



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 114/2016

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de abril de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Güímar en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, del servicio de piscina municipal cubierta y climatizada de Güímar, por incumplimiento imputable al contratista (EXP. 61/2016 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Güímar, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, del servicio de piscina municipal cubierta y climatizada de Güímar.

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.

2. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 21 de enero de 2011, 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 Ley 30/2007.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual, de acuerdo con los documentos que integran el expediente administrativo remitido a este Consejo, son los siguientes:

1. El Consejo de Gobierno del Cabildo Insular de Tenerife, en sesión celebrada el 19 de mayo de 2008 y previo convenio suscrito con el Ayuntamiento de Güímar, adjudicó al empresario individual L.M.O.L.-C. el contrato administrativo de obras para la ejecución de la obra denominada "Piscina tipo 2: Piscina Básica Polivalente de Remodelación en el Término Municipal de Güímar".

Una vez finalizada, con fecha 21 de julio de 2010 se formaliza acta de recepción de la obra, aprobándose la certificación final de obras el 11 de octubre de 2010 y con fecha 6 de agosto de 2012 la liquidación y devolución a la contratista de la garantía constituida.

2. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de enero de 2011, actuando por delegación del Pleno, se adjudicó el contrato administrativo de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, del servicio de piscina municipal cubierta y climatizada de Güímar a la Unión Temporal de Empresas "C., S.L., S.L.- L.M.O.L.-C., UTE (...)".

De conformidad con lo previsto en la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación (PCAP), el concesionario queda obligado a prestar los servicios de cafetería, administración, salvamento acuático, socorrismo y primeros auxilios, enseñanza de la natación y de actividades deportivas, fisioterapia, gimnasios, sauna y otras terapias, ludoteca, recepción y control de acceso y demás usos que se otorgan a las diferentes dependencias o habitaciones que conforman el inmueble, limpieza general de las instalaciones, playa, vaso y accesos interiores y en general del edificio e instalaciones y componentes inherentes al mismo, así como el control y mantenimiento de las instalaciones con el alcance y en los términos indicados en los pliegos de prescripciones y de cláusulas administrativas.

El plazo de vigencia de la concesión se fijó en 20 años (cláusula 7 PCAP), a contar desde la fecha de inicio de la prestación del servicio, fecha que debía acreditarse mediante acta suscrita por el Ayuntamiento y el contratista en el plazo

máximo de 10 días naturales a contar desde el siguiente al de la firma del contrato. La prestación del servicio, conforme a esta misma cláusula, debía comenzar al día siguiente al de la firma de la referida acta.

En cuanto al régimen económico de la concesión, dispone la cláusula 10 lo siguiente:

- El concesionario asume todos los costes que se deriven de la gestión del servicio contratado, a excepción de los expresamente indicados en el propio pliego y en el de cláusulas de prescripciones técnicas, y debe asumir igualmente el coste de las inversiones, iniciales y posteriores, que se detallan en el Anexo II.

En este Anexo II del PCAP se especifica el equipamiento a instalar con cargo a dicha inversión, como taquillas y celdas para usuarios y personal de la instalación, mobiliario de vestuarios, de recepción y de oficinas, equipo informático de recepción y control y registro de acceso, equipamiento deportivo para los gimnasios y salas de actividades, etc. Establece también el Anexo que el concesionario vendrá obligado a realizar estas inversiones por un importe mínimo de 150.000 euros y hasta la cantidad ofertada por el mismo, teniendo en cuenta que para la ejecución de las mismas deberá seguir en todo momento las especificaciones e instrucciones que al respecto se le indiquen desde la Concejalía de Deportes, por lo que será esta Concejalía la que proponga la inversión a realizar por la empresa concesionaria en infraestructura y equipamiento, siempre con informe favorable y positivo de la Oficina Técnica Municipal.

Indica asimismo el Anexo II del PCAP que la citada inversión ofertada y aprobada deberá ser renovada cada 5 años, con lo cual la inversión mínima final durante los 20 años de concesión será de 600.000 euros, ya que al final de la concesión el concesionario deberá revertir al Ayuntamiento tanto las instalaciones en perfectas condiciones como la inversión en equipamiento ofertada y renovada y nueva.

- En cuanto a las inversiones iniciales, dispone la cláusula 10 PCAP que en el plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de inicio de la prestación del servicio el concesionario debe realizar las inversiones iniciales en mejora de equipamiento de las instalaciones que se detallan en el citado Anexo II por un importe mínimo de 150.000 euros (amortizando 30.000 euros al año).

- Esta cláusula establece asimismo los conceptos que integran los ingresos por los servicios y trabajos objeto de la concesión (tarifas establecidas en la Ordenanza

municipal correspondiente, ingresos derivados de las actividades deportivas complementarias y subvenciones) y establece que los costes del servicio y de mantenimiento de las instalaciones, en los términos que se establecen en esta cláusula, serán de cuenta del concesionario.

- Por último, en esta cláusula se estableció un canon porcentual variable anual en orden a los ingresos totales obtenidos por la concesionaria, conforme al tipo relativo al tramo de facturación que asimismo se detalla.

3. El contrato fue formalizado en documento administrativo con fecha 8 de abril de 2011.

De conformidad con lo previsto en su cláusula 5, la concesionaria debía realizar una inversión inicial por valor de 688.363,27 euros, siendo renovada como mínimo cada cinco años, revertiendo al Ayuntamiento en perfecto estado tanto dicha inversión inicial como la infraestructura al completo, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 16 PCAP y en el Anexo II del mismo.

