



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de mayo de 2015.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz en relación con la *Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa del servicio de restauración del Bar-Cafetería-Restaurante D. (EXP. 166/2015 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 Puerto de La Cruz, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa del servicio de restauración del Bar-Cafetería-Restaurante D.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

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

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 24 de septiembre de 2012 adjudicó el contrato de concesión administrativa del servicio de restauración del Bar-Cafetería-Restaurante D. a la entidad S.N., S.L. y A.H.B., Unión Temporal de Empresas "D. UTE", por el importe total ofertado de 1.584.000,00 euros, a abonar de forma trimestral en la parte proporcional correspondiente, sin perjuicio de las actualizaciones que procedan conforme a lo dispuesto en la cláusula 6.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

El contrato, conforme a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la contratación, tiene una duración de diez años a contar desde el día siguiente al de su formalización.

Dicha adjudicación se realiza con sujeción estricta a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas (PPT), que formarán parte inseparable del contrato y que primarán sobre la oferta seleccionada en caso de contradicciones en sus respectivos contenidos; particularmente, se condiciona la adjudicación al efectivo cumplimiento de la declaración de asunción del personal en las condiciones recogidas en el pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el procedimiento abierto, así como al efectivo cumplimiento de la declaración responsable del mantenimiento del servicio y conservación de las instalaciones y establecimientos señalados en el pliego durante todo el plazo que dure la concesión.

Asimismo, la entidad adjudicataria deberá acreditar documentalmente, en el plazo máximo de dos años desde la formalización del contrato, haber llevado a cabo las mejoras consistentes en inversiones sobre las instalaciones, por los conceptos y el importe de 214.000 euros, incluido el IGIC, ofertadas en su proposición económica.

- Con fecha 15 de octubre de 2012, es formalizado en documento administrativo el contrato, al que le acompañan como anexos: el pliego de cláusulas económicas-administrativas; el inventario detallando el mobiliario, la maquinaria, instalaciones, enseres y menaje propiedad del Ayuntamiento entregadas al concesionario; el Reglamento del Régimen Interno del Servicio de Restauración en el Restaurante Cafetería-D.; y Anexo de "Modelo de Proposición" en el que el representante de la entidad adjudicataria se compromete a realizarlo con sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y a sus correspondientes anexos, en las condiciones que se detallan, entre ellas, una mejora por importe de 200.000 euros en concepto de inversiones sobre las instalaciones.

- Con fecha 18 de marzo de 2015, por la representación legal de la empresa concesionaria se presenta escrito en el que manifiesta su intención de renunciar a la

concesión otorgada en su favor, y solicita que se indique el procedimiento y trámites a seguir para efectuar en forma dicha renuncia.

- Con fecha 25 de marzo de 2015, por la representación legal de la empresa concesionaria se presenta nuevo escrito manifestando que, a la vista de las dificultades económicas y de explotación que se han presentado con la concesión administrativa del Bar-Cafetería-Restaurante D., que hacen totalmente inviable la continuación de dicho negocio, a la "UTE D." le interesa hacer entrega de la posesión y de todas las llaves del mencionado establecimiento el próximo día 31 de marzo de 2015.

Añade que esta entrega de la posesión se deriva de la renuncia de esta parte a la continuación de la concesión administrativa, tal como se ha manifestado en el escrito de fecha 18 de marzo de 2015 y, en consecuencia, interesa que una vez finalizada la concesión se libere y se devuelva a la U.T.E. el aval en su momento presentado en concepto de garantía.

- Con fecha 26 de marzo de 2015, mediante providencia de la Alcaldía, se requiere la emisión de diversos informes sobre condiciones de salubridad e higiénico sanitarias del establecimiento, ante la anunciada renuncia del concesionario, que no consta en el expediente que hayan sido emitidos.

- El 27 de marzo de 2015, la concesionaria presenta nuevo escrito en el que solicita que se deje sin efecto el escrito de renuncia presentado, ante la posibilidad sobrevenida de celebrar un acuerdo de traspaso a un nuevo concesionario, y sea aprobado por la Corporación.

