



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de marzo de 2012.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Firgas en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de gestión del servicio público de la Piscina Municipal de Firgas y alrededores, adjudicado a S.A.S.S., mediante concesión administrativa (EXP. 69/2012 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Firgas, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público de la Piscina Municipal de Firgas y sus alrededores.

La legitimación para la solicitud del Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) en relación con los arts. 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, y 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; preceptos básicos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución del contrato.

Por lo demás, esta regulación es aplicable de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), la cual se mantiene en el correspondiente Texto Refundido aprobado por Real Decreto

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

Legislativo 3/2011, pues el referido contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento actuante el 14 de junio de 2006, antes de haber entrado en vigor la LCSP y su Texto Refundido.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- Mediante Acuerdo plenario adoptado en sesión celebrada el día 31 de marzo de 2006, Pleno de la Corporación acordó contratar la gestión de la Piscina Municipal de Firgas y sus alrededores mediante concesión administrativa para su adjudicación por procedimiento abierto.

- Tramitado el correspondiente procedimiento, el contrato de referencia fue adjudicado S.A.S.S. mediante Acuerdo plenario adoptado en sesión celebrada el día 14 de junio de 2006.

El contrato fue formalizado, previa constitución de la garantía definitiva, el 19 de noviembre de 2006.

De acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego, la concesión se adjudicó por un plazo de 25 años y comprendía la realización de servicios deportivos, salvamento y socorrismo, administración-recepción-información, consejería y vigilancia, mantenimiento y limpieza. El concesionario debía, además, ejecutar determinadas obras en el plazo de 4 meses a partir de la formalización del contrato.

- El 2 de abril de 2009 se otorgó al concesionario, mediante Resolución de la Alcaldía, licencia municipal para ejercer en las instalaciones de la piscina la actividad dedicada a "gimnasio, centro de rehabilitación y piscina".

De la documentación que integra el expediente resulta que el Servicio Canario de la Salud había otorgado a la entidad mercantil M.P.T., S.L, representada por S.A.S.S., autorización de funcionamiento por traslado, mediante Resolución de 14 de febrero de 2007, figurando inscrito en el "Libro de Registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de Canarias" con el nº 2.745, tipología C.2.5.90 Otros Centros especializados (Proveedores de Asistencia Sanitaria sin Internamiento) y la oferta asistencial autorizada consistente en rehabilitación, fisioterapia, terapia ocupacional y logopedia.

El traslado fue autorizado para la localidad de Firgas y el centro de rehabilitación se ubicó en las instalaciones municipales objeto de la concesión.

- Con fechas 24 de marzo y 6 de junio de 2011 se requiere al interesado para que proceda a la renovación del aval inicialmente presentado, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación, en cuya virtud la garantía debía constituirse por importe de 30.000 euros y un plazo de cinco años. De acuerdo con esta misma cláusula, este aval habría de ser renovado mediante sucesivos avales por igual periodo de cinco años, un año antes del vencimiento del aval precedente y por un importe equivalente al aval sustituido más el IGPC acumulado durante los cuatro años anteriores.

No consta en el expediente que el concesionario procediera al cumplimiento de esta obligación.

- El 28 de julio de 2011, en el Ayuntamiento, tiene registro de entrada una Resolución de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de 18 de julio de 2011, por la que se ordena la suspensión provisional de la actividad sanitaria del Centro de Rehabilitación P., sito en Firgas, cuyo titular es la entidad mercantil M.P.T., S.L, hasta que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para su funcionamiento y pudiera asegurarse que no se utilizan total o parcialmente sus medios humanos, materiales y su autorización vigente para fines distintos a los que dieron lugar a la autorización. La entidad, no obstante esta suspensión, continuó desarrollando la actividad, lo que motivó el precinto del Centro de Rehabilitación.

Consta en el expediente que esta autorización sería, finalmente, revocada por Resolución del mismo órgano de 22 de noviembre de 2011.

- El 7 de septiembre de 2011 el concesionario comunica al Ayuntamiento que a partir del 1 de octubre del mismo año procedería a la suspensión de la actividad objeto de la concesión.