En su párrafo segundo, esta cláusula establece que “esta inversión, a realizar por el importe ofertado por el adjudicatario, se determinará con posterioridad a la firma de este contrato, la cual quedará documentada y anexada al mismo, formando parte integrante de este. La relación que se adjunta por el adjudicatario en su oferta, indicando los elementos que la conforman, tiene carácter meramente indicativo, no así su importe (...)”.

En relación con estas inversiones, la cláusula 6 asimismo dispone que “la referida inversión deberá ser aprobada previamente por el Ayuntamiento, una vez sea presentada por el adjudicatario la documentación que se le requiere a tal fin, acompañada de la memoria, precios descompuestos y planos de todos los elementos que la integran. La no presentación de esta o su no adaptación a lo establecido por el Ayuntamiento dará lugar a la rescisión del contrato conforme establecen los artículos 206 y 262 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”.

A su vez, la cláusula 11 del contrato establece que antes de la iniciación de la gestión del servicio se levantará acta comprensiva de todos y cada uno de los elementos, con indicación de su referencia, modelo y cantidad y lugar de instalación. Si constituyera parte de la inversión a la que se obliga el adjudicatario, la ejecución de obras, adquisición de terrenos para mejora o ampliación del servicio o cualquiera otra instalación u elemento, se requerirá, además, informe técnico favorable para la

ejecución de obras y, para el resto, los informes que fueran preceptivos por parte de los distintos servicios del Ayuntamiento.

4. En el expediente no consta el acta de inicio del servicio, que debió ser suscrita de conformidad con lo previsto en la cláusula 7 PCAP. No obstante, de acuerdo con el informe de la Secretaría municipal de 22 de marzo de 2015, la concesionaria remitió escrito a la Corporación, fechado el 9 de junio de 2011, en el que expresamente indica que el inicio del Servicio se coordinó con la Corporación municipal para el 1 de junio y así se comunicó a los ciudadanos de Güímar, los cuales realizaron el abono de las tasas municipales durante los meses de abril y mayo.

5. Con fecha 19 de mayo de 2011, el representante de la UTE presenta una relación de la inversión inicial a efectuar en la piscina municipal que asciende a la cantidad de 709.939,67 euros.

En relación con esta inversión, se emite el mismo día informe por arquitecto técnico municipal en el que se hace referencia a un anterior informe de 22 de marzo en relación con la documentación aportada con anterioridad por la concesionaria, al no adjuntarse ni las memorias, ni los precios ni los planos solicitados. Concluye además que se deberá aportar proyecto de instalación de la cafetería realizado por técnico competente y que existe una variación en la inversión, emitiendo en consecuencia informe desfavorable.

6. Con fecha 26 de mayo de 2011, se dicta por el Concejal Delegado de Deportes la Resolución nº 2057/2011, por la que se le da traslado a la empresa concesionaria del citado informe técnico de fecha 19 de mayo del 2011 y se le concede un plazo de diez días hábiles para cumplimentar la documentación que en la propia Resolución se detallaba (memoria descriptiva de las obras y demás instalaciones que se pretenden realizar, suscrita por técnico competente, precios descompuestos de las mismas, planos de todos los elementos que lo integran, proyecto de instalación de la cafetería, proyecto de legalización de la zona termal, estudio de seguridad y salud y programa de trabajo).

A dicha notificación contesta la empresa concesionaria en escrito de fecha 9 de junio de 2011 en el que se dice, entre otros extremos, que dicha inversión no ha sido ejecutada en su totalidad, por lo que el importe definitivo así como la documentación justificativa de la misma serán entregados a su finalización y alega como causa de la no finalización, que aún no han concluido las obras y principalmente la puesta en marcha del edificio. Comunica asimismo que las causas

indicadas no han sido impedimento para el inicio del servicio, el cual se coordinó con la Corporación municipal para el 1 de junio.

7. El 9 de junio de 2011, se suscribe por el técnico municipal y el representante de la concesionaria, entre otros, acta de visita de los técnicos municipales a las instalaciones de la Piscina Municipal.

En esta acta se deja constancia de lo siguiente.

«(...) que las citadas instalaciones se encuentran en funcionamiento, siendo utilizadas tanto las piscinas como otras instalaciones [gimnasio, vestuarios, oficinas (...)]. Que se estaba ejecutando una barra de albañilería para la futura cafetería. Esta carecía de mobiliario. Que de acuerdo con los planos del proyecto de ejecución, una parte de la zona del gimnasio (área de ejercicio de desarrollo muscular) se ha ubicado en un sitio diferente. Este aspecto es importante que sea constatado por el técnico del área de actividades a la hora de la evacuación del personal que permanece dentro de las instalaciones públicas, ya que ocupa una zona que antes era un espacio de transición para las personas y usuarios. Que se aprecia que se han modificado y/o ampliado cuadros eléctricos y de telecomunicaciones, ejecutado pilares y vigas de hormigón armado, creación de nuevos puntos de agua, obras de albañilería, carpintería metálica, etc, y, hasta la fecha de este informe, todavía la empresa que gestiona las instalaciones públicas no ha presentado la documentación requerida por esta Sección y más concretamente por este funcionario. Que mediante Resolución nº 2057/2011, de 25 de mayo, del Concejal Delegado de Deportes, se requirió documentación preceptiva en relación con las inversiones a realizar por la empresa concesionaria en las citadas instalaciones, como eran, entre otras, una memoria descriptiva, justificativa y valorada de las obras, los precios descompuestos y un programa de trabajo, concediéndoles un plazo de diez días hábiles para sus presentación. El 8 de junio de 2011, registro de entrada nº 11002 se presenta escrito por parte del Representante legal de la UTE, C., S.L., S.L.-L.M.O.L.C., justificando que no nos pueden presentar la documentación requerida porque la inversión no ha sido ejecutada en su totalidad y que será entregada una vez finalizada la misma, así como solicitan colaboración municipal para completar dicha documentación y que se designe un Coordinador Municipal. Por tanto señalarse que dicha documentación debió de entregarse antes del inicio de las obras por la empresa concesionaria, con el objeto de poder informar y valorar las mismas, así como poder comprobar con posterioridad la realidad ejecutada. Además, dejar constancia de que se ha iniciado el servicio sin la preceptiva licencia de apertura de la actividad, así como sin haberse suscrito la correspondiente acta de prestación del servicio, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas sexta y décimo primera del contrato suscrito el 8 de abril de 2011 (...).».