- Con fecha 30 de marzo de 2015, por la representación legal de la empresa concesionaria se presentó nuevo escrito alegando sustancialmente lo mismo que en el anterior de 25 de marzo de 2015, de que a la vista de las dificultades económicas y de explotación que se han presentado con la concesión administrativa del Bar-Cafetería-Restaurante D., que hacen totalmente inviable la continuación de dicho negocio, interesa a dicha "UTE hacer entrega de la posesión y de todas las llaves del mencionado establecimiento el próximo día 31 de marzo de 2015, así como la devolución del aval en su momento presentado".

- En esta misma fecha, se dicta providencia por la Alcaldía ordenando la emisión de informe por la Secretaría General accidental y por el Interventor de Fondos accidental, sobre procedimiento a seguir ante la renuncia del concesionario, con

petición expresa de estudio de la posibilidad de que de llegar a materializarse la renuncia efectiva a dicha concesión -mediante la entrega de la posesión y de todas las llaves del establecimiento, como anuncia la concesionaria en su escrito, o bien de forma tácita, mediante actos de la entidad concesionaria que impliquen el abandono unilateral, el cierre del establecimiento, o la cesación voluntaria en la prestación efectiva de los servicios concedidos en igual, anterior o posterior fecha a la anunciada- se pueda acordar como medida cautelar tendente a garantizar la regularidad y continuidad en la prestación de la concesión la asunción temporal por el Ayuntamiento de la ejecución directa de los servicios concedidos, a través de la empresa pública municipal P.

También en esta misma fecha se emiten informes solicitados, de carácter favorable, con propuesta de acuerdo, sobre el procedimiento a seguir ante la renuncia del concesionario.

3. El 27 de marzo de 2015, y en sesión extraordinaria y urgente del Excmo. Ayuntamiento Pleno, se adoptó por unanimidad Acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual, cuyo apartado 1 es del siguiente tenor:

«Avocar para este concreto acuerdo, las competencias delegadas por el Pleno en la Junta de Gobierno Local, en sesión de 20 de junio de 2011, únicamente respecto de las atribuciones relativas a la iniciación del procedimiento de resolución contractual, disponiendo lo siguiente:

1.-Iniciar procedimiento de resolución del contrato de la concesión administrativa del servicio de restauración del Bar-Restaurante "D.", adjudicado a la entidad (...), al concurrir la causa de resolución contemplada en el artículo 223.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, consistente en la cesación unilateral en la prestación de los servicios concedidos en virtud de renuncia, en relación con lo señalado en la cláusula 28.1.b), del pliego de cláusulas administrativas que rigen la concesión, que señala que procede la resolución del contrato, entre otros supuestos, en el siguiente:

"b) La resolución por incumplimiento del concesionario en los supuestos en que proceda la extinción conforme a la normativa vigente de contratación de las Administraciones Públicas".

Además de lo anterior, por la causa prevista en la cláusula 28.1.11) del pliego que rige la concesión, que señala que también procede la resolución del contrato, entre otros supuestos, en el siguiente:

II) La no explotación y prestación de los servicios con la continuidad convenida".

También por lo señalado en la cláusula 8ª del pliego de prescripciones técnicas, que señala que "El adjudicatario de los servicios objeto de la concesión deberá mantener el local objeto del contrato abierto durante el período que dure el mismo".

La iniciación del procedimiento de resolución contractual lleva consigo la retención de la garantía constituida por la entidad avalista (...) hasta la resolución del procedimiento contradictorio que se tramite, para la determinación de los daños y perjuicios causados por dicha resolución».

En este mismo acto se acordó que los sucesivos acuerdos que hubieran de adoptarse dentro del presente procedimiento de resolución contractual serían tomados por el órgano de contratación competente, que es la Junta de Gobierno Local, en virtud de delegación del Pleno, acordada en sesión de 20 de junio de 2011.

