



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 5 3 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de julio de 2010.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Gáldar en relación con la *Propuesta de Acuerdo Plenario por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo, suscrito el 20 de julio de 1998, con la entidad C.Z.C.N.G.C., S.A., para la gestión del servicio público del Cementerio y Tanatorio Municipal (EXP. 490/2010 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Gáldar, es la Propuesta de Acuerdo plenario de resolución del contrato administrativo de adjudicación de la gestión mediante concesión del servicio público de cementerio y tanatorio.

2. El contrato fue suscrito el 20 de julio de 1998, bajo la vigencia de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Esta Ley y su normativa complementaria vigente a esa fecha son las aplicables al contrato (disposición transitoria de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la LCAP; disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP).

3. La sociedad mercantil contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de su Ley reguladora, Ley 5/2002, de 3 de junio, en relación el

---

\* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

primer precepto con el art. 26.1.c) del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial LCAP, vigente a la fecha de celebración del contrato y recogido actualmente en el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RC (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

## II

1. La Propuesta de acuerdo plenario fundamenta la resolución contractual en el incumplimiento por la contratista de las obligaciones esenciales del contrato, atendiendo a los siguientes hechos:

El tres de diciembre de 2007 el Ayuntamiento requirió a la concesionaria para que construyera 25 nuevos nichos. Este requerimiento no fue acatado por aquella, lo que obligó a que el Ayuntamiento procediera de manera urgente a la fábrica de esos nuevos veinticinco nichos por medio de una empresa de construcciones y con un coste, según la factura emitida, de 13.409,45 euros.

El trece de febrero de 2009 el Ayuntamiento requirió a la concesionaria para que fabricara con urgencia cincuenta nichos, a lo cual se negó por escrito el 20 de febrero de 2009 alegando que carecía de recursos económicos. Sin embargo, el 27 de marzo de 2009, en contradicción con su anterior escrito, solicitó autorización al Ayuntamiento para la construcción de los 50 nichos, con un presupuesto de ejecución de 32.784,57 euros, la cual fue denegada porque, ante la negativa inicial de la solicitante, se había adjudicado el 26 de febrero de 2009 un contrato menor para la construcción de los 50 nichos a una empresa constructora que por la obra cobró, según factura, 30.057,68 euros.

La concesionaria no interpuso recurso administrativo ni judicial frente a ambos requerimientos.

El 9 de marzo de 2009 el Ayuntamiento requirió a la concesionaria para que reparara la red interior de abastecimiento de agua y riego del Cementerio Municipal, puesto que la Oficina Técnica Municipal había constatado pérdidas importantes de agua con el consiguiente incremento de los recibos de su suministro.

La concesionaria no atendió este requerimiento, por lo que el Ayuntamiento ejecutó las reparaciones con un coste de 9.371,34 euros.

En octubre de 2009 el Ayuntamiento requirió a la concesionaria para que reparara y remozara los muros del cementerio y varias de sus escaleras de acceso y limpiara las zonas ajardinadas. Este requerimiento tampoco fue obedecido por la contratista, lo que obligó al Ayuntamiento a realizar estos trabajos, sin que conste su coste.

Por resoluciones de la Alcaldía, de 30 de marzo, 29 de junio y 13 de julio de 2009, se requirió a la contratista el pago de 30.057,38 euros por la construcción mencionada de 50 nichos, de 13.409,45 euros por la de los otros 25 nichos, y de 9.371,34 euros por la reparación de la red interior de agua, sin que, a la fecha de la redacción de la propuesta de resolución, hubiera abonado cantidad alguna. Frente a las resoluciones de 29 de junio y 13 de julio de 2009 la concesionaria interpuso sendos recursos de reposición que fueron desestimados por las resoluciones, de 16 y 17 de septiembre de 2009, de la Alcaldía, que devinieron firmes al no interponerse frente a ellas recurso contencioso-administrativo.

2. En los requerimientos referidos la Administración concedió plazo a la contratista para el inicio de su ejecución y le advirtió de que su incumplimiento constituiría una infracción grave (Véanse primer requerimiento y su reiteración, folios 29 y 38; segundo requerimiento, folio 48; y tercer requerimiento, folio 63).

3. En su escrito de alegaciones, la contratista se opone a la resolución contractual por las causas en que pretende fundarla el Ayuntamiento argumentando lo siguiente:

Existe un desequilibrio económico en la concesión que le ha impedido abordar los trabajos que le ha requerido la Administración por carecer de recursos para ello.

No está acreditada la existencia de la avería en la red de abastecimiento interior de agua y de riego, por lo que no debe abonar el coste de su reparación.

La Administración al realizar por sí los trabajos cuya ejecución había requerido a la contratista ha procedido a un rescate tácito de la concesión.