8. Mediante Resolución nº 3449/2011, de 12 de septiembre, del Concejal de Urbanismo, se autorizó la instalación de la actividad "piscina municipal", si bien indicando que quedaba condicionada esta autorización al resultado positivo de la

visita de comprobación que habría de realizarse previamente al otorgamiento de la licencia de funcionamiento, así como al cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia y de las medidas correctoras detalladas en la misma.

9. El 17 de agosto de 2011, la concesionaria presenta la documentación requerida para justificar la inversión por importe de 823.387,06 euros.

La presentación de esta documentación motiva que se gire visita a las instalaciones por los técnicos municipales los días 31 de septiembre y 10 de octubre de 2011, emitiéndose con fecha 2 de noviembre de 2011 informe en el que se concluye en la necesidad de requerir a la empresa sobre la acreditación y justificación de las obras realizadas en la piscina municipal [presentación de facturas originales y documentación pertinente para justificar determinadas inversiones, planos, certificados de calidad de maquinaria (...)]. Pone también de manifiesto este informe que determinados gastos no se pueden considerar como inversión [gastos de limpieza y los correspondientes a los de dirección facultativa, dirección de ingeniería, dirección financiera (...)]. Por último, pone de relieve que los técnicos no han podido valorar estas inversiones con carácter previo, como exige la cláusula sexta del contrato suscrito, debido a que la documentación no se presentó por la empresa concesionaria antes del inicio de la actividad y que a la fecha de este informe sigue sin estar completa.

10. La Secretaría General, a la vista del anterior informe, emite informe con fecha 7 de noviembre de 2011 en el que considera que la empresa concesionaria no ha cumplido con las obligaciones esenciales establecidas en el contrato administrativo suscrito, en relación con la inversión ofertada, al no presentar en plazo la documentación requerida en repetidas ocasiones. Añade que estas inversiones debieron ser aprobadas previamente por el órgano de contratación, así como la necesidad y oportunidad de las mismas para la prestación del servicio y no con posterioridad a la ejecución. Por todo ello, entiende que procedería la resolución del contrato.

11. Mediante Resolución nº 4199/2011, notificada a la empresa concesionaria con fecha 16 de noviembre de 2011, se le concede trámite de audiencia en relación con la no acreditación ni atención a los requerimientos de documentación y justificación técnica de los cambios efectuados en la instalación, sin contar con la autorización municipal previa, y que, sin embargo, y aún sin acreditar la inversión inicial, la empresa concesionaria incluye en los informes mensuales relativos a la

gestión una relación de nuevas inversiones distintas incluso a las previstas inicialmente, para las que no contaba con autorización ni justificación.

Asimismo, mediante Resolución nº 4200/2011, notificada a la empresa en la misma fecha que la anterior, se requiere a la empresa concesionaria la aportación de facturas originales, sustitución de las facturas proforma por facturas originales y/o documentación acreditativa de la inversión, justificación y documentación técnica de las obras realizadas e invocadas por el concesionario como inversión.

12. La concesionaria presenta escrito en el que, según manifiesta, dan contestación a las Resoluciones mencionadas anteriormente y amplían el escrito presentado por dicha empresa el 17 de agosto de 2011, sobre la inversión que había realizado hasta la fecha.

Con relación a ese escrito, se emite por el Ayuntamiento la Resolución nº 4940/2011, de 30 de diciembre, notificada al concesionario con fecha 4 de enero de 2012, en la que se ponían de manifiesto determinadas deficiencias en la documentación presentada en los siguientes términos:

«En relación con la documentación presentada como Capítulo 15: Sigue sin acreditarse la inversión relacionada con la obra civil de la zona termal, ludoteca y acceso piscina, dado que no se presenta la memoria descriptiva y justificativa de cada uno de los capítulos de dichas obras cuyo importe asciende a 81.685,42 €. En el Capítulo 22 y 29: no consta en la documentación aportada el proyecto técnico donde se justifiquen las obras ejecutadas tanto en concepto de instalaciones como de maquinaria y demás elementos necesarios para la puesta en marcha de la cafetería. Consta entre la documentación aportada copia del contrato de arrendamiento entre la empresa y M.J.S.R., si bien falta el inventario anexo mencionado en la cláusula 2. Capítulo 21 y 30: Se aporta contrato de arrendamiento a nombre de M.D. y entre la documentación aportada existen facturas sin identificar el cliente. Capítulos 1, 2, 5, 6, 7, 8 y 9: presentan copia de contrato de arrendamiento y prestación de servicios de bienes muebles con la C.R., a través del cual se arriendan una serie de bienes que se establecen en las condiciones particulares del mismo, los cuales no se detallan en todos los capítulos entre la documentación aportada (anexo 1). Además queremos hacer constar que estos bienes de conformidad con lo establecido en la cláusula no 13 de las condiciones generales del mencionado contrato: "Ilegada la terminación del contrato del arrendamiento, el arrendatario procederá a la devolución y entrega de los bienes al arrendador, en correcto estado de funcionamiento y conservación, atendido su antigüedad y uso (...)". Por tanto, no queda acreditada la titularidad

municipal de los mismos. Capítulo 24 y 25: en relación con la inversión suplidos C., S.L." por importe de 56.785,32 €, se aporta una factura por desarrollo del proyecto de reforma y adecuación de la piscina, sin especificar en que consiste el citado proyecto ni aportar copia del mismo. Y en relación con la inversión suplido L.M.O.C., por el mismo importe, se aporta una relación de los técnicos participantes en el proyecto acompañada de un índice de los trabajos realizados, sin aportar el desarrollo de citado proyecto. Por tanto, señalar que con la documentación aportada no queda justificada la naturaleza como inversión de los gastos generales de la UTE (16%), POR IMPORTE DE 113.570,63 euros».

13. En escrito de 20 de enero de 2012, de contestación a la anterior Resolución, la concesionaria presenta determinada documentación.

En relación con esta documentación, se emite nuevamente informe técnico desfavorable, al no acreditar lo requerido por el Ayuntamiento, pues presenta lo que denomina *Memoria habilitante*, donde intenta justificar la necesidad de las obras realizadas (ampliaciones, cambios de uso, así, por ejemplo, el concesionario cambió el lugar donde estaba inicialmente la ludoteca para instalar una tienda de productos de nutrición deportiva, etc.), si bien esta memoria está suscrita no por un técnico ni empresa sino por el propio concesionario. Tampoco acredita la justificación de la inversión, ni la valoración técnica ni autorización por el Ayuntamiento.

Se añade que sigue sin aportar documentación original y/o acreditativa de que las facturas proformas han sido abonadas a sus proveedores, salvo contadas ocasiones, en las que se adjunta copia de talón bancario. Tampoco se justifican la necesidad de realización de las obras ejecutadas pues estas parecen más responder a un replanteamiento y ampliación de la actividad, que a una necesidad o exigencia necesaria que impida la prestación del servicio, como lo prueba el hecho de que donde figuraba antes la ludoteca ahora se localiza una tienda de productos de dietética.

El técnico municipal informa, con fecha 9 de febrero de 2012, con carácter desfavorable este nuevo escrito de la concesionaria.

14. El día 15 de octubre de 2012, se le notifica a la empresa concesionaria un escrito en el que se le recuerda que la realización de cualquier inversión requiere la aprobación previa del Ayuntamiento. Asimismo, se le recuerda que la adquisición de elementos desgastados por el uso, los necesarios para el mantenimiento de las instalaciones o bienes, así como los elementos sustitutivos de otros ya instalados no

podrán computarse como parte de la inversión a realizar por la concesionaria, al tratarse claramente de gastos de mantenimiento del servicio.

15. Con fecha 21 de noviembre de 2012, el Técnico de la Unidad de Obras y Servicios emite informe relativo a la acreditación de la inversión por parte de la concesionaria. En este informe se indica que la empresa concesionaria del servicio:

- Ha adquirido bienes y realizado obras sin la supervisión de los servicios técnicos municipales.

- Ha incluido conceptos que no entran dentro de la inversión, tales como productos de limpieza, mopas, guantes, etc, etc.

- Ha añadido un nuevo capítulo de obras de inversión, que se refieren al segundo período concesional, es decir, a la segunda inversión que habrá de hacerse cada cinco años, como exige el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

- Los capítulos de inversión signados con los números 13, 17 y 21 han de ser informados por otros técnicos.

- Existen partidas en mediciones y presupuestos que al no supervisarse por un técnico no pueden justificarse.

- Los capítulos de la inversión números 1, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 son bienes en régimen de *renting*.

16. Por Resolución nº 78, de 14 de enero de 2013, se concede trámite de audiencia a la concesionaria en virtud de lo manifestado por el técnico de la Unidad de Obras y Servicios en informe, de fecha 11 de enero, en el que se refiere al emitido el 21 de noviembre de 2012 con relación a la acreditación de la inversión inicial en la instalación.

Respecto de ese trámite de audiencia, la UTE formula escrito de alegaciones el 26 de enero de 2013. En dicho escrito manifiesta que:

- Con relación a la inversión ofertada no puede obviar el órgano de contratación que se han observado las indicaciones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que al incorporarse a la oferta (nos remitimos a nuestra oferta obrante en el expediente de contratación) y adjudicarse el contrato, se ha verificado su aceptación incondicional generando obligación contractual, con independencia de los controles formales que haya de ejercer la Concejalía de Deportes *a posteriori* tras verificar la adjudicación. Por ello, no comparte el argumento de técnico municipal informante de no aprobación por el Ayuntamiento, pues lo comunicado desde el mes

de junio de 2011 y reiterado en el mes de diciembre de 2012 viene en reproducir el contenido de la oferta.