Asimismo, se acordó que en caso de materializarse la renuncia efectiva de la concesión el servicio sería temporalmente prestado por la empresa pública municipal "P.", sin perjuicio de la tramitación de expediente sancionador por la presunta comisión de una infracción muy grave, tipificada en la cláusula 26.3.4 del pliego que rige la concesión, consistente en el cierre voluntario del establecimiento objeto de la concesión, con arreglo al procedimiento regulado en la cláusula 27.4 del citado pliego, con imposición, en su caso, de multa pecuniaria de hasta 3.000 euros.

Por último, se acordó en relación con la garantía constituida y una vez que se hubiese resuelto de forma definitiva el contrato de concesión, la procedencia de iniciar el procedimiento de liquidación de la extinta concesión, con carácter contradictorio, con la preceptiva audiencia de la entidad concesionaria así como del avalista, y cuyo saldo final se hará efectivo, en lo que excediere del importe de la garantía constituida, a través del ejercicio de las acciones previstas en el Ordenamiento jurídico.

Este Acuerdo fue notificado a la entidad concesionaria con fecha 31 de marzo de 2015 y a la entidad bancaria avalista con fecha 6 de abril de 2015.

La entidad concesionaria presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto oponiéndose a la resolución, alegando diversos incumplimientos por parte de la Administración.

4. Constan asimismo en el expediente las siguientes actuaciones posteriores:

- Con fecha 31 de marzo de 2015, por la representación legal de la empresa concesionaria se presentó nuevo escrito al objeto de formalizar la entrega de la posesión y de todas las llaves del mencionado Bar-Cafetería-Restaurante D., de conformidad con su escrito de renuncia de 30 de marzo de 2015, reiterando la petición de devolución del aval.

- En esta misma fecha, por la Alcaldía se solicita a la empresa pública municipal "P." la adopción de una serie de medidas tendentes al debido cumplimiento del Acuerdo plenario de 30 de marzo de 2015, en orden a asumir temporalmente y seguir prestando los servicios concedidos respecto del establecimiento objeto de concesión.

- Con fecha 31 de marzo de 2015, por el apoderado de la entidad "A.H.B., S.L.", se presenta escrito para hacer constar en el expediente que "jamás ha sido parte del contrato suscrito por la UTE D. con el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz".

- Con fecha 7 de abril de 2015, por la Alcaldía se dicta providencia ordenando la emisión de informe técnico por la ingeniera industrial municipal en relación con las alegaciones de la empresa concesionaria sobre la posible existencia de incumplimientos en el establecimiento objeto de concesión, en materia de las instalaciones eléctricas y de gas; así como de los preceptivos informes la Secretaría General y la Intervención de Fondos, y que se formule la propuesta de acuerdo que corresponda.

Este informe se emite con fecha con fecha 13 de abril de 2015.

- Con fecha 15 de abril de 2015 se da traslado al Ayuntamiento del inventario realizado por "P." en el establecimiento el día 31 de marzo de 2015.

- Finalmente, el 17 de abril de 2015 se emiten los informes jurídico de la Secretaría General en el que se propone declarar la resolución del contrato y de la Intervención, de carácter favorable a la misma; y se formula la Propuesta de la Alcaldía de resolución contractual que se eleva a la Junta de Gobierno Local como órgano competente para la adopción del acuerdo.

5. Por lo que a los aspectos procedimentales se refiere, se ha dado cumplimiento en el expediente a los trámites preceptivos, constando el otorgamiento del trámite

de audiencia a la concesionaria, que presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto oponiéndose a la resolución contractual, así como a su avalista. Se han emitido asimismo los informes de la Secretaría y de la Intervención municipales y se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución por la Alcaldía.

6. Por último, es preciso advertir, respecto del escrito presentado por la entidad "A.H.B., S.L.", haciendo constar que no ha sido parte del contrato suscrito por la UTE D. con el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, que del escrito presentado y de las escrituras notariales que aporta resulta que se había producido la cesión de parte del contrato de concesión administrativa adjudicado a aquella entidad por uno de los integrantes de la misma, a favor de otro de sus miembros, si bien no se obtuvo, como resultaba preceptivo, la correspondiente autorización municipal.