2. Con estos antecedentes, el 22 de septiembre de 2011 se emite por la Secretaría municipal un informe en el que se concluye que procede iniciar el procedimiento de resolución del contrato de gestión de la piscina municipal por incumplimiento del contratista de las siguientes obligaciones:

- No renovación de la garantía exigida, incurriendo en una causa de resolución recogida tanto en el art. 111.d) TRLCAP como en la cláusula 26 PCAP, al considerarse una infracción muy grave [cláusula 25.a) del PCAP].

- La cesión no autorizada de la explotación, permitiendo la utilización de las instalaciones a otras empresas ajenas al contrato, supuesto contemplado como causa de resolución según la cláusula 26 PCAP.

- La realización de actividades diferentes a las contratadas, sin la correspondiente autorización preceptiva del Ayuntamiento (cláusula 3 PCAP), así como no destinar la explotación del servicio al uso pactado [cláusula 17.a.j PCAP] e incumplir las prescripciones de orden sanitario impuestas por la legislación vigente para las actividades de la rama (cláusula 17.a.l PCAP), todo lo cual supone un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato (art. 111 TRLCAP).

- La prestación de servicios sanitarios sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para dicha práctica, así como la continuación del servicio una vez suspendido, lo que pone en peligro de forma manifiesta la salud pública e incurriendo, por ello, en una infracción muy grave recogida en la cláusula 25.a) PCAP.

- La comunicación de suspensión del servicio por parte del contratista supone un incumplimiento notorio de la obligación básica y elemental, como es la explotación del servicio, por lo que incurre en la causa de resolución prevista en el art. 111.g) PCAP.

- El incumplimiento de la ejecución de la obra por parte del adjudicatario debido a causas imputables al mismo.

3. El 28 de septiembre de 2011 se inicia mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación el procedimiento de resolución del contrato de gestión de la Piscina Municipal de Firgas y alrededores.

En el expediente tramitado se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al concesionario, que presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto, y se ha elaborado la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente, en la que se propone la resolución del contrato por las causas señaladas, así como la incautación de la garantía constituida y la reclamación al concesionario de 82.034,31 euros en concepto de daños y perjuicios.

III

1. Durante la tramitación del procedimiento, iniciado, como se ha señalado, el 28 de septiembre de 2011, se dictó Resolución por la Alcaldía con fecha 21 de diciembre de 2011 por la que se procede a la ampliación del plazo de resolución del procedimiento por un mes y quince días, en aplicación de lo previsto en el art. 49 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Asimismo, también mediante Providencia de la Alcaldía, de 8 de febrero de 2012, se dispone la suspensión del plazo para resolver el procedimiento en aplicación de lo previsto en el art. 42.5.c) de la citada LRJAP-PAC, hasta que se reciba el *informe* del Consejo Consultivo.

Sin perjuicio de lo que enseguida se dirá, es pertinente hacer referencia a la doctrina de este Consejo respecto de la consideración de que el procedimiento de resolución contractual, aun iniciado de oficio, no está sometido al efecto de caducidad establecido en el art. 44.2 de la LRJAP-PAC, sin ser este precepto aplicable al respecto al no existir previsión para ello, ni resultar susceptible, dada su naturaleza diferenciada de la contractual, una aplicación analógica. Y ello, en relación con el plazo para resolver este procedimiento y notificar su resolución, que es de tres meses desde su inicio con el correspondiente Acuerdo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 42.2 y 3.a) de la misma Ley. Por todos, Dictamen 159/2008, que coincide con el criterio contenido en diversos Dictámenes del Consejo de Estado, particularmente los 277/2002 y 1382/2008.

2. Ahora bien, como también señalamos en nuestro Dictamen 44/2011, al que igualmente se remite el 72/2011, el Consejo de Estado en su Dictamen 479/2010, de 13 de mayo, ha matizado su anterior apreciación en este asunto, pues, aun sin alterar o abandonar expresamente su doctrina, alude a la aplicación al caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS): *“A este respecto, debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, superado el plazo máximo para resolver en los procedimientos de resolución de contratos por causas imputables al contratista, ha de declararse caducado el procedimiento, lo que ha llevado al Tribunal a anular diversos actos de resolución de contratos por haberse dictado más allá del plazo legalmente establecido. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (recurso 7736/2004, Sección Cuarta), de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005, Sección Cuarta) y de 9 de septiembre 2009 (recurso 327/2008, Sección Sexta), esta última dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, a la vista de los criterios contradictorios que resultaban de algunas resoluciones procedentes de distintos tribunales superiores de justicia”*. Este mismo criterio se ha mantenido en los posteriores Dictámenes del Consejo de Estado 1.490/2010, de 4 de noviembre, y 2.116/2010, de 21 de diciembre.