- Con relación a los gastos asumidos, alega que ha tenido que asumir unos gastos para poder poner en funcionamiento la instalación sin los cuales no podía iniciar la prestación.

- La instalación no estaba bien diseñada y esta información se omitió por parte de la Administración.

Por todo ello, solicita que se tenga por acreditada la inversión que solicita y se le abone la cantidad 288.007,41 € en concepto de inversión necesaria para la adecuación de las instalaciones y los honorarios de los profesionales intervinientes en la redacción de la documentación técnica necesaria para adecuar la instalación y posibilitar su puesta en marcha.

17. El 16 de diciembre de 2013, se presenta por escrito por la concesionaria en el que pone en conocimiento de la Administración que la entidad aseguradora le ha requerido la aportación de determinada documentación que no obra en su poder y que relaciona en escrito adjunto.

18. El 27 de diciembre de 2013, se remitió por el Concejal Delegado de Contratación, Hacienda y Transportes parte de la documentación solicitada a la empresa concesionaria, que obraba en el expediente administrativo de licencia municipal de apertura (certificado de instalación de protección contra incendios, certificados de dirección y finalización de obra, autorización de puesta en servicio de las instalaciones, certificado de instalación de baja tensión, certificado de instalación alta/media tensión, OCA de baja tensión, OCA de alta tensión, acta de recepción de las obras, acuerdo de aprobación de recepción de obras, informe técnico del Servicio Administrativo de Deportes del Cabildo Insular de Tenerife y Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo Insular relativo a la liquidación y devolución de las garantías).

Asimismo, se puso en su conocimiento que el resto de documentación estaba solicitada al Cabildo Insular de Tenerife.

19. El 27 de marzo de 2014, se presenta nuevo escrito por la concesionaria en el que se hace constar lo siguiente:

«Que habiendo remitido a la entidad aseguradora Z. la documentación que nos fue remitida por esa Administración referente a la apertura y funcionamiento de las instalaciones

deportivas cuya gestión nos ha sido adjudicada, procedo a poner en su conocimiento la respuesta de la citada aseguradora en las que nos confiere un mes a contar desde el 11 de marzo de 2014 para que les remitamos la licencia de apertura y funcionamiento en vigor o cualquier otra documento que la sustituya (declaración responsable o comunicación previa); si tras llegar el 11 de abril de 2014 sin recibir la citada documentación se procederá a anular los contratos de seguro suscrito (...)».

20. El 9 de abril de 2014, se notifica a la concesionaria oficio del Concejal Delegado de Servicios Municipales, Empresas Concesionarias, Sanidad y Medio Ambiente poniéndole en conocimiento de que por parte del Ayuntamiento se han llevado a cabo los trámites administrativos necesarios para la contratación de un ingeniero industrial que emita un informe sobre “el estado actual de legalización de todas las instalaciones existentes en la piscina municipal”.

Este contrato se había concertado el 7 de abril de 2014.

21. El 11 de abril de 2014, la concesionaria presenta escrito por el que comunica el cierre de la instalación con efectos desde las 23:59 horas del día 11 de abril de 2014, al quedar sin cobertura de la entidad aseguradora, por causas imputables exclusivamente al Ayuntamiento propietario de la instalación.

22. El 11 de abril de 2014, se emite informe por la Policía Local de Güímar procediendo a realizar inspección ocular en las dependencias de la piscina municipal y diligencia fotográfica de los carteles colgados en el vestíbulo de entrada del edificio.

23. En esta misma fecha se emite informe por arquitecto técnico municipal sobre si la edificación de la piscina municipal presenta peligro para los usuarios, en el siguiente sentido:

«En visita realizada en el día de la fecha, se pudo comprobar que la edificación estaba abierta al uso público. De acuerdo a las indicaciones dadas por el director de la gestión del edificio, manifiesta su preocupación por el aplacado de la fachada y de la cubierta de la piscina.

En cuanto al aplacado de la fachada, no presenta signos de desprendimiento (...). Por tanto, el aplacado no presenta peligro para los peatones y usuarios, pero se recomienda que se hagan las comprobaciones en toda la fachada del edificio (...).

En cuanto al cerramiento de la cubierta de planchas metálicas de la cubierta se detecta que existen manchas de oxidación como consecuencia de la condensación de agua o la entrada del agua desde el exterior, pero no se detecta embolsamientos o signos de desprendimiento que supongan un peligro de caída. Por tanto, la cubierta no presenta peligro

de caída para los usuarios, pero se recomienda que se hagan las comprobaciones desde la cubierta para mejorar y limitar el desarrollo o progreso de la oxidación de las planchas (...).

24. El 14 de abril de 2014, se remite por la Administración a la compañía de seguros la siguiente documentación:

- El citado informe técnico de 11 de abril de 2014.

- El informe emitido por el Ingeniero Industrial en virtud del contrato de servicios suscrito, en el que se certifica que tras las inspecciones oculares realizadas y la documentación técnica obtenida hasta el momento de las distintas instalaciones que componen la piscina municipal de Güímar, no se observan a simple vista defectos ni deficiencias graves o muy graves en cuanto a su instalación se refiere, presentando en su conjunto un buen estado de conservación y mantenimiento. Se añade que el conjunto de las instalaciones no presentan peligro potencial para las personas usuarias de la piscina.