Las consecuencias de este incumplimiento han sido correctamente valoradas en la Propuesta de Resolución, estimando, por una parte, que no procede incoar un procedimiento de resolución contractual por esta causa, al encontrarse ya incoado el presente procedimiento con arreglo al criterio reiterado del Consejo de Estado, según el cual de concurrir varias causas de resolución contractual se aplicará la que efectivamente se haya manifestado primero en el tiempo.

Por otra, se estima igualmente de modo correcto que habiendo tenido el Ayuntamiento por legítima adjudicataria del contrato de concesión administrativa del servicio de restauración del Bar-Restaurante "D." a la entidad de referencia durante todo el tiempo de duración del mismo, en aplicación de los principios de lícita confianza y de buena fe serán los titulares reales de las participaciones sociales de las entidades que conforman dicha Unión Temporal, en el momento en que se produce el incumplimiento contractual, lo que determina la incoación del presente procedimiento, quienes serán responsables frente al Ayuntamiento de los posibles incumplimientos y a quienes habrá que exigir las correspondientes responsabilidades.

II

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se pretende por la Administración municipal la resolución del contrato al estimar que concurre la causa de resolución contemplada en el art. 223.f) TRLCSP, consistente en el incumplimiento por parte de la concesionaria de sus obligaciones contractuales esenciales. Se fundamenta la aplicación de esta causa en el cese unilateral en la prestación de los servicios concedidos en virtud de la renuncia presentada y llevada a efecto.

Se invocan igualmente las causas de extinción de la concesión previstas en los apartados b) y II) de la cláusula 28.1 PCAP y en lo previsto en la cláusula 8ª PPT, cuyo contenido ya se ha detallado en los antecedentes.

2. La concesionaria, por su parte, se opone a la resolución alegando que en el momento de la adjudicación el establecimiento no reunía las mínimas condiciones legales exigibles para la explotación del servicio de restauración objeto del contrato, con incumplimientos de la normativa relativa a las instalaciones eléctrica y de gas, que debieron ser solventados por la propia Corporación y que no llevó a efecto. Indica que tales incumplimientos son los que la han llevado a renunciar a la concesión y sostiene que en todo caso, en aplicación de los arts. 224.7, 223.g) y 225.2 TRLCSP, la renuncia a la concesión es causa fundada para la resolución del contrato por estar sustentada la misma en el previo incumplimiento de la Administración, al haber imposibilitado al contratista la ejecución de las prestaciones en los términos inicialmente pactados.

Considera, en consecuencia, que debe ser la Administración, quien deba efectuar el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se hayan irrogado al contratista mediante la oportuna tramitación del procedimiento de liquidación una vez declarada extinta la concesión, no siendo por tanto procedente la incoación de procedimiento de liquidación frente a la concesionaria ni la tramitación de procedimiento sancionador alguno.

3. En el presente procedimiento concurre la causa de resolución contractual prevista en el art. 223.f) TRLCSP, considerando que el cese unilateral por la concesionaria de la prestación a la que venía obligada constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato, que es precisamente la realización de la prestación, sin que sus consideraciones acerca de los incumplimientos que imputa a la Administración la habiliten para la renuncia que llevó a efecto, abandonando la prestación del servicio. A estos efectos, es preciso tener en cuenta que, como de forma reiterada ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 11 de octubre de 1982 y 19 de junio de 1984, entre otras), aún en el supuesto de tales incumplimientos efectivamente existieran, ello no habilita a la concesionaria a incumplir sus propias obligaciones ni la habilitan, por lo tanto, para renunciar o abandonar el servicio, pretendiendo de esta forma la resolución del contrato por su sola voluntad. Todo ello, además, sin tener en cuenta que tales incumplimientos que ahora alega no motivaron la citada renuncia, pues en sus escritos señala únicamente y sin mayor justificación "dificultades económicas y de explotación". La

concesionaria incluso presentó un escrito en el que ponía de manifiesto la posibilidad de traspaso de la concesión, lo que hace suponer que los referidos incumplimientos, de existir, no suponían un obstáculo para la explotación del establecimiento.

