



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 6 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de diciembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz en relación con la ***Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de gestión de servicios públicos (modalidad de concesión administrativa) de los servicios de restauración del Complejo Turístico Municipal C.M., adjudicado a la empresa A.L.A., S.L. mediante acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión de 17 de julio de 2012, y actualmente prestado por la entidad O.C.M., S.L. con idéntico C.I.F. (EXP. 466/2015 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución de la concesión administrativa de los servicios de restauración del Complejo Turístico Municipal C.M.

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 (TRLCSPP), 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.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

2. La concesión administrativa cuya resolución se pretende fue adjudicada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión celebrada el 17 de julio de 2012. Por consiguiente, la legislación aplicable está constituida por el citado Texto Refundido.

II

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

- Mediante el citado Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de julio de 2012, se adjudicó a la entidad Á.L.A., S.L.U. el contrato administrativo de gestión de servicios públicos (modalidad concesión administrativa) de los servicios de restauración del Complejo Turístico Municipal C.M. por un precio de 1.296.000 euros por los seis primeros años del contrato, a razón de 216.000,00 euros anuales, sin perjuicio de las actualizaciones que procediesen conforme a lo dispuesto en la cláusula 6ª, apartado 2, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación (PCAP).

El canon, conforme a lo previsto en la citada cláusula, habría de ser abonado anticipadamente de forma fraccionada en cuatro trimestres anuales, coincidiendo con los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año y se ingresaría en la Caja de la Corporación, a partir de la vigencia del contrato, dentro de los cinco primeros días de cada trimestre.

El plazo de duración del contrato, de acuerdo con la cláusula 5ª PCAP se estableció en 15 años. No obstante, dado que el plazo fijado superaba el de la concesión sobre el dominio público marítimo-terrestre que ostenta el Ayuntamiento, que vence el 29 de julio de 2018, quedó expresamente condicionado a que se otorgase una nueva concesión administrativa sobre la citada zona de dominio público. En caso contrario, la extinción del contrato de gestión del servicio público se produciría en la indicada fecha de 29 de julio de 2018.

- El contrato se formalizó en documento administrativo, previa constitución de la garantía definitiva, el 31 de julio de 2012.

- Con fecha 31 de marzo de 2014, se emite informe técnico relativo al cumplimiento por la concesionaria de sus obligaciones contractualmente asumidas, en los siguientes términos:

«III.- Del informe de la Tesorería municipal que consta en el expediente resulta que el concesionario no ha pagado ninguno de los trimestres vencidos hasta la fecha, de lo que se infiere que la deuda pendiente en concepto de canon de la concesión, es la siguiente:

Deuda 2012 (agosto-diciembre) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) 90.000,00 €

Deuda 2013 (enero-diciembre) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) 216.000,00€

Deuda 2014 (enero-marzo) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...) 54.000,00 €

TOTAL: 360.000,00 €

IV.- De la cantidad anterior ha de deducirse la correspondiente a los gastos iniciales de puesta en funcionamiento de las instalaciones que hubo de soportar el concesionario, por entender que los mismos exceden del contenido obligacional del contrato. En tal sentido, el Concejal Delegado del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones Administrativas con fecha 9 de diciembre de 2013 dictó resolución por la que acuerda: "Primero.- suspender el procedimiento de cobro del canon de la concesionaria en la cantidad de 101.650,00 € continuando con el procedimiento de cobro del resto de la deuda pendiente en concepto de canon, e iniciar el correspondiente expediente de compensación de dicha cantidad, una vez se disponga de la consignación presupuestaria necesaria para la aprobación de dicho gasto (...)" A fecha del presente informe se encuentra pendiente de formalizar la compensación, una vez que la concesionaria acredite el abono efectivo de la factura a la empresa que realizó el servicio.

V.- Por otro lado, con fechas 4 de febrero, 10 de abril y 25 de septiembre de 2013 se remitió oficios a la empresa concesionaria formulando requerimiento en los siguientes términos:

"A los efectos del correcto seguimiento de las obligaciones que se derivan del contrato que tiene Ud. adjudicado por este Ayuntamiento en el marco de las facultades de inspección que el pliego de cláusulas administrativas reconoce a esta Administración, por medio del presente se le requiere para que dentro de los cinco primeros días de cada mes nos remita el "certificado de situación de cotización con la Tesorería General de la Seguridad Social" relativo a todo el personal adscrito al servicio concedido.

La no presentación, dentro del plazo señalado al efecto, de la documentación solicitada en el párrafo anterior -información esta solicitada en el marco de la fiscalización de la concesión que usted disfruta-, podrá ser constitutiva de infracción al pliego que rige la concesión de referencia; con la correspondiente sanción o resolución del contrato".

