



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 5 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se pretende resolver el contrato de gestión integral y explotación de los servicios deportivos de la piscina municipal de Puerto del Rosario suscrito por el Ayuntamiento con la entidad F.G.A. UTE (EXP. 400/2015 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del "Contrato de Gestión integral y explotación de los servicios deportivos de la piscina municipal de Puerto del Rosario", suscrito por el Ayuntamiento de tal municipio con la entidad F.G.A. UTE.

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) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), de carácter básico, 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. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 30 de abril de 2010, bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Por tanto, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 2, TRLCSP, la legislación aplicable viene constituida por la citada LCSP.

Dicha normativa resulta de aplicación a las cuestiones de orden sustantivo o material, siendo por el contrario aplicable la vigente ordenación procedimental de carácter contractual a las incidencias que aparezcan en la vida de los contratos, como modificaciones o resoluciones.

II

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

- Por el Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 28 de marzo de 2005, se aprobó el pliego de cláusulas técnicas, económico-administrativas y jurídicas particulares para la contratación de la gestión integral y explotación de los servicios deportivos de la piscina municipal de Puerto del Rosario, mediante procedimiento abierto.

- El 22 de julio de 2005, se constituyó la Mesa de Contratación en la que se formuló propuesta de adjudicación del contrato a favor de la UTE G.P.-I.S., S.L., a la vista del informe emitido por los servicios técnicos del Ayuntamiento, adjudicándose el contrato a dicha entidad, mediante resolución de la Concejalía de Hacienda y Contratación de 26 de julio de 2005, acuerdo éste frente al que la UTE H.S.C., S.L.-I., S.L., interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por la misma contra la citada adjudicación.

- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número Tres de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento ordinario número 180/2006, se dictó Sentencia de fecha 12 de julio de 2007, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto, que fue confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, mediante Sentencia de 4 de abril de 2008, en cuyo fallo se dispuso la anulación del acto administrativo identificado en el antecedente de hecho de la resolución, desestimando el resto de sus pretensiones

- En cumplimiento de tal sentencia firme, se acordó retrotraer las actuaciones al momento de la emisión del correspondiente informe de valoración de las ofertas presentadas por las UTE G.P.-I.S., S.L. y UTE H.S.C., S.L.-I., S.L. en los términos

previstos por el art. 35.2 del pliego de condiciones técnico, económico, administrativas y jurídicas por las que se rige el contrato, a fin de que a la vista del nuevo informe a emitir se elevase por la Mesa de Contratación la oportuna propuesta de adjudicación razonada que estimase adecuada tomando en consideración los errores que debían rectificarse conforme a la sentencia de referencia.

- Tras el cumplimiento de los trámites que obran en el expediente de su razón, y previa emisión de los informes técnicos correspondientes, el 4 de febrero de 2010 se formuló nueva propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de Contratación a favor de la UTE H.S.C.-I., S.L. declarándose, transcurridos varios años, ejecutada la Sentencia de referencia por Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Tres de Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de marzo de 2015.

- Mediante Resolución de la Concejalía de Contratación núm. 1521, de 30 de abril de 2010, se acordó la adjudicación del contrato de gestión integral y explotación de los servicios deportivos de la piscina municipal de Puerto del Rosario a la UTE H.S.C.-I., S.L., adjudicación que se regiría íntegramente por los pliegos de cláusulas técnicas, económico, administrativas y jurídicas y particulares que rigen la contratación del servicio de referencia y que fuera aprobado por Acuerdo del Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el 28 de marzo de 2005, formando parte del contrato a suscribir la oferta presentada en su momento por la entidad adjudicataria, a la vista de la propuesta formulada por la Mesa de Contratación celebrada el 4 de febrero de 2010 y en ejecución de la Sentencia de 12 de julio de 2007 anteriormente citada, suscribiéndose el correspondiente contrato el 2 de agosto de 2010 y Anexo al mismo de fecha 14 de abril de 2011.