En definitiva, se ha producido un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que de forma indubitada se encuentra la de prestar el servicio que constituye su objeto, lo que habilita a la Administración, como pretende, para resolver el contrato por causa imputable a la concesionaria.

Pero al margen de esta conclusión, las alegaciones de la concesionaria acerca de los incumplimientos que entiende producidos por la Administración para justificar su renuncia no pueden ser acogidos por las razones que se sostienen en la Propuesta de Resolución, teniendo en cuenta lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas y el contenido del informe técnico emitido por la ingeniera industrial municipal.

Así, de lo dispuesto en el apartado 9 PPT se deriva que correspondía a la adjudicataria, en relación con las instalaciones del local y a su costa, las reparaciones, revisiones periódicas y contratos de mantenimiento.

En lo que ahora interesa, dispone este apartado 9 lo siguiente:

“(…) Las mejoras que, en su caso, pretenda introducir el concesionario en las obras e instalaciones existentes en la parte del inmueble objeto de concesión precisarán, en todo caso, autorización del Ayuntamiento para su realización, siendo realizadas por cuenta y riesgo del concesionario. En este caso será preceptiva la presentación de proyecto técnico de instalaciones firmado por técnico competente y visado por el Colegio Oficial correspondiente así como toda la documentación técnica requerida para la reforma de las instalaciones al objeto de su autorización final por parte del Ayuntamiento.

En todo caso, las obras e instalaciones revertirán a la finalización del plazo de la concesión a favor del Ayuntamiento, sin derecho a indemnización alguna para el concesionario. En ningún caso las obras de mejora que pretenda introducir el concesionario en el local objeto de concesión modificarán la configuración arquitectónica del inmueble ni afectará a los elementos estructurales del mismo.

El adjudicatario debe contar, al menos, con las siguientes instalaciones en todos los locales objeto de la concesión, las cuales deberán cumplir con la normativa vigente y Ordenanzas municipales de aplicación:

(…)

- Instalación eléctrica en baja tensión en perfecto estado de uso y mantenimiento.

(...)

- Instalación de gas en perfecto estado de uso, de acuerdo con la normativa vigente.

(...)

El local deberá disponer de los contadores, instalados por las empresas suministradoras correspondientes, necesarios para la medición de su consumo particular.

El adjudicatario se obliga, a su costa, a realizar los trámites oportunos para la apertura de las actividades según lo establecido en la Ley 7/2011, de 5 de abril, de Actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, así como cualquier otra autorización sectorial que fuera procedente, con carácter previo al inicio de la actividad.

El adjudicatario está obligado a realizar todas las revisiones periódicas de las instalaciones del local que disponga la normativa sectorial correspondiente (instalaciones eléctricas, instalaciones de G.L.P., instalaciones contra incendios, etc.), debiendo presentar copia de la referida documentación al Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, así como a cualquier otro organismo público según corresponda.

El adjudicatario deberá presentar, antes del comienzo de la actividad, los contratos de mantenimiento de las instalaciones (instalaciones eléctricas en baja tensión, instalaciones contra incendios, instalaciones de climatización, instalaciones de G.L.P., etc.) realizados por empresas instaladoras autorizadas por la Dirección General de Industria del Gobierno de Canarias por la duración de la concesión administrativa o, en su caso, presentar anualmente la prórroga de los contratos.

El adjudicatario está obligado a conservar en perfectas condiciones todas las instalaciones siendo de su cuenta las reparaciones y revisiones que sea preciso efectuar para cumplir con lo establecido reglamentariamente".