VI.- El 24 de julio de 2013, con entrada en el registro general del Ayuntamiento nº 26.701, el concesionario solicita autorización para ceder en arrendamiento las instalaciones

objeto de la concesión; a lo que se le contesta, el día 19 de agosto siguiente, que "según lo previsto en la cláusula duodécima del Pliego que rige la concesión, sólo se permite -previa autorización del ayuntamiento- la cesión o traspaso de la concesión y no así el arriendo de la misma (en todo o en parte)".

VII.- El 26 de noviembre de 2013 se remite a A.L., S.L. nuevo requerimiento donde, además de reiterarle el contenido de los anteriores escritos a los que se refiere el antecedente V, se le advierte que la falta de atendimento al mismo puede llevar aparejada la imposición de una sanción y la resolución del contrato. Asimismo en este escrito se le requiere para que acredite los siguientes extremos:

"1º Estar al corriente en la facturación de los correspondientes contratos por consumo de agua, energía eléctrica, recogida domiciliaria de residuos sólidos y ocupación del dominio público, en los tributos municipales que fueran necesarios por la naturaleza de la prestación del servicio y en los que, siendo de naturaleza estatal, autonómico o local, incidan en la explotación como consecuencia de la naturaleza de la misma.

2º Estar al corriente en el abono de las retribuciones al personal empleado en los correspondientes servicios con arreglo a la legislación laboral vigente.

3º La suscripción inicial y, en su caso, renovación, de la póliza de seguro para la cobertura de los riesgos relativos a daños que pudieran ocasionarse en las instalaciones objeto del presente concurso, así como a personas, mobiliario, maquinaria y menaje que se le entreguen a la concesión y en especial, el riesgo de incendios. Así como, el estar al corriente en el pago de la misma".

4º Obra en el expediente informe del Gerente del Complejo Turístico Municipal C.M., de fecha 2 de diciembre de 2013, en el que expone que existen establecimientos de los cedidos en concesión que permanecen aun cerrados, que algunos de los quioscos y bares no abren diariamente o lo hacen sólo unas horas, y que únicamente se ha contratado el suministro eléctrico por parte de la empresa concesionaria en la zona de los A.S.T., estando aun pendiente de contratar la zona del Lago, además de llevar desde agosto sin abonar una sola factura de dicho suministro. Asimismo expone que: "es conveniente señalar que el servicio que presta el citado concesionario presenta graves carencias y no es, en absoluto, el esperado. Cada vez son más los usuarios que, tras acudir a dichos establecimientos han transmitido sus quejas y reclamaciones por la atención y el servicio recibido y han resuelto posteriormente no volver a consumir en ellos".

IX.- Con fecha 3 de diciembre de 2013, la Concejala-Delegada del Área de Economía, Hacienda, Patrimonio y Nuevas Tecnologías ordena al Gerente del Complejo que se emita nuevo informe, complementario del anterior, en el que se concrete con mayor exactitud los bares y quioscos que no están abiertos o que abren con retraso; y que precise, asimismo, las graves carencias en la prestación del servicio que denuncia en su informe. Se le requiere también para que durante el plazo de un mes haga un seguimiento sobre los horarios de

apertura de los bares y quioscos, en su caso; y de la posible contratación del suministro de energía eléctrica.

X.- En contestación a este requerimiento, el día 5 de diciembre de 2013, el Gerente del Complejo emite nuevo informe en el que especifica las instalaciones que continúan cerradas al público y las que lo hacen con retraso. Además relaciona las carencias que presenta el servicio que presta el concesionario y los motivos más reiterados de las quejas y reclamaciones de los usuarios.

XI.- Obra en el expediente informe oficio del Técnico de Administración General, de 13 de diciembre de 2013, que pone en conocimiento del Sr. Alcalde la existencia de deficiencias en la prestación del servicio que resultan de los informes del Gerente anteriormente aludidos y le comunica la falta de atendimento del concesionario a los requerimientos realizados.

XII.- Con fecha 2 de enero de 2014 el Gerente del Complejo emite su informe sobre el seguimiento mensual realizado en el que vuelve a poner de manifiesto los reiterados incumplimientos del contratista.

XIII.- El día 2 de enero de 2014 tiene entrada en el registro general de la Corporación municipal escrito firmado por F.J.L.G. en condición de Administrador y partícipe único de la empresa A.L.A., S.L. y R.H.R. por el que comunican a esta Administración municipal: "Que ambas partes tienen intención, el 31 de diciembre de 2013, de proceder a formalizar en escritura pública la cesión total de las participaciones sociales de la empresa Á.L.A., S.L.U. propiedad del Sr. L.G. a favor del Sr. H.R.".