También se constata la reiteración por el TS de su doctrina en la posterior Sentencia de 8 de septiembre de 2010 (Recurso 364/2009, Sección 6ª).

Por consiguiente, ha de considerarse que, en el presente caso, el procedimiento de resolución iniciado se encuentra incurso en causa de caducidad al no haberse resuelto y notificado al contratista en el plazo de tres meses desde su incoación, de acuerdo con lo previsto en los antes citados arts. 44.2 y 42.3.a) LRJAP-PAC.

3. No obsta a esta conclusión las circunstancias de que se hubiese procedido, primero, a la ampliación del plazo y posteriormente a su suspensión.

Por lo que se refiere a la suspensión del plazo para resolver con motivo de la solicitud de Dictamen a este Consejo, de forma reiterada ha sostenido este Organismo que no resulta al efecto de aplicación lo previsto en el artículo 42.5.c) LRJAP-PAC, pues su pronunciamiento no tiene la naturaleza de *informe*, ni resulta determinante de la resolución que se dicte, en tanto que no se incardina en la instrucción del procedimiento. Por el contrario, es objeto precisamente del Dictamen de este Consejo la Resolución, si bien en forma de propuesta, que pretenda adoptar la Administración.

Lo que se corrobora a la vista de lo previsto, con idéntico tenor y fin, en el art. 82.1 y 2 LRJAP-PAC; sin que, además de no ser comparables, en objeto, sujeto y fin, informe administrativo y dictamen de órgano consultivo, pueda en ningún supuesto o con algún propósito entenderse que el Consejo Consultivo es un órgano de la misma Administración actuante o de otra Administración, pues es un órgano externo a la organización administrativa y, en el caso de este Organismo, del propio Ejecutivo.

En consecuencia, ha de estarse a la doctrina jurisprudencial citada acerca de la caducidad del procedimiento de resolución contractual, no procediendo por consiguiente entrar en el fondo del asunto.

Por otro lado, no es aplicable en este supuesto el art. 49 LRJAP-PAC con la pretensión de ampliar el plazo resolutorio del procedimiento contractual en trámite. Ante todo y determinadamente, al no ser de aplicación a ese fin, pues, según el propio tenor del precepto y existiendo en la propia Ley norma específica al efecto (art. 42.6), lo sería respecto a plazos de trámites de tal procedimiento, pero no al plazo resolutorio. Además, habría que justificar la existencia de circunstancia que lo aconsejare, cosa no hecha aquí y que difícilmente cabría aducir al establecerse en el TRLCAP que el procedimiento resolutorio tiene carácter urgente en sus trámites, previsión contradictoria de la pretensión comentada. Y, en fin, incluso la

aplicabilidad del citado art. 42.6 exigiría justificar que concurren los hechos previstos en el precepto y, desde luego, realizar previa y fundadamente las actuaciones allí descritas.

4. En definitiva, procede resolverse la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de tramitar otro con idéntico propósito y causas justificadoras.

A este fin, ha de acordarse su inicio formalmente, con eventual incorporación de actuaciones obrantes en el expediente incoado, pero debiéndose en todo caso dar vista y audiencia al contratista y, proponiéndose la incautación de la fianza, también al avalista, con formulación en consecuencia de Propuesta resolutoria a someter al pronunciamiento de este Organismo; todo ello, en plazo suficiente para evitar una nueva caducidad procedimental.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones que se expresan en el Fundamento III, no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento contractual tramitado y el inicio, en su caso, de otro con idéntico fin resolutorio del contrato de referencia, con cumplimiento de los trámites aquí reseñados y ulterior solicitud de Dictamen sobre la Propuesta de Resolución que se formule (art. 89 LRJAP-PAC).