Resultan, pues, obligaciones del concesionario las de mantener en las debidas condiciones las instalaciones de electricidad y de gas, llevando a cabo las reparaciones y revisiones que fuesen precisas para su adecuado funcionamiento. Como señala el informe técnico, estas obligaciones incluyen mantener las instalaciones en perfecto estado de uso y mantenimiento y, en su caso, si las

reparaciones que fuese necesario acometer tienen como requisito indispensable tramitar documentación técnica al respecto -tales como proyecto técnico, certificados de instalación, revisiones iniciales y/o periódicas de las instalaciones, ante los organismos públicos y empresas de suministro correspondientes- se puede entender que su coste ya está incluido en el hecho de llevar a cabo las reparaciones o mejoras de las instalaciones que se consideren necesarias.

La concesionaria alega, en relación con la instalación eléctrica, que encargó el proyecto técnico a un ingeniero industrial que ejecutó las obras necesarias para la legalización de la instalación eléctrica, si bien no pudo completarse por causa imputable a la Administración al no haber realizado las obras necesarias para el traslado de los contadores.

Según el informe técnico, esta obra fue finalizada, con excepción del contador de alumbrado público, a principios del pasado mes de febrero de 2015, si bien la canalización para la derivación individual desde la nueva centralización de contadores hasta el cuadro general de mando y protección del local estaba ejecutada incluso antes del traslado de los contadores a la nueva ubicación, por lo que el concesionario no ha tenido impedimento por parte de la Administración para instalar la nueva derivación individual del establecimiento, contemplada como parte del proyecto de reforma y ampliación de potencia de la instalación eléctrica de baja tensión del Bar-Restaurante "D.", redactado por el ingeniero industrial al que se refiere la concesionaria. Una vez concluida esta instalación, se podrían emitir los correspondientes certificados del instalador autorizado, el certificado final de obra del Ingeniero Industrial y el informe de inspección inicial del Organismo de Control Autorizado (OCA) así como tramitar toda la documentación junto con el proyecto técnico ante la Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias, legalizando de este modo la instalación eléctrica en baja tensión del local.

Por otra parte, no consta en el expediente que se hubiera interrumpido en ningún momento el suministro eléctrico al Bar Cafetería.

En cuanto a la instalación de gas, alega la concesionaria que tras una visita girada el 10 de abril de 2014 por la compañía suministradora de gas, esta comunicó que la instalación no cumplía con la normativa vigente, procediendo a la interrupción del suministro, lo que le ocasionó graves perjuicios económicos, sin que por parte de la Administración se procediera a llevar a cabo las obras necesarias.

Indica sobre este extremo el informe técnico que con fecha 13 de agosto de 2012 se emitió informe sobre las deficiencias existentes en las instalaciones, advirtiendo de la necesidad de adecuar la instalación de gas a la normativa vigente, lo cual implicaba el acondicionamiento y mejora de la instalación, así como la realización de los trámites oportunos para su legalización. Nuevamente, con fecha 13 de enero de 2015 se emitió informe en el que se describieron con detalle los defectos encontrados en la instalación de gas del establecimiento que aún no habían sido reparados.

Como ya se ha señalado, según dispone el apartado 9 PPT, el adjudicatario está obligado a conservar en perfectas condiciones todas las instalaciones, siendo de su cuenta las reparaciones y revisiones que sea preciso efectuar para cumplir con lo establecido reglamentariamente, por lo que resultaban de su responsabilidad la realización de las obras que resultaran necesarias para mantener en condiciones la instalación, evitando con ello los posibles perjuicios que se le pudieran irrogar por el incumplimiento de la normativa técnica.