XIV.- El 10 de enero de 2014 se remite escrito a Á.L.A., S.L.U. en el que se explica que en los supuestos de transmisión de empresas solo puede continuar el contrato con la entidad beneficiaria en el caso de que así sea expresamente autorizado por el órgano de contratación considerando los requisitos establecidos para la adjudicación de la concesión en función del grado de desarrollo del negocio concesional en el momento de producirse la transmisión. Por ello se le comunica que la cesión total de participaciones realizada carece de efectos jurídicos hasta que no sea autorizada por el Ayuntamiento una vez cumplidos los trámites que en el mismo se detallan. Este escrito concluye con la advertencia de que "si no pudiese producirse la subrogación, por no reunir la persona a la que se atribuye el contrato las condiciones de solvencia necesarias, se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario".

XV.- Obra en el expediente informe del Gerente del Complejo turístico de fecha 13 de enero de 2014 en el que expone:

"(...) desde principios de este enero, he reparado en la presencia repetida en las instalaciones de R.H.R., un empresario que está supuestamente llevando a cabo la

explotación de los servicios de Restaurante Self-servicie, bares y quioscos del Complejo Turístico Municipal C.M.

Dado que esta Gerencia no ha recibido ningún comunicado oficial por parte del Ayuntamiento que anuncie este proceso de cambio y por ello, si ya están al tanto de este asunto, solicito las instrucciones oportunas sobre las medidas que se deben adoptar con respecto a este cambio de titularidad a partir de ahora.

El Complejo Turístico Municipal "C.M." continúa con el normal funcionamiento diario de sus actividades, y no se ha visto afectado por esta operación de cambio, es por lo que, comunico a los efectos oportunos".

XVI.- Asimismo, obra en el expediente escrito presentado en el registro general de la Corporación, el día 5 de marzo de 2014, por R.H.R., actuando -según expone- en nombre y representación de Á.L.A., S.L.U. por el que solicita al Ayuntamiento el aplazamiento y fraccionamiento de pago de la deuda que en concepto de canon se ha generado por la concesión de referencia por importe de 204.350,00 €».

Este informe concluye que aun cuando no ha podido acreditarse en el expediente cuestiones tales como el incumplimiento de las obligaciones laborales y sociales o la suscripción del seguro obligatorio, al no haber atendido la concesionaria a los requerimientos, existen causas de resolución del contrato, especialmente la falta de abono del canon y la deficiente prestación del servicio.

- En relación con la compensación del canon a que hace referencia el apartado IV del anterior informe, con fecha 5 de mayo de 2014, la Alcaldesa-Presidenta Accidental dictó Decreto por el que se reconoció la obligación por importe de 101.650,00 euros a favor de la concesionaria generada por los gastos de puesta en servicio de las instalaciones, que se compensaría con el derecho de igual importe reconocido a favor de la Corporación en concepto de canon de la concesión. En ejecución de esta compensación, el Decreto declara extinguido el canon generado en el ejercicio 2012, durante los meses de agosto a diciembre, por importe de 90.000 euros y ordena aplicar los 11.650,00 euros restantes al canon generado en el ejercicio 2013, correspondiente a parte del canon de enero a marzo de 2013.

- Con fecha 17 de septiembre de 2014, la entidad concesionaria presenta escrito en el que solicita la reducción del canon establecido, con compensación de la cantidad de 69.984,00 euros motivado por el cierre temporal de algunas instalaciones, conforme a la cláusula 18ª PCAP, por causas no imputables a la misma.

Con motivo de este escrito, mediante Decreto de la Alcaldía de 30 de octubre de 2014, se dispuso solicitar al Consorcio de Tributos la paralización cautelar de la

deuda del canon correspondiente a los cuatros trimestres de 2013, así como paralizar el procedimiento recaudatorio de la deuda por el mismo concepto que se halla impagada en la Tesorería municipal correspondiente a los tres primeros trimestres de 2014.

Se fundamentó este decreto en la existencia de indicios racionales de que parte de la deuda generada en concepto de canon sería anulada parcialmente, toda vez que está acreditado en el expediente que algunas de las unidades de explotación cedidas en concesión han permanecido cerradas durante distintos periodos. Por ello se consideró procedente la paralización del procedimiento recaudatorio hasta tanto se aclarase qué cierres no son imputables al concesionario y se pudiese concertar el porcentaje final del canon que ha de reducirse en cada uno de los periodos ya devengados.

En relación con esta reducción del canon, consta en el expediente informe-propuesta de 26 de junio de 2015, de los servicios técnicos, favorable a una reducción del canon en los siguientes términos: primer trimestre de 2013, 1.080,00 euros; segundo trimestre de 2013, 2.772 euros; segundo trimestre de 2014, 5.676 euros; y tercer trimestre de 2014, 264 euros.

Este expediente se encuentra pendiente de resolución.