- Certificado de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento en relación con la licencia de apertura, en el que se informa, en relación con la exigencia de licencia urbanística de apertura para la instalación de la piscina municipal como trámite previo a la formalización de la concesión administrativa, que en los actos promovidos por los Ayuntamientos no será necesario tal trámite, tal como se establece en el art. 166.4 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo.

25. El 16 de abril de 2014, se remite a la empresa aseguradora de la piscina municipal el cronograma elaborado por el ingeniero industrial contratado por el Ayuntamiento sobre las actuaciones a realizar para la legalización de la piscina municipal.

En relación con esto, la compañía aseguradora notifica mediante correo electrónico el 22 de abril de 2014 que mantiene la póliza en vigor hasta el 30 de junio de 2014, a la espera de recibir los certificados finales de legalización de las instalaciones.

Posteriormente, se notifica el 23 de abril de 2014 el cronograma de legalización de las instalaciones a la empresa concesionaria que presta el servicio.

26. En mayo de 2014, se presenta por el ingeniero contratado el informe sobre el estado actual de legalización de todas las instalaciones existentes en la piscina municipal. En las conclusiones de este informe -aportado por la concesionaria en el

trámite de audiencia- se indica que la piscina se encuentra legalizada en un 60% de sus instalaciones, requiriendo la inmediata legalización ante la Consejería de Empleo, Industria y Comercio las instalaciones de abastecimiento y evacuación de agua, ventilación mediante bomba de calor, agua caliente sanitaria por caldera diésel y depósito de combustible.

Tras este informe, por la Administración se formalizaron diversos contratos para la redacción de proyectos técnicos para la legalización de las instalaciones, así como contratos de obras (ventilación del cuarto de caldera), revisión de fontanería e inspección de la instalación eléctrica de baja tensión y, por último, de legalización del depósito de gasoil, que se realizaron entre junio de 2014 y febrero de 2015.

27. Con fecha 10 de septiembre de 2014, la concesionaria presenta escrito en el que pone en conocimiento de la Administración que la entidad aseguradora ha resuelto unilateralmente la póliza de seguros suscrita, con efectos a 8 de septiembre, poniendo asimismo de manifiesto que, de acuerdo con informe técnico que adjunta, existen graves incumplimientos de la normativa técnica y legal de aplicación del recinto donde se ubica la instalación de depósito de gasoil, recomendando este informe el cierre inmediato de las instalaciones.

Como consecuencia de ello, comunica el cierre inmediato de la instalación con efectos desde las 23:59 horas del día 8 de septiembre.

28. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 15 de septiembre de 2014, acuerda suscribir con cargo al Ayuntamiento y a la póliza de seguros de responsabilidad y daños de aquel la cobertura de la piscina municipal, hasta que concluya la legalización de la parte de las instalaciones pendiente de legalizar. Se acuerda asimismo que se proceda a la apertura de la instalación, que se concluya el expediente respecto a la legalización de las instalaciones que constan relacionadas en el informe técnico, y que se concluya la obra de ventilación del depósito en el plazo de un mes.

Contra este Acuerdo se interpuso por la concesionaria recurso potestativo de reposición, argumentando la existencia de deficiencias en la instalación al no cumplir la normativa técnica de aplicación, así como la anulación de la póliza de seguros por la aseguradora. Según indica en sus alegaciones, este recurso no ha sido resuelto por la Administración.

29. El 17 de septiembre de 2014, se emite informe por el ingeniero técnico industrial contratado en el que hace constar lo siguiente y del cual se dio cuenta a la concesionaria:

- Las instalaciones que quedan pendientes de legalizar, subsanar o ejecutar no suponen riesgo potencial para las personas usuarias de la piscina.

- En el caso de la sala de caldera y depósito de gasoil, asegurando la ausencia de fugas o derrames del combustible, se puede garantizar por completo que la instalación no supone mayor riesgo que el propio que pueda existir con todas las medidas de seguridad instaladas.

- Estas soluciones transitorias permitirán la adecuación de la instalación sin necesidad de forzar el cierre de la piscina.

30. Con fecha 18 de septiembre de 2014, mediante Decreto de la Alcaldía- Presidencia nº 4068/2014, se requiere a la empresa concesionaria la apertura del servicio en un plazo de 24 horas, al quedar acreditado mediante el referido informe técnico que no existe situación de riesgo en la piscina municipal, y haberse iniciado los trabajos necesarios para la legalización de las instalaciones. Se le informa al propio tiempo que, de no atender a este requerimiento, el Ayuntamiento procedería a iniciar, en su caso, el correspondiente expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Este requerimiento es reiterado por medio del Decreto de la Alcaldía- Presidencia nº 4291/2014, de 30 de septiembre, al no haberse dado cumplimiento al requerimiento formulado mediante el anterior Decreto 4068/2014, informando que se procedería a iniciar expediente de imposición de penalidades con independencia del expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Se reitera en una segunda ocasión mediante Decreto nº 5131/2014, de 11 de noviembre, ordenando la apertura en un plazo de 24 horas, al no haberse dado cumplimiento a los anteriores requerimientos, con advertencia de que en caso contrario se entendería que se ha producido el abandono del servicio de piscina municipal cubierta y climatizada en el municipio de Güímar.

Contra esos Decretos, según alega la concesionaria, se presentaron los correspondientes recursos de reposición, no resueltos por el Ayuntamiento.