- El 19 de mayo de 2010, se constituyó la Unión Temporal de Empresas, denominada abreviadamente F.G.A., UTE, con una participación del 50% por parte de cada una de las entidades que la integran, UTE a la que se le adjudicó el vigente contrato por Resolución de 30 de abril de 2010.

- Posteriormente, el 4 de diciembre de 2014 la representación de F.G.A., UTE presentó escrito por el que se solicitaba la resolución de mutuo acuerdo del contrato administrativo de gestión integral y explotación de los servicios deportivos de la piscina municipal de Puerto del Rosario.

- El 26 de marzo de 2015, se emitió informe técnico, realizado para comprobar si se habían llevado a cabo las labores de conservación y mantenimiento en las instalaciones de la piscina municipal, describiéndose en el daños y patologías

detectadas por importe de 258.422,60 €, constando, igualmente, informe del Ingeniero Técnico municipal, de 29 de junio de 2015, en el que se informa sobre el estado de uso y funcionamiento, los mantenimientos llevados a cabo, tanto en la maquinaria, como en las instalaciones anejas, efectuándose la valoración económica de los desperfectos, que ascienden a la cantidad de 100.143,00 €.

- Asimismo, el 24 de junio de 2015 se emitió informe de la Secretaria General en el que se expone:

“(…) Como quiera que la documentación analizada (informes del técnico de deportes y periciales, certificación de intervención, quejas y reclamaciones modificaciones de horario) se infiere la posible existencias de otras causas resolución del contrato tales como el incumplimiento de las restantes obligaciones por parte del contratista, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato o incluso la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados o la posibilidad cierta de producción de un interés (sic) grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos (…)”.

- El 26 de junio de 2015, se emite informe del Interventor Accidental en el que se señala, asimismo:

“(…) A la vista de la documentación obrante en el expediente (…) obligan a una determinación inmediata en relación a la existencia de causas de resolución del contrato por incumpliendo de obligaciones contractuales esenciales imputables a la E.M. concesionaria, y que deberán ser valoradas y verificadas de manera urgente a la vista de los informes periciales mencionados, con la adopción de medidas, incluidas las de oficio, que garanticen la seguridad en el uso de las instalaciones (…)”.

- Por la Comisión de Seguimiento de la Piscina Municipal de Puerto del Rosario, en sesión celebrada el 30 de junio de 2015, con la incorporación de los informes técnicos en los que se determinan los incumplimientos existentes por parte de la concesionaria en cuanto al impago del canon de la concesión y en la falta de mantenimiento de las instalaciones, se concluye la imposibilidad de alcanzar resolución de mutuo acuerdo, emitiendo, pues, propuesta de resolución del contrato, por incumplimiento culpable del contratista.

- Consta, por otra parte, acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión extraordinaria celebrada el 29 de septiembre de 2011, de delegación a la Junta de Gobierno Local de las competencias para la adopción del seguimiento y de cuantas actuaciones sean precisas durante el plazo de ejecución del contrato, como

órgano de contratación, previa revocación de la delegación conferida por el mismo órgano de gobierno a favor de la Alcaldía en sesión celebrada el 28 de marzo de 2005.

- Así pues, el 13 de julio de 2015 la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de desestimar la solicitud de la resolución contractual de mutuo acuerdo del Contrato de la contratista, dados los antecedentes expuestos, incoando expediente de Resolución por presunto incumplimiento culpable del contratista, de conformidad con lo establecido en el art. 111, apartado g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como por incumplimiento de las cláusulas 12 y 13 del pliego de condiciones técnico, económico, administrativas y jurídicas que rige la licitación. No obstante, debe señalarse, tal y como se dijo al comienzo del dictamen, que la legislación aplicable al contrato es la LCSP de 2007, por lo que, aun siendo el contenido material de la norma similar a la del TRLCAP de 2000, habrá de citarse en el expediente el precepto correcto, en este caso, el art. 206.g) LCSP.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan los trámites exigibles legalmente, así:

- El procedimiento de resolución contractual se inicia por acuerdo, de 13 de julio de 2015, de la Junta de Gobierno Local, por presunto incumplimiento culpable del contratista, de conformidad con lo establecido en el art. 111, apartado g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto de similar contenido material, como ya se ha indicado, al art. 206 g) LCSP de 2007, aplicable a este contrato, así como por incumplimiento de las cláusulas 12 y 13 del pliego de condiciones técnico, económico, administrativas y jurídicas que rige la licitación.