- Tras diversas vicisitudes posteriores que constan documentadas en el expediente, relativas al cumplimiento por parte de la concesionaria de sus obligaciones con la Seguridad Social y al abono de salarios a los trabajadores, el 28 de septiembre de 2015, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria y en relación con la propuesta de un grupo municipal para que se iniciara de manera inmediata el expediente para la resolución del contrato, adoptó el siguiente acuerdo:

“PRIMERO.- Elaborar un informe jurídico global sobre el estado de derechos y obligaciones de la concesionaria, en el plazo máximo de un mes, computado desde el día 28 de septiembre de 2015.

SEGUNDO.- En caso de concluirse que existe algún motivo para resolver la concesión, que se proceda a ello siguiendo los pasos legales oportunos”.

- Con fecha 29 de septiembre de 2015, se dictó Providencia por la Alcaldía, en la que se estimó que, para el adecuado cumplimiento del anterior acuerdo plenario y la formulación de la propuesta de acuerdo que correspondiera, se hacía preciso con carácter previo a la emisión de dicho informe jurídico global recabar informe técnico de la ingeniera industrial municipal (sobre el cumplimiento o incumplimiento por el

concesionario y por el propio Ayuntamiento de las obligaciones recíprocamente exigibles y establecidas en los pliegos que sirvieron de base a la concesión) así como de la Tesorera municipal (sobre los datos económicos que obrasen en dicha dependencia, relativos a esta concesión). Se dispuso asimismo que, una vez emitidos los anteriores informes, se emitiera informe jurídico por el Jefe de Servicio del Área competente en materia de concesiones administrativas, al que prestase su conformidad el Secretario General, con formulación de una propuesta de acuerdo en la que, previa acreditación documental en el expediente de la concurrencia de algún incumplimiento culpable imputable al contratista, en su caso, se propusiese el inicio del correspondiente procedimiento de resolución contractual, así como que se emitiese el informe preceptivo de la Intervención de Fondos.

- Los informes requeridos fueron emitidos con fechas 6 de octubre, por la Tesorera municipal y la ingeniera industrial, y 9 de octubre de 2015, por el Área de Servicios Generales, Obras e Industrias.

El informe de Tesorería indica los importes de la deuda pendiente correspondientes a los años 2013 (260.865,61 euros), 2014 (237.327,30 euros) y 2015 (246.282,14 euros), comprendiendo en todos estos años los meses de enero a diciembre. Estas cantidades son comprensivas del canon estipulado, tasa de recogida de residuos sólidos y los intereses de demora de 2013.

En cuanto a la situación de la deuda, señala este informe que mediante Decreto de 30 de octubre de 2014 se acordó la paralización del cobro del canon pendiente de los cuatro trimestres del año 2013, que ya habían sido enviados al Consorcio de Tributos, así como de tres trimestres de 2014, pendiente de envío al citado Consorcio.

Indica asimismo que la deuda correspondiente al cuarto trimestre de 2014 así como la de los dos primeros trimestres de 2015 han sido remitidas al Consorcio de Tributos, encontrándose pendiente de remisión las del tercer y cuarto trimestres de este último año.

En este informe se comunica, por último, que se ha modificado en las bases de datos municipales la denominación del concesionario, manteniéndose el C.I.F., pasando a denominarse O.C.M., S.L., no constando en Tesorería notificación del cambio de denominación de dicho concesionario.

- Con fecha 9 de octubre de 2015, se presenta escrito de alegaciones por R.H.R, en representación de la entidad "O.C.M., S.L.", ante el conocimiento que ha tenido

por los medios de comunicación del posible inicio por el Ayuntamiento de un procedimiento para la resolución del contrato de concesión del que es adjudicatario. En esencia, sus alegaciones en este escrito se centran en sostener el desequilibrio económico de la concesión.

- El 19 de octubre de 2015, se emite informe jurídico con propuesta de acuerdo por la Secretaría municipal de inicio del procedimiento de resolución contractual, con desestimación de las referidas alegaciones de la concesionaria. En esta misma fecha, por parte de la Intervención de Fondos, se emite informe favorable a esta propuesta.

2. Con estos antecedentes, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de octubre de 2015 se dispuso el inicio del procedimiento de resolución de la concesión administrativa de los servicios de restauración del Complejo Turístico Municipal C.M. por incumplimiento culpable por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales, consistente en el impago del canon estipulado en el plazo fijado en los pliegos y en el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 223.f) TRLCSP y en las cláusulas 14ª y 17ª PCAP.

En este acto se acordó asimismo desestimar las alegaciones previamente presentadas por la concesionaria, a las que ya se ha aludido, sin perjuicio del derecho que le asiste al replanteamiento de las mismas durante el trámite de audiencia de este procedimiento de resolución contractual.

