.a) PCAP, motivo por el que procede declarar la resolución del contrato con incautación de la garantía (arts. 114.4 y 5 LCAP, actualmente 113.4 TR-LCAP).

Conforme a los arts. 20.c) y 21.1 LCAP (idéntico al precepto correspondiente del TR-LCAP) en relación con los arts. 12.2 y 13 RLCAP-1995 (ahora arts. 18 y 19 RGLCAP), una vez adoptado el Acuerdo de resolución contractual, se debe iniciar el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar con la Administración a la empresa contratista.

C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la Resolución sometida al Dictamen de este Consejo Consultivo.