Por último, es de resaltar que la concesionaria no alega que tales incumplimientos que achaca a la Administración le hayan impedido prestar el servicio, resultando por el contrario su prestación desde la formalización del contrato con fecha 15 de octubre de 2012 hasta que renunció al mismo, cesando unilateralmente su prestación, en marzo de 2015, por las alegadas dificultades económicas y de explotación. En este sentido, como con razón señala la Propuesta de Resolución, resulta imposible admitir, ni siquiera dialécticamente, que un establecimiento destinado a la restauración haya podido estar abierto al público y prestando los servicios que le son inherentes durante más de dos años sin contar con los imprescindibles servicios de suministro eléctrico y de gas, indispensables para el desarrollo normal de la actividad. A ello se añade que el establecimiento objeto de la concesión permanece hoy en día abierto al público y prestando servicios de restauración que le son propios, a través de la empresa pública municipal "P.", contando para ello en todo momento con los imprescindibles servicios de suministro eléctrico y de gas. Se demuestra con ello que los motivos aducidos por la concesionaria no pueden fundamentar mínimamente los incumplimientos que imputa a la Administración como causa de su renuncia al contrato.

En definitiva, concurre en el presente caso la causa de resolución alegada por la Administración, pues la concesionaria ha incumplido, por causa imputable a la

misma, la obligación esencial de prestar el servicio, al haber renunciado al contrato con el consiguiente abandono de las instalaciones y el cese de la actividad.

4. Por lo que se refiere a las consecuencias de la resolución del contrato, dispone el art. 225.3 TRLCSP que cuando el mismo se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados. Esta indemnización, conforme al mismo precepto, habrá de hacerse efectiva, en primer término, sobre la garantía que en su caso se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que exceda de la garantía incautada.

Conforme a su vez con el apartado 4 del citado art. 225 TRLCAP, el acuerdo de resolución ha de contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que hubiese sido constituida.

En la Propuesta de Resolución no se propone la incautación de la garantía constituida, pero sí su retención hasta la resolución del procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados, y cuya tramitación podrá ser simultánea con la del procedimiento de liquidación del contrato, en cuyo curso habrá de darse nuevamente audiencia a la entidad interesada y a la entidad bancaria avalista a los efectos de que puedan realizar una liquidación alternativa y contradictoria a la que formule la Administración, cuyo saldo final se hará efectivo, en lo que excediere del importe de la garantía constituida, a través del ejercicio de las acciones previstas en el Ordenamiento jurídico.

Se apoya esta solución en la postura sostenida por el Consejo de Estado en su Dictamen de 19 de abril de 2012, que indica lo siguiente:

«Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ("cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada"), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la

contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía».

Este criterio es mantenido también en el Dictamen 646/12, de 5 de julio, cuando señala lo que a continuación se expone:

“(…) en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de ésta dicha garantía, toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.

Este Consejo Consultivo, sin embargo, ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación.

Hemos señalado así en nuestro Dictamen 6/2015, entre otros, lo siguiente:

«Además, puesto que la garantía definitiva está afecta al cumplimiento por el contratista de sus obligaciones, procederá su incautación como consecuencia de un procedimiento de resolución culpable del contratista [arts. 88.b) y 92.1 LCSP], sin perjuicio de los daños y perjuicios que deba indemnizar a la Administración. Estos daños y perjuicios, si los hay, deberán hacerse efectivos en primer término sobre la garantía (art. 208.4 LCSP), sin perjuicio de que su insuficiencia motive la exigencia del diferencial. En relación con ello, este Organismo ha señalado en el Dictamen 289/2014, de 3 de septiembre, tal y como lo hace el Consejo de Estado en su Dictamen 1103/2013, que “(…) en lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato resulta aplicable lo previsto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). Conforme a este último, “en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre

otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración"».

Por lo demás, de la lectura del art. 225.3 TRLCAP no se deduce sin más la improcedencia de la incautación de la garantía. El precepto se refiere a la obligación del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados, a lo que se encuentra afecta la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que exceda del importe de la garantía *incautada*.

El señalado artículo parte, pues, de la incautación de la garantía por el incumplimiento culpable del contratista, lo que explica que a su vez su apartado 4 disponga que el acuerdo por el que se adopte la resolución del contrato deba contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo con la argumentación que se expone en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho en cuanto declara la resolución del contrato por la causa prevista en el art. 223.f) TRLCSP.

2. Procede, asimismo, que el acuerdo que se adopte declare la incautación de la garantía definitiva constituida.