Igualmente, se acordó diferir al expediente de liquidación del contrato, tanto la resolución que haya de adoptarse dentro del procedimiento tramitado para la reducción del canon devengado durante el primer y segundo trimestres del ejercicio de 2013, y del segundo y tercer trimestre del ejercicio de 2014, como lo dispuesto en el Decreto de la Alcaldía de 30 de octubre de 2014, respecto de la solicitud al Consorcio de Tributos de la Isla de Tenerife para que se paralizara cautelarmente la deuda del canon, correspondiente a los cuatro trimestres del año 2013; así como la paralización del procedimiento recaudatorio de la deuda por el mismo concepto, que se halla impagada en la Tesorería municipal, correspondiente a los tres primeros trimestres del año 2014.

3. Por lo que a los trámites procedimentales se refiere, consta en el expediente el preceptivo trámite de audiencia a la entidad concesionaria, que presentó alegaciones en las que se opone a la resolución, así como a su avalista, que no formuló alegación alguna.

Se ha emitido seguidamente el informe del Secretario General de la Corporación, así como de la Intervención y se ha elaborado la Propuesta de Resolución. En esta Propuesta se desestiman las alegaciones presentadas y se mantiene la resolución del contrato por las citadas causas. Se propone asimismo la incautación de la garantía constituida, al estimar el incumplimiento culpable de la concesionaria, sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento contradictorio que se tramite para la determinación de los daños y perjuicios causados al interés público por dicha resolución.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se propone la resolución del contrato por el incumplimiento culpable del contratista por aplicación de la causas previstas en el art. 223.f) TRLCSP y en las cláusulas 14ª y 17ª PCAP, al haber incumplido su obligación esencial de pago del canon contractualmente estipulado en los plazos asimismo establecidos.

Se estima a estos efectos en la Propuesta de Resolución que el pago del canon estipulado constituye una obligación de carácter nuclear y esencial en la relación contractual que la concesionaria ha incumplido de forma reiterada desde el momento en que surgió dicha obligación, encontrándose pendientes de abono en fecha 6 de octubre de 2015 los cánones correspondientes al cuarto trimestre de 2014 y los cuatro trimestres íntegros de 2015, sin que concurra ninguna circunstancia que afecte al cumplimiento inexcusable de la citada obligación.

2. La contratista se opone a la resolución contractual mediante escrito presentado el 6 de noviembre de 2015. Estas alegaciones son contestadas por la Administración con base en la documentación que integra el expediente, tanto la referida a las cuestiones procedimentales como al incumplimiento de su obligación del pago del canon, con argumentos que evidencian la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución contractual.

2.1. Como alegación inicial, sostiene la concesionaria la nulidad del procedimiento de resolución contractual al haberse adoptado el inicio del mismo con carácter previo al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local.

Señala a estos efectos que la resolución objeto de alegaciones, si bien en apariencia es de fecha 28 de octubre de 2015, tiene registro de salida de 27 de octubre de 2015. Entiende entonces que si bien, supuestamente, la Junta de Gobierno adoptó el acuerdo de inicio del procedimiento el 28 de octubre de 2015, sin

embargo la resolución que es objeto de este acuerdo fue tomada con anterioridad a su celebración y, por lo tanto, la misma ha sido confeccionada y acordada con anterioridad a la toma del acuerdo del citado órgano municipal, supuestamente falseando el futuro resultado de la celebración de la misma y usurpando sus funciones.

Como a este respecto señala acertadamente la Propuesta de Resolución, la consignación del 27 de octubre de 2015 en el casillero del recuadro del registro de salida de la notificación a practicar no constituye más que un error material sin transcendencia jurídica alguna.

Así, de los documentos obrantes en el expediente resulta que la celebración de la sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno Local fue convocada mediante Decreto de la Alcaldía Presidencia de 27 de octubre para el día siguiente, 28 de octubre.

La efectiva celebración de esta Junta en el día señalado consta asimismo acreditada mediante la certificación de la Secretaría General.

En cuanto a la notificación del Acuerdo a los interesados, de los documentos obrantes en el expediente resulta que la elaboración de las mismas se llevó a cabo el mismo día 28 de octubre, haciendo constar de modo expreso en el apartado “fecha” del texto de la propia notificación la de 28 de octubre e indicando también de modo expreso en su primer párrafo el texto “La Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria, celebrada el 28 de octubre de 2015 (...)”.

Por último, en cuanto al Registro de Salida, en el programa informático, que deja constancia electrónica se consignó correctamente como fecha de salida la de 28 de octubre.