- Asimismo se concede a la Entidad F.G.A., UTE, y al avalista trámite de audiencia, dándole traslado de los informes técnicos, económicos y jurídicos y quedando el expediente a su disposición en las dependencias municipales.

- El 27 de julio de 2015, la entidad F.G.A. UTE presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución contractual por incumplimiento del contratista, al entender que existen razones jurídicas y fácticas que determinan la resolución por mutuo acuerdo al no mediar culpabilidad de la contratista tanto por lo que se refiere al impago del canon como a la inejecución de obras de mantenimiento. Alega en este sentido:

1) El contrato fue inicialmente adjudicado a la entidad G.P.I.S., S.L. y solo transcurridos cinco años después, previo pronunciamiento judicial, fue cuando se adjudicó el contrato a la UTE F.G.A., estipulándose en el contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa en cuestión que durante los primeros seis meses de vigencia del mismo se efectuarían las operaciones necesarias, incluidas, en su caso, las modificaciones contractuales que resultaran precisas, previo acuerdo de las partes y por razones de interés público que habrían de justificarse en el expediente, a fin de adecuar la oferta presentada en su momento por la UTE adjudicataria a la situación, inversiones y medios con los que cuentan las instalaciones desde la fecha de su puesta en funcionamiento, garantizándose en todo caso el equilibrio económico de la explotación del servicio.

2) Se alega, por otro lado, que el estado de las instalaciones de la piscina municipal por deficiente diseño y mantenimiento no vinieron a favorecer el estado de las instalaciones y equipos en el momento en que se pusieron a disposición de la actual adjudicataria del servicio, teniendo en cuenta que con fecha 14 de abril de 2011 se suscribió anexo al contrato de 2 de agosto de 2010 por el que ambas partes acordaron prorrogar por el plazo de un año el régimen transitorio establecido en las estipulaciones segunda y sexta del referido convenio, manteniéndose invariables el resto de estipulaciones.

Tales estipulaciones del contrato de 2 de agosto de 2010 establecen:

«SEGUNDA.- El canon mensual a favor de la Administración es de 4.000,00 euros de conformidad a la oferta económica presentada por la adjudicataria, sin perjuicio de que se proceda a su revisión en el plazo de los seis primeros meses de vigencia del contrato y a la regularización de su abono, transcurrido dicho plazo, a resultas de las modificaciones que se lleven a cabo en los términos previstos en la cláusula sexta de este mismo contrato».

«SEXTA.- Dada las vicisitudes por las que ha atravesado el procedimiento de adjudicación del contrato expuestas en los antecedentes administrativos del presente contrato, pero siendo interés de la Administración que F.G.A. UTE S.L. se haga cargo urgentemente de la gestión del servicio, durante los primeros seis meses de vigencia de este contrato se efectuarán las operaciones necesarias, incluidas en su caso las modificaciones contractuales que resulten precisas previo acuerdo de las partes y por razones de interés público que habrán de justificarse en el expediente, a fin de adecuar la oferta presentada en su momento por la UTE adjudicataria, a la situación, inversiones y medios con los que cuentan las instalaciones desde la fecha de su

puesta en funcionamiento, garantizándose en todo caso el equilibrio económico en la explotación del servicio».

3) Dado lo expuesto, alega la contratista que, según la citada cláusula 6ª del contrato, ninguna de las causas que han motivado la variación sustancial de las condiciones del contrato son imputables a ella, por lo que, dadas las referidas estipulaciones, si finalizado el plazo de seis meses de vigencia de contrato las partes no hubieran alcanzado un acuerdo la contratista podrá optar por la resolución del contrato, con devolución de la garantía prestada y derecho a reclamar la indemnización que le corresponda en su caso, en los términos previstos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, estando exenta F.G.A. UTE, S.L., durante este periodo, de la obligación de hacer inversión alguna.