31. El 29 de diciembre de 2014, se emite informe por el arquitecto técnico municipal sobre el estado en el que se encuentra la cubierta de la edificación destinada a piscina, con la siguiente conclusión:

«Por lo analizado se considera que la cubierta de la edificación no presenta peligro de desplome o fallo estructural de las planchas de paneles sandwich. En cuanto a la filtración de agua y oxidación en algunas partes de la cubierta, se considera que es como consecuencia de varios defectos que se describen:

- Los canalones almacenan el agua residual, es decir, se queda estancada sin evacuarla del todo hasta los bajantes.

- Existen fisuras en los canalones que suponen filtraciones de agua por las paredes de la edificación.

- La unión de algunas planchas tiene falta de estanqueidad, porque al presionarse rezuman agua por sus juntas.

- Incorrecto sellado de aislamiento de los paneles que vierten el agua a los canalones, lo cual permite que la lana de roca aislante, absorba parte del agua que discurre por su superficie, permitiendo unos niveles de agua constante en el núcleo del panel que favorece la oxidación de las planchas de acero galvanizado tanto en la cara interior como exterior del panel, en una franja de unos 50-60 cm. Se considera que es mayor la oxidación en la cara interior o inferior de la cubierta, porque el agua absorbida por el aislamiento, tiende a estar en las capas más bajas por cuestión de gravedad. Se considera que esta solución es un defecto de construcción.

Las conclusiones planteadas quedan acreditadas con el reportaje fotográfico.

Los niveles de oxidación de las planchas, de momento, no suponen un problema para la salud e integridad de las personas que usen la edificación, pero se deberá llevar a cabo obras de reparación, conservación y mantenimiento de la cubierta (...).

32. Con fecha 16 de febrero de 2015, se emite informe por técnico de prevención de riesgos laborales de una empresa externa sobre "higiene industrial, evaluación de exposición a condiciones termohigrométricas" con el objeto de evaluar las condiciones termohigrométricas (temperatura, humedad relativa, renovación del aire y velocidad del aire) de los locales de trabajo cerrados de acuerdo con lo dispuesto en el R.D. 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

Este informe alcanza la conclusión de que en las condiciones en las que se han realizado las mediciones, los valores obtenidos están dentro de los límites marcados por el R.D. 486/1997.

33. Mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia, nº 760/2015, 25 de febrero, se requiere nuevamente a la empresa concesionaria la apertura del servicio, en un plazo de 48 horas, al no haberse dado cumplimiento a los requerimientos formulados en fechas de 18 y 30 de septiembre y de 11 de noviembre de 2014, y a la vista de los posteriores informes emitidos por el arquitecto técnico municipal y por la técnico en prevención de riesgos laborales que acreditan que no existe riesgo para la salud e integridad de los usuarios de la piscina municipal, así como que las condiciones termohigrométricas están de acuerdo a lo previsto en el R.D. 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

34. El 22 de marzo de 2015, se emite informe por la Secretaría General relativo a la acreditación de la inversión inicial realizada por la empresa concesionaria, del que se concluye que es necesario requerir a la misma la siguiente documentación: acreditación, cumplimentación y presentación de todos y cada uno de los documentos que se especifican en el propio escrito, los cuales deberán presentarse originales; presentación de los proyectos de obras y certificaciones de obra que menciona el concesionario ha realizado y emitido, en particular el que los concesionarios denominan proyecto de puesta en marcha de la piscina; cuentas y libros de contabilidad presentados en el Registro Mercantil; pólizas de seguros concertadas, vigentes o no, suscritas para la Piscina Municipal de Tasagaya; acreditación de haber atendidos todos y cada uno de los pagarés que menciona el concesionario; contratos de *renting* suscritos; y, a fecha actual, las cuotas satisfechas y situación de los mismos.

A la vista de este escrito, la Alcaldía-Presidencia ha requerido al representante legal de la UTE la acreditación de la documentación citada anteriormente en cuatro ocasiones, adjuntando copia del citado informe, en fechas 26 de marzo, 21 de abril, 27 de mayo y 7 de octubre de 2015.

Según indica la Secretaría General, la respuesta de la concesionaria a estos requerimientos es que dicha documentación fue aportada al representante legal de ese Ayuntamiento conjuntamente con la demanda deducida en el recurso contencioso-administrativo que se sigue en el Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife bajo el procedimiento ordinario número 406/2014, como bloque documental muy voluminoso número 8.

Indica asimismo la Secretaría que no consta, ni en el expediente ni en los referidos autos, la documentación requerida para acreditar la inversión.

35. La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el día 24 de abril de 2015, declaró la intervención de la concesión del servicio público de piscina municipal cubierta y climatizada de Güímar, al tener cerradas las instalaciones municipales la empresa concesionaria, con la problemática y coste que supone para esta Administración y no darse cumplimiento a las órdenes de apertura referidas anteriormente.

En dicho acuerdo se requiere al concesionario la apertura de las instalaciones de la piscina municipal cubierta y climatizada en un plazo de 48 horas a partir de la notificación, indicándole que se procederá a la ejecución de la intervención del servicio en el caso de que no se abran las mismas, una vez que se han legalizado las instalaciones que estaban pendientes, y que existen medidas provisionales de ventilación natural, hasta que se ejecute la obra de ventilación por parte del Cabildo Insular de Tenerife.

36. Con fecha 11 de mayo de 2015, se emite certificado por el ingeniero técnico industrial contratado en el que se manifiesta que ya están legalizadas las instalaciones siguientes: instalaciones de alta/medía y baja tensión, contra incendios, abastecimiento y evacuación de aguas y depósito de combustible.