El Ayuntamiento al cerrar en el pasado el tanatorio durante varios meses para proceder a las obras de ampliación ha causado a la concesionaria un perjuicio económico cuantificado en 5.579'16 euros, lo cual constituye una causa de resolución contractual imputable a la Administración, según los arts. 112.g) y h) y 113.10 LCAP.

La concesionaria solicita la resolución contractual no por causa imputable a ella sino por ser deficitario el servicio. Para ello cita el fundamento jurídico tercero de la

Sentencia 139/09, de 5 de junio de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas, Sección Iª, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

### III

1. El contrato administrativo que se pretende resolver en su estipulación segunda incluye como prestaciones básicas la construcción de unidades de enterramientos de todas clases, la ejecución de los trabajos necesarios para la conservación de los cementerios, en particular de su jardinería, edificaciones e instalaciones. Este contrato declara expresamente que forma parte de él el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

El art. 1 PCAP reitera la estipulación segunda del contrato. El art. 2 fija en cincuenta años el plazo de la concesión. El art. 5 incluye entre las causas de resolución, además de las previstas en los arts. 112 y 168 LCAP, la infracción por el concesionario de sus obligaciones esenciales, previo expediente contradictorio con advertencia de las concretas deficiencias y concesión de un plazo prudencial para subsanarlas.

El art. 15.1 PACP califica de infracciones muy graves del concesionario:

a) El incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio que causen perjuicios a los usuarios o a las instalaciones.

f) El incumplimiento de la obligación de mantener en buen estado de uso y conservaciones las instalaciones, siempre que hubiere mediado requerimiento municipal para la subsanación de las deficiencias y no haya sido atendido en el plazo de un mes.

g) El incumplimiento reiterado de las órdenes del Ayuntamiento para la prestación del servicio.

El art. 8 PCAP atribuye al Ayuntamiento el control de los servicios y trabajos prestados mencionando expresamente los de conservación y reparación.

El art. 10.1.B) 2 y 10 incluye entre las obligaciones del concesionario satisfacer los gastos que origine el servicio y realizar en las instalaciones los trabajos de reparación y conservación que autorice u ordene el Ayuntamiento.

El art. 10.1.b) 14 estipula que el concesionario contratará por su cuenta y riesgo al personal sin que el Ayuntamiento en ningún caso asuma obligaciones respecto a esos trabajadores.

El art. 10.2 A) atribuye el Ayuntamiento las prerrogativas de dictar las órdenes pertinentes para la debida prestación del servicio y de asumir temporalmente su ejecución si no lo prestare el concesionario por causas no imputables al mismo.

2. El art. 112.g) y h) LCAP establece como causas de resolución el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales y las que se establezcan expresamente en el contrato.

## IV

1. El contrato y su PCAP define como una de las obligaciones esenciales del concesionario la construcción de nuevas unidades de enterramiento. El Ayuntamiento requirió en dos ocasiones al concesionario para la construcción de nuevos nichos. El concesionario desatendió en ambos casos esos requerimientos, obligando al Ayuntamiento a ejecutar por su cuenta las obras. Es significativo que al segundo requerimiento contestara que no podía afrontar la construcción de los nichos por carecer de recursos y solicitara una modificación de las condiciones económicas de la concesión y que luego, al iniciarse la construcción de los nichos por cuenta del Ayuntamiento, solicitara autorización para construirlos en contradicción con la alegada imposibilidad económica de afrontar esa obra.

2. El concesionario ha desatendido los requerimientos para que reparara las averías de la red interior de agua y de riego, la reparación y remozamiento de los muros del cementerio y de sus escaleras de acceso y la limpieza de las zonas ajardinadas; lo cual obligó al Ayuntamiento a realizar esos trabajos de conservación y mantenimiento. El contrato y el PCAP también califican de obligación esencial la conservación, mantenimiento y limpieza de las instalaciones.

3. La concesionaria también ha desoído los requerimientos de la Administración para que abonara el coste de los trabajos que debió afrontar en sustitución de aquélla.

4. El incumplimiento contumaz por parte de la concesionaria de sus obligaciones guarda relación con su pretensión de que se modifiquen las condiciones de la concesión o que ésta se resuelva de mutuo acuerdo.

5. Los hechos expuestos constituye el incumplimiento de tres obligaciones esenciales del contrato: la construcción de nuevas unidades de enterramiento; la conservación, mantenimiento y reparación de las instalaciones; y la ejecución de las órdenes de la Administración.

Concorre, por consiguiente, la causa de resolución contemplada en el art. 112, g) LCAP en relación con la estipulación segunda del contrato y con los arts. 1, 5, 10.1.B).2 y 10, 14.1 y 15.1.a), f) y g) PCAP.

6. Esta conclusión no es desvirtuada por las alegaciones de la contratista que, en primer lugar, argumenta que procede la resolución por existir un desequilibrio económico en la concesión.