4) Puesto que la contratista instó en varias ocasiones la resolución por mutuo acuerdo del contrato, considera que debe procederse así, pues los resultados económicos arrojan pérdidas de explotación continuadas y los datos de utilización por los usuarios no han superado el 62% de su previsión inicial, no sólo por el incremento del desempleo y coyuntura económica, sino por el propio estado de las instalaciones en la fecha en la que se practicó la liquidación del contrato con la inicial adjudicataria, cuya situación aparece reflejada en la Sentencia de 12 de mayo de 2015, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria.

- Se ha recabado informe jurídico, favorable a la resolución en los términos planteados, y, finalmente, se ha emitido Propuesta de Resolución que se somete al preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se pretende por la Administración municipal la resolución del contrato por el incumplimiento culpable por parte de la contratista de sus obligaciones esenciales, con incautación de la garantía definitiva en su momento constituida.

A tal efecto, la Propuesta de Resolución da respuesta a las alegaciones planteadas por la contrata, lo que, a la vista del prolijo expediente que se ha remitido a este Consejo, se estima conforme a Derecho. Así, viene la Propuesta de Resolución a refutar las alegaciones, desde los dos puntos de vista que se plantean en este expediente.

Se dirigen las argumentaciones de la Propuesta de Resolución hacia los dos elementos en los que se fundan los incumplimientos por parte de la contratista: la falta del pago del canon a la Administración y la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la "gestión integral y explotación" de la piscina municipal y sus instalaciones anejas, objeto del contrato cuya resolución se pretende.

1.1. En primer lugar, y en relación con la ausencia del pago del canon, se infiere de las alegaciones efectuadas por la UTE que se debe a que los resultados económicos arrojan pérdidas de explotación continuadas, lo que imputan a la disminución de los usuarios por el incremento del desempleo y coyuntura económica y al estado de las instalaciones en la fecha en la que se practicó la liquidación del contrato con la inicial adjudicataria.

Al respecto, si bien parece deducirse de aquella alegación una justificación a la ausencia del pago del canon a la Administración, sin embargo, como bien señala la Propuesta de Resolución, no se pronuncia en ningún momento la UTE sobre este incumplimiento en las alegaciones formuladas en trámite de audiencia, y, por ello, tampoco aporta prueba alguna (a pesar de haberse abierto, extraordinariamente, periodo probatorio, no esencial en los procedimientos de resolución contractual) de su abono, por lo que se trata de un hecho incontrovertido respecto de la existencia de un incumplimiento esencial por parte del contratista en relación a este extremo, circunstancia que se acredita, además, por el informe de la Intervención Municipal, citado en el informe de los Servicios Jurídicos de 6 de agosto de 2015, según el cual «no existen datos contables de abono de canon de la Entidad F.G.A. UTE».

Y es que, en el pliego de condiciones técnicas, económico-administrativas y jurídicas que rige el contrato se establece, entre otras, como obligaciones del contratista: "8.3 Abonar el canon establecido en el presente Pliego al Ayuntamiento de Puerto del Rosario del día 10 al 15 de cada mes". Lo que no ha ocurrido en este caso. Siendo el pago del canon una obligación esencial en toda concesión, esta causa por sí sola ya es suficiente para la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista.