En definitiva, los documentos obrantes en el expediente permiten desvirtuar la alegación presentada por la concesionaria, pues acreditan la celebración de la Junta en fecha 28 de octubre. El error material en la fecha de registro de salida consignada en el propio documento (27 de octubre) no afecta al contenido del acto notificado ni ha tenido incidencia alguna sobre el derecho de la interesada a presentar cuantas alegaciones tuviese por conveniente para la defensa de sus derechos, pues no le ha impedido conocer las razones que han motivado que por parte de la Administración se adoptase el inicio del procedimiento de resolución contractual. Carece pues de

relevancia jurídica alguna y no puede por ello fundamentar una declaración de nulidad del acto administrativo.

2.2. Alega en segundo lugar la concesionaria que el procedimiento utilizado para resolver el contrato no es el correcto y se le ha producido indefensión al otorgarle un plazo menor para el cumplimiento del trámite de audiencia, por lo que no ha podido practicar una defensa adecuada a las duras acusaciones que se plantean.

En relación con esta alegación, expone que según recoge el fundamento cuarto del Acuerdo de inicio del procedimiento, el que ha de seguirse es el previsto en el art. 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, lo que considera inadecuado dado que solo puede ser aplicado para las resoluciones de las incidencias que surjan en la ejecución de los contratos. En cambio, para ejercer, tal y como es el caso, la potestad sancionadora y la resolución del contrato sería de aplicación el procedimiento establecido en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, cuyo art. 16 confiere un plazo para hacer alegaciones de quince días, y no de cinco, que son los que en este expediente se han otorgado. Asimismo, el propio pliego de condiciones, en su cláusula decimoquinta, establece incluso mayor plazo al aquí expuesto para efectuar alegaciones ante los procedimientos sancionadores incoados.

Procede señalar que la alegación acerca del procedimiento a seguir carece de todo fundamento ante la evidencia que la legislación reguladora de la contratación administrativa establece un procedimiento específico para la resolución de los contratos. A este procedimiento pues habrá de estarse cuando por la Administración se decida el inicio de un procedimiento de tal naturaleza, siguiendo en consecuencia los trámites establecidos en el art. 109 RGLCAP y no a la norma reguladora de otro tipo de procedimiento, en este caso el alegado procedimiento sancionador.

No obstante, este específico procedimiento no es, efectivamente, el previsto en el art. 97 RGLCAP, sino el establecido en el art. 109 que se acaba de citar y que, a pesar del error padecido, es el que se ha seguido durante la tramitación de este procedimiento, a excepción del plazo para la presentación de alegaciones, pues fueron concedidos cinco días (art. 97.2 RGLCAP) en lugar de los diez días previstos en el art. 109.1.a) del Reglamento.

Sobre este error argumenta la concesionaria la indefensión padecida que, no obstante y teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente, no puede

ser acogida dado que sus alegaciones fueron presentadas dentro del plazo de diez días y no de cinco, y ninguna imposibilidad ha sufrido en orden a presentar las alegaciones que ha estimado conveniente para la defensa de sus derechos. No ha padecido por consiguiente indefensión material alguna.

Así, como se fundamenta en la Propuesta de Resolución y demuestra la propia contestación a las alegaciones presentadas, el plazo que materialmente se ha tenido en cuenta por la Administración para tener por válidamente presentado en tiempo y forma el escrito de alegaciones deducido por el concesionario, con fecha 6 de noviembre de 2015, ha sido el plazo de los diez días naturales siguientes al de la recepción de la notificación del acuerdo (ex art. 109 RGLCAP) y no el plazo de cinco días hábiles, puesto que de haberse tenido en cuenta dicho plazo de cinco días hábiles, el escrito de fecha 6 de noviembre de 2015 hubiera tenido que ser inadmitido, por extemporáneo, teniendo en cuenta que la notificación del acuerdo de 28 de octubre de 2015 fue recibida por el concesionario el día 29 de octubre siguiente, comenzando a correr el plazo del trámite de audiencia a partir del día siguiente y finalizando el mismo el día 5 de noviembre de 2015, por lo que su escrito de 6 de noviembre estaría fuera de plazo.

La consignación errónea del plazo de presentación de alegaciones no puede pues considerarse que haya menoscabado los derechos de la entidad concesionaria en orden a la presentación de cuantos argumentos tuviera por convenientes para oponerse a la resolución del contrato, como efectivamente llevó a cabo. No consta tampoco en el expediente que la interesada, de haber considerado que el plazo concedido era insuficiente, solicitara ampliación del mismo.

Al no haberse producido indefensión material, en el sentido de que se hubiera impedido a la interesada la defensa de sus derechos e intereses, no procede considerar que el error padecido en el plazo otorgado revista la trascendencia jurídica pretendida por la concesionaria.