Esta es una cuestión resuelta por la Sentencia 335/2008, de 29 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del Ayuntamiento de su solicitud de resolución de la concesión e indemnización de 626.683,70 euros fundamentada en que la Administración había roto el equilibrio económico financiero por su actuar de mala fe. En dicha Sentencia se señala que desde que se firmó el contrato hasta la presentación de esa solicitud al Ayuntamiento nunca se había alegado la existencia de desequilibrio económico. La Sentencia recoge igualmente que el Ayuntamiento había procedido al incremento de las tarifas por la prestación de los servicios fijadas en el PCAP y a la introducción, mediante la modificación de la Ordenanza fiscal, de otras tarifas que no figuraban en el PCAP. La Sentencia desestimó el recurso de la concesionaria. Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la Sentencia 139/09, de 5 de junio de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Las Palmas de Gran Canaria, Sección Iª; del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuyo fundamento jurídico segundo torna a subrayar que no ha habido incumplimiento contractual alguno por el Ayuntamiento, ni órdenes suyas modificando el servicio ni circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinasen en cualquier sentido la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Siendo una cuestión resuelta por Sentencia firme, tiene fuerza de cosa juzgada y a ella han de atenerse las partes sin que sea posible suscitar de nuevo las mismas pretensiones con la misma *causa petendi* sobre las que se pronunció aquélla.

El fundamento jurídico tercero de la Sentencia del TSJ de Canarias es un mero *obiter dicta*, puesto que no determina en ningún sentido el fallo, el cual, como se señaló, confirma íntegramente la Sentencia del órgano judicial *a quo*.

7. Sobre la alegación de que el Ayuntamiento, ha procedido al rescate tácito de la concesión al realizar por su cuenta las obras y trabajos cuya ejecución había requerido a la concesionaria; y que ésta sin causa que lo justificara no había acometido pese a constituir prestaciones contractuales a las que estaba obligada; se

debe indicar que el art. 167 LCAP habilita a la Administración a reparar por cualquier medio los incumplimientos del contratista que perturbaren gravemente el servicio público.

Esta adopción de medidas subsanadoras de los incumplimientos del contratista la Administración las puede adoptar, según el art. 167 LCAP, en tanto no decida la resolución contractual. Además, está obligada a adoptarlas puesto que sólo podrá acordar la intervención del servicio si la perturbación no es reparable por esas otras posibles medidas.

8. En cuanto a la otra alegación consistente en que el cierre del tanatorio durante varios meses para su ampliación por el Ayuntamiento, constituye incumplimiento por parte de este de una obligación contractual esencial, tampoco es atendible por las siguientes razones:

En primer lugar, la contratista no concreta las fechas en las que estuvo cerrado el tanatorio por las obras de ampliación, ni acredita la cuantía y perceptores de los pagos a terceros para prestar el servicio de tanatorio. En todo caso esos gastos corren por su cuenta en virtud del art. 10.1B) 2 PCAP.

En segundo lugar, el art. 13.1 PCAP prevé que durante la concesión sea necesario ampliar el cementerio o el tanatorio; que las partes, sin asumir compromiso alguno al respecto, negociarán dicha ampliación, y si no llegan a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, el Ayuntamiento libremente optará por la alternativa que considere más apropiada, sin que a la concesionaria le corresponda derecho alguno al respecto.

En la vida del contrato se contemplaba por consiguiente la eventualidad de la ampliación del tanatorio y que, si no había acuerdo al respecto, el Ayuntamiento podría ampliarlo por sí, sin que ello originara derecho alguno a la concesionaria.

La necesidad de obras de ampliación del tanatorio estaba prevista en el contrato y, por tanto, la necesidad de cerrarlo para ejecutarlas, sin que ello originara derecho alguno a la concesionaria, incluido el de resarcimiento por los gastos de prestación del servicio de tanatorio mientras permaneciera cerrado. Este gasto era una previsible vicisitud de la vida de la concesión que debe correr por cuenta del contratista ya que la gestión de ésta es a su riesgo y ventura [arts. 157.a) LCAP]. No ha habido por consiguiente incumplimiento contractual por la Administración sino ejercicio de una facultad que le confería el contrato.

En tercer lugar, la concesionaria se aquietó en su momento a la ampliación cuyas obras se ejecutaron a su ciencia y paciencia, lo cual constituye un acto concluyente de su consentimiento a que la ampliación la realizara el Ayuntamiento; por lo que no puede ahora intentar, sorpresivamente y contra la letra del art. 13.1 PACP, revocar ese consentimiento.

9. En definitiva, procede la resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario y, en consecuencia, procede la incautación de la fianza y que la concesionaria indemnice al Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados que excedan a la cuantía de aquélla (art. 114.4 LCAP, art. 5 PCAP) para lo cual, una vez resuelta la concesión, se debe iniciar con participación de la interesada el procedimiento para la determinación de esos daños y perjuicios y su resarcimiento.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo plenario es conforme a Derecho.