1.2. En relación con el incumplimiento relativo a la gestión integral y explotación misma de las instalaciones de la piscina municipal, lo que exige, necesariamente, inversiones en mejoras en las instalaciones, han de distinguirse las que se contenían en el proyecto de la concesión presentado por la contrata, que fueron la causa que eximió de efectuar en el periodo transitorio establecido en la cláusula Sexta del contrato de 2 de agosto de 2010 y que se amplió por el plazo de un

año a contar desde el 11 de abril de 2011, fecha en la que se suscribió el Anexo al contrato inicial, de las que constituyen la obligación esencial de mantenimiento y conservación de las instalaciones y las renovaciones de bienes muebles o inmuebles que sean necesarios por desgaste de estos y que han conducido a un deterioro evidente de las instalaciones, cuyo estado ya había quedado definido en el acto de la liquidación del contrato previamente suscrito con la UTE I.S.-G.P. aprobada por Decreto de 23 de julio de 2010, liquidación que, recurrida en vía contencioso administrativa, dio lugar a la Sentencia de 12 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria, en los autos del procedimiento ordinario 68/2011, y en la que se fija la liquidación definitiva del contrato de referencia y se analiza pormenorizadamente el estado de las instalaciones y dotaciones de la piscina municipal, lo que ha obviado la UTE en sus alegaciones.

Así, efectivamente, la UTE, en su escrito de 27 de noviembre de 2014, uno de los que presenta a efectos de instar la resolución contractual de mutuo acuerdo, señala:

«En virtud del acuerdo plenario de 28 de marzo de 2005 se aprobó el expediente de contratación (...) al que concurrió esta entidad en Unión Temporal de Empresas, no resultando adjudicataria por lo que se dedujo recurso Contencioso-Administrativo número 3 de Las Palmas de fecha 12 de julio de 2007, que fue confirmada posteriormente por STSJ de fecha 4 de abril de 2008; procediéndose en ejecución de la misma a adjudicar el contrato a esta entidad en virtud de la Resolución de 30 de abril de 2010; cinco años después de convocada la licitación y en contexto económico muy diferente al existente en el momento de la licitación.

Siendo conscientes de la imposibilidad material de implementar la oferta con la que se concurrió a la licitación al ser inalterables las proposiciones al decir de nuestro Tribunal Supremo, se incluyó en el documento de formalización del contrato una cláusula de acomodo de la oferta inicial a la nueva realidad temporal y material de la licitación que al traer causa de un concesionario anterior nos vimos en la obligación de asumir un servicio público que en nada se asemejaba al dimensionado en nuestra oferta, asumiendo unas instalaciones, una dotación y equipamiento así como un personal por vía de subrogación no previsto ni considerado inicialmente; por lo que se atribuyó, al no ser imputable la situación asumida a esta empresa, la facultad de solicitar la resolución del contrato, con devolución de la garantía prestada y derecho a reclamar la indemnización que en derecho nos corresponda.

La imposibilidad de implementar la oferta inicial así como la aparición de un hecho imprevisible, como es la crisis económica, hacen inviable la permanencia del vínculo contractual, como ahora se verá, en los términos convenidos, al arrastrar la concesión hacia una grave crisis económica motivado por la concurrencia de los factores expuestos que conmocionan las bases económicas del contrato que obligaría a la administración, en aplicación de su obligación legal de mantener el equilibrio económico del contrato en los términos considerados para su adjudicación, esto es, nuestra oferta inicial».

Pues bien, siendo cierto que el 21 de agosto de 2015 la UTE aporta informe técnico de 19 de agosto de 2015 sobre el estado de las instalaciones de la piscina municipal de Puerto del Rosario, en el que se concluye, entre otros que “Las instalaciones no cumplen con la legislación aplicable” y que “el mantenimiento realizado en las instalaciones ha sido sólo correctivo desde el inicio y los vicios detectados en la actualidad no son corregibles sin una intervención de gran magnitud. En ningún momento se ha realizado un mantenimiento preventivo”, señalando el contratista que “que no cabe imputar a la UTE defectos de proyecto o de mantenimiento de años, a la vista de los escasos meses que lleva en la gestión”, debe recordarse que la adjudicación del contrato se efectuó el 30 de abril de 2010, y, habiendo transcurrido más de cinco años entre aquella fecha y la incoación del procedimiento de resolución contractual, se aporta el referido informe que concluye que “tanto en el exterior como en el interior, no ha habido un correcto mantenimiento de las instalaciones ya que se encuentran presentes claros indicios de patologías en la edificación”.