2.3. Alega seguidamente la concesionaria que la causa invocada para la resolución resulta del todo infundada.

Argumenta en este sentido la ausencia de fijación de las cantidades adeudadas, así como la falta de tramitación de los expedientes de infracciones graves previas. Resalta en este sentido que, de conformidad con la base decimocuarta PCAP, se considera falta grave la falta de pago del canon estipulado en el plazo fijado. Asimismo, de conformidad con la base decimoquinta, relativa a las sanciones, se

establece que si el concesionario incurriese en infracción de carácter grave se le impondrá una multa de 600 a 3.000 euros.

Para la concesionaria resulta medianamente claro que si hubiese incumplido el pago del canon estipulado en el plazo fijado por causas a ella imputables debería ser objeto de una infracción grave, tal y como se recoge en el pliego, y por lo tanto llevaría aparejada una sanción de multa. Añade que la falta de pago del canon estipulado no puede ser objeto de infracción muy grave, ni de la sanción que las mismas llevan aparejadas.

Concluye por ello que, tal y como consta en el expediente de contratación, durante todo el periodo de la relación contractual no se ha incoado expediente sancionador alguno por comisión de infracción grave o leve del concesionario, por lo cual resulta absolutamente desproporcionado y en absoluto motivado el intento del Ayuntamiento de imponer una infracción muy grave por el hecho de reincidencia en faltas graves, cuando la realidad es que no se ha impuesto ninguna sanción por falta grave al concesionario durante todo el periodo de vigencia del contrato.

Inicia la entidad concesionaria sus alegaciones señalando la falta de fijación de las cantidades adeudadas.

A este respecto, resulta de los propios términos de la contratación que las cantidades que la concesionaria debía satisfacer al Ayuntamiento en concepto de canon quedaron claramente fijadas en el acuerdo de adjudicación, en el propio contrato suscrito y de acuerdo con lo estipulado en la Base sexta PCAP. El precio quedó fijado en la cantidad de 1.296.000 euros por los seis primeros años del contrato, a razón de 216.000,00 euros anuales, sin perjuicio de las actualizaciones que procediesen conforme a lo dispuesto en la cláusula 6ª, apartado 2, PCAP que rigió la contratación.

En cuanto a la forma de pago, la citada base 6ª estableció que habría de ser abonado anticipadamente de forma fraccionada en cuatro trimestres anuales, coincidiendo con los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año, y el importe se ingresaría en la Caja de la Corporación, a partir de la vigencia del contrato, dentro de los cinco primeros días de cada trimestre.

Por tanto, las cantidades que la concesionaria debía abonar durante el periodo establecido se encuentran claramente determinadas.

Lo mismo ocurre con las cantidades adeudadas, tal como consta en el informe de Tesorería de 6 de octubre de 2015, que especifica las cantidades debidas en cada

periodo, así como su estado, algunas paralizadas y otras remitidas al Consorcio de Tributos, de todo lo cual ha tenido conocimiento el concesionario.

Es cierto que en el expediente se encuentra pendiente de resolución la reducción del canon solicitada por la concesionaria, a la que ya se ha aludido en los antecedentes para determinados periodos (primer y segundo trimestres de 2013 y segundo y tercer trimestre de 2014), al haber permanecido temporalmente cerradas algunas de las unidades de explotación. Consta asimismo la solicitud al Consorcio de Tributos, decretada cautelarmente por la Alcaldía con fecha 30 de octubre de 2014, para que paralice la deuda del canon correspondiente a los cuatro trimestres de 2013, así como la paralización del procedimiento recaudatorio de la deuda por el mismo concepto, que se halla impagada en la Tesorería municipal y pendiente de remitir al Consorcio de Tributos, correspondiente a los tres primeros trimestres de 2014.

No obstante, este procedimiento que se está tramitando a los efectos de reducción del canon, no enerva la conclusión de que por parte de la concesionaria, desde el inicio del contrato, no ha satisfecho su obligación de pago del canon contractualmente estipulado, resultando además que la paralización de la deuda ha acontecido a partir del 30 de octubre de 2014, con posterioridad por tanto a tales incumplimientos. Consta además que tampoco ha abonado el canon correspondiente a los trimestres posteriores (cuarto trimestre de 2014 y todo el año 2015), en nada afectados por la reducción que se encuentra en tramitación. La posibilidad de una reducción del canon para los indicados trimestres de 2013 y 2014 no habilita a la concesionaria a dejar de satisfacer por su propia iniciativa el canon estipulado, no solo el referido a tales trimestres sino incluso los posteriores, sin perjuicio de las compensaciones a las que en su caso hubiere lugar de acordarse efectivamente la reducción una vez tramitado el expediente.

De la documentación obrante en el expediente resulta entonces que la concesionaria ha incumplido su obligación de pago en los plazos fijados en los pliegos de forma constante.

Alega por otra parte la concesionaria que no se ha tramitado expediente sancionador alguno, por lo que la resolución del contrato resulta desproporcionada.