Ello no hace más que corroborar que, sin perjuicio del previo estado de las instalaciones de la piscina municipal, la actual contratista no ha cumplido con las obligaciones más elementales del contrato que suscribió con el Ayuntamiento de Puerto del Rosario, con las inversiones que le eran obligatorias para el mantenimiento y conservación de las instalaciones una vez concluido el plazo previsto en la cláusula 6ª del contrato ya citada y su prórroga por un año anexada al mismo, a contar desde el 14 de abril de 2011.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la tan aludida situación de crisis económica no debe ser argumento que conlleve la adopción de resolución del contrato por mutuo acuerdo, por comparación con la situación en la que se licitó, pues la misma crisis es la que azotaría a cualquier empresa que resultara concesionaria, incluso la adjudicataria inicial, en cualquier ámbito contractual, no

siendo previsible ni evitable para ninguno de los contratantes, ni adjudicatario, ni Administración.

Por todo ello, procede resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Y es que, por un lado, la cláusula 20, párrafo segundo del pliego de cláusulas económico administrativas que rigen el contrato establece que si adjudicatario incumpliere las obligaciones que le incumben, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato.

Por su parte, el pliego de condiciones técnicas, económico-administrativas y jurídicas que rigió el concurso para la contratación venía a establecer como obligaciones del contratista:

«8.8 Asimismo, los concesionarios asumirán la totalidad de los costes derivados de la explotación y gestión del Servicio de Deportes de la instalación con la excepción de las inversiones en remodelaciones generales o en obra nueva que supongan la reforma o modificación sustancial de la estructura de las instalaciones que serán asumidas por el Ayuntamiento. Los concesionarios podrán presentar propuestas inversión al Ayuntamiento quien, en función de la disponibilidad de recursos y las prioridades que marque, podrá o no acometer estas propuestas u otras».

«8.13 Conservar las construcciones e instalaciones y mantenerlas en perfecto estado de mantenimiento, limpieza e higiene. A tal fin se encargará una auditoría técnica del estado de las instalaciones que deberá contemplar un diagnóstico de la misma así como un programa de conservación y mantenimiento anual».

El art. 13 del mismo pliego establece, por su parte que: «Serán por cuenta del concesionario todos los gastos derivados de la gestión y explotación del servicio. Entre estos gastos se entienden incluidos todos aquellos derivados del mantenimiento de toda la instalación y las renovaciones de bienes muebles o inmuebles que sean necesarios por desgaste de éstos, así como aquellas adquisiciones de bienes muebles y suministros especificados en el Anexo II que sean necesarios para prestar el servicio de acuerdo con las estipulaciones de este pliego y la oferta del adjudicatario. Estas adquisiciones, suministros e inversiones realizadas pasarán a ser propiedad municipal al finalizar la concesión».

Serán por cuenta del Ayuntamiento, únicamente, las inversiones en remodelaciones generales o en obra nueva que supongan reforma o modificación sustancial en la estructura de las instalaciones. A este efecto, el concesionario podrá plantear libremente al Ayuntamiento la realización de los proyectos de obra que consideren oportunos para que este los estudie debidamente y, en el caso de considerarlos procedentes y de disponer de los fondos necesarios, proceder a su realización.

Y, ante todo ello, resulta aplicable el art. 21 del pliego, que tipifica como infracción muy grave:

«a) El incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio establecidas en el presente pliego, en el pliego de cláusulas administrativas, en la oferta del adjudicatario, y demás normativa aplicable, que produzcan consecuencias perjudiciales graves en la prestación del servicio a los usuarios o a las instalaciones adscritas al mismo.

f) El incumplimiento de la obligación del concesionario de mantener en buen estado de uso y conservación los bienes e instalaciones adscritos al servicio, siempre que hubiera mediado requerimiento municipal para la subsanación de esta circunstancia, no atendido en el plazo de un mes».

A todo lo cual se añade que el art. 37.5 del pliego establece de otro lado que «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 144 del TRLCAP».

De todo ello, concluye correctamente la Propuesta de Resolución que las alegaciones formuladas por la empresa contratista no desvirtúan las causas de resolución por incumplimiento culpable de la contratista alegadas por la Administración, incumplimientos que han quedado constatados en el expediente a través de diversos informes emitidos.

Para la Administración, los señalados incumplimientos constituyen infracción muy grave de las obligaciones esenciales asumidas por la entidad contratista que habilitan a la Administración para la resolución del contrato, de conformidad con lo previsto en las cláusulas señaladas del pliego. Estos incumplimientos, ya no solo con respecto al propio pago del canon, lo que es ajeno a la situación previa de las instalaciones antes de la adjudicación a la actual contratista, lo que se alega en su defensa por esta, comportan una repercusión grave para el servicio y ocasionan, como se pone de manifiesto en los informes obrantes en el expediente, riesgo para la seguridad de los

usuarios, habiendo dado lugar a quejas reiteradas, lo que afecta gravemente al interés público.

Se encuentran, pues, acreditados en el expediente los diversos incumplimientos de la empresa contratista de las obligaciones contractualmente asumidas, lo que habilita a la Administración a la resolución contractual pretendida.

2. En cuanto a las alegaciones de la contrata relativas a la previa presentación por parte de la contratista de su solicitud de resolución contractual de mutuo acuerdo, no obstan el inicio de este procedimiento, pues, median causas de resolución por incumplimiento suyo, como ha concurrido aquí. El contratista ostenta, en todo caso, el derecho a que se tramite el procedimiento, lo que la Administración ha llevado a efecto, tal como consta en la documentación que integra el expediente, que incluye una Resolución desestimatoria de su pretensión.

Sí importa, en lo que a la presente resolución se refiere, dejar sentado que la entidad concesionaria, como resulta del expediente, ha dejado de prestar el servicio de conformidad con lo estipulado en los pliegos de manera adecuada, lo que ha supuesto que se desestime su solicitud de resolución de mutuo acuerdo y se determine la resolución del contrato por incumplimiento culpable suyo, con los efectos establecidos en la Propuesta de Resolución.

3. Por lo que respecta a los efectos de la resolución contractual, puesto que se produce por la causa establecida en el art. 111, apartado g) -incumplimiento culpable del contratista- TRLCAP, como ya se ha mencionado anteriormente, debe corregirse en la resolución que ponga fin al procedimiento, citando correctamente la legislación aplicable al contrato [art. 206.g) LCSP de 2007], así como por incumplimiento del propio pliego de condiciones técnico, económico, administrativas y jurídicas que rige la licitación, deben tenerse en cuenta también los efectos que sobre la garantía constituida ha de tener la citada resolución del contrato. En este sentido, el art. 208.4 LCSP, en vigor en el momento de la firma del contrato, dispone que «Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará 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 se refiere al importe que exceda de la garantía incautada», añadiendo el apartado 5 de este mismo art. que «en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la

pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida».

La Propuesta de Resolución se pronuncia sobre la incautación de la garantía en los términos previstos en el art. 43.2 c) TRLCAP, cuando, en su lugar, debe citarse el art. 88 c) LCSP de 2007. No obstante, debe hacerse referencia a la eventual responsabilidad del contratista a la que está afecta la garantía por los daños y perjuicios, que habrán de determinarse, en su caso, en pieza separada mediante expediente contradictorio, con audiencia al contratista, conforme dispone el art. 113 RGLCAP.

A este respecto, este Consejo Consultivo, ha mantenido de forma constante (por todos, los recientes Dictámenes 6/2015, de 13 de enero y 196/2015, de 21 de mayo) 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. 208.4 LCSP 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 5 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.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la resolución del contrato por las causas señaladas en ella, sin perjuicio de que deba corregirse la misma en cuanto a la legislación aplicable al contrato y completarse en relación con la eventual indemnización de daños y perjuicios a la Administración a los que está afecta la incautación de la garantía definitiva, tal y como se ha señalado en el Fundamento III.3.