No obstante, a este respecto procede señalar que el Texto Refundido no condiciona la prerrogativa de resolución contractual que ostenta la Administración a la previa tramitación de expediente sancionador alguno, sino a la existencia de

alguna de las causas de resolución que, establecidas legalmente, concurren en el concreto supuesto. Por ello, la Administración puede proceder a resolver el contrato, a pesar de que existan comportamientos del contratista que puedan ser constitutivos de infracción, sin haber previamente impuesto sanción alguna, siempre que concorra causa de resolución, que ha de ser debidamente motivada.

2.4. Alega seguidamente la concesionaria que la entidad mercantil O.C.M., S.L. es la misma entidad que Á.L.A., S.L.U., cuyo cambio de denominación social fue elevado a público para su inscripción en el Registro Mercantil, mediante escritura pública de 3 de junio de 2014, acuerdo publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil nº 174, de 11 de septiembre de 2014.

Como refiere la Propuesta de Resolución y se comprueba en el propio expediente, el cambio de denominación social de la entidad concesionaria inicial resulta irrelevante a los efectos de la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual, toda vez que el procedimiento no ha sido iniciado en relación con este motivo, sino por el incumplimiento del pago del canon. No presenta entonces relevancia alguna en orden a la apreciación de la existencia de causa de resolución del contrato, dado que no se fundamenta en el incumplimiento por parte de la concesionaria de la previa comunicación y solicitud de autorización municipal para proceder al referido cambio de denominación social, ajena por tanto al presente procedimiento.

2.5. Alega finalmente el concesionario que la causa por la que no ha hecho frente al abono del canon se debe a que se encuentra en espera de encontrar una solución, por entender que el mismo es absolutamente desproporcionado.

La concesionaria, sin embargo, participó en la licitación sin plantear previamente objeción alguna a las condiciones contractuales y asumiendo posteriormente, mediante la firma del correspondiente contrato, la cantidad establecida como canon. Como concesionaria de la gestión del servicio público, asume asimismo, tal como expresamente dispone el art. 277.a) TRLCSP, la gestión del servicio a su propio riesgo y ventura.

Por lo demás, sus solas consideraciones acerca de lo que entiende un canon desproporcionado no le habilita para incumplir sus obligaciones contractualmente asumidas.

3. Ha quedado pues acreditado, en los términos expuestos, que la concesionaria de los servicios de restauración del Complejo Turístico Municipal C.M. ha incumplido

de forma reiterada su obligación de pago del canon contractualmente estipulado desde el inicio de la relación contractual, ya que no ha abonado cantidad alguna por este concepto durante los ejercicios 2013, 2014 y 2015.

El incumplimiento de esta obligación en estos términos puede calificarse como esencial a los efectos previstos en el art. 223.f) TRLCSP, pues no evidencia un mero retraso en el cumplimiento de la obligación, sino un incumplimiento total del abono del canon estipulado que puede calificarse de grave y sustancial y que habilita, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la resolución del contrato (SSTS 10 de marzo de 1999, 20 de abril de 1999, 2 de abril de 1992 y 14 de junio de 2002). La obligación de pago del canon ha sido asimismo calificada como esencial por este Consejo Consultivo en su reciente Dictamen 375/2015, de 8 de octubre.

4. Por último, en su escrito de alegaciones la concesionaria puso en conocimiento de la Administración que se encuentra en situación concursal, tramitándose el procedimiento ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, mediante el correspondiente procedimiento de concurso voluntario abreviado.

De conformidad con lo previsto en el art. 223.b) TRLCSP, constituye causa de resolución contractual la declaración de concurso. Sin embargo, dado que este procedimiento ya se encuentra iniciado por otra causa anterior en el tiempo, no procede en este momento la resolución contractual por este motivo. En este sentido, el criterio de que cuando concurren varias causas de resolución se ha de aplicar la primera que surge en el tiempo es una doctrina legal constantemente reiterada por el Consejo de Estado (Dictámenes de 4 de julio de 1985, de 25 de junio de 1987, 712/1994, de 23 de junio, 1016/1997, de 11 de septiembre, 1265/2000, de 25 de mayo, 1843/2008, de 18 de diciembre, 681/2009, de 21 de mayo y 404/2010, de 29 de abril, entre otros muchos).

En cualquier caso, la Administración no fundamenta la resolución contractual en la referida causa.

5. En definitiva, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista por la causa alegada por la Administración, con incautación de la garantía definitiva prestada, así como, en su caso, indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada (art. 225.3 TRLCSP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, por lo que procede la resolución de la concesión administrativa de los servicios de restauración del Complejo Turístico Municipal C.M. por la causa invocada por la Administración municipal.