En cuanto a las instalaciones térmicas en los edificios, señala que están legalizadas la ventilación de la piscina (bomba de calor), agua caliente sanitaria (caldera); solar térmica (climatización piscina), haciendo constar que el edificio actualmente cuenta con ventilación natural, pero que no obstante ha de adaptarse al Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios.

37. En esta misma fecha, la Junta de Gobierno Local acordó ejecutar la intervención de la concesión del servicio público de piscina municipal, procediéndose a la explotación directa de la misma por un plazo de seis meses a partir del día siguiente de la notificación del acuerdo adoptado, al no haberse procedido a la apertura de las instalaciones en el plazo requerido de 48 horas.

38. El 2 de octubre de 2015, se adopta nuevo acuerdo por el mismo órgano, del siguiente tenor literal:

«En la medida en que ha quedado acreditada la comunicación a la empresa concesionaria que gestiona el servicio de la Piscina Municipal de Tasagaya, la conclusión de la legalización de las instalaciones, que esta invocaba como causa para justificar el expediente de regulación

de empleo de carácter temporal, y que no solo se han llevado a cabo las referidas legalizaciones, sino que se han tenido que ejecutar diversos trabajos, como consecuencia de la falta de mantenimiento, no solo por el cierre de la referida instalación, sino por omisión del concesionario, que, por tanto, resulta posible la apertura de la instalación del vaso de la piscina, de forma independiente a las obras de mejora de ventilación de la piscina municipal, se ordena la inmediata apertura del servicio, en un plazo no superior a 10 días».

39. Con fecha 30 de octubre de 2015, se emite informe por la Policía Local sobre el estado de la piscina municipal. En el mismo se señala que desde el 9 de septiembre de 2014 hasta el 30 de octubre de 2015 la piscina municipal se encuentra cerrada al público, no habiendo sido abierta al mismo en este periodo.

40. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de noviembre de 2015, se ordena nuevamente a la concesionaria la apertura de la instalación completa de la piscina municipal en un plazo máximo de 10 días hábiles, al quedar acreditado que no existe situación de riesgo ni de peligro alguno en la instalación. Se añade que en caso de que la concesionaria optara por cumplir con la orden de apertura de la instalación se dará por concluido el periodo de intervención de la piscina, de conformidad con lo establecido en el art. 135 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. No obstante, si no se cumple con la citada orden, el Ayuntamiento mantendrá la intervención e iniciará el expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

41. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 13 de noviembre de 2015, declaró la prórroga de la intervención por un periodo de seis meses más del servicio público de piscina municipal, en virtud del plazo que establece el art. 135 RSCL, con la advertencia al concesionario de que si manifiesta continuar con la prestación del servicio no se ejecutará dicha prórroga.

42. Consta en el expediente administrativo, según se indica en informe de la Secretaría General, certificado de seguro de la Compañía M. en el que se indica que dentro del alcance del seguro queda cubierta la responsabilidad civil de la explotación de la piscina municipal del Excmo. Ayuntamiento de Güímar.

III

1. Por lo que se refiere al presente procedimiento de resolución contractual, mediante Providencia de la Alcaldía-Presidencia de 8 de enero de 2016 y ante el cierre unilateral por la entidad concesionaria de la piscina municipal y la falta de

acreditación de la inversión inicial a la que estaba obligada, se dispone que por parte de la Secretaría General se emita informe sobre el procedimiento a seguir para llevar a cabo la resolución del contrato.

Este informe que se emite con fecha 15 de enero de 2016, tras consignar los antecedentes relevantes, propone el inicio del expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, fundamentada esta resolución en las causas previstas en los apartados g) y h) del art. 206 LCSP.

Constan seguidamente las siguientes actuaciones:

- Providencia de la Alcaldía-Presidencia, de 15 de enero de 2016, por la que se dispone el inicio del expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, motivado en las causas previstas en el art. 206.g) y h), ante el cierre unilateral de la instalación deportiva, incumpliendo la obligación establecida en la cláusula 27 PCAP, y la falta de acreditación de la inversión inicial, con incumplimiento de la cláusula 10 PCAP, párrafo primero y segundo, y cláusulas quinta y sexta del contrato suscrito.

En esta providencia se dispone asimismo dar audiencia a la entidad concesionaria, así como a su avalista.

- Propuesta de la Alcaldía-Presidencia al Pleno, de 15 de enero de 2016, a los efectos de que por este órgano se adopte acuerdo de otorgar audiencia a la concesionaria y a su avalista, que fue dictaminada favorablemente por la Comisión Informativa de Economía, Hacienda, Especial de Cuentas y Colaboración con otras Administraciones Públicas en sesión celebrada el 25 de enero de 2016.

- Acuerdo plenario, adoptado en sesión celebrada el 28 de enero de 2016, por el que se otorga trámite de audiencia a la concesionaria y a su avalista.

Este Acuerdo fue notificado a la entidad concesionaria con fecha 3 de febrero de 2016 y a la avalista al día siguiente, presentando alegaciones la primera, en las que se opone a la resolución contractual.

- Se emite finalmente informe jurídico-propuesta de Resolución en el que se propone la desestimación de las alegaciones presentadas y la resolución del contrato por aplicación de las causas establecidas en los apartados g) y h) del art. 206 LCSP, con incautación de la garantía definitiva constituida por la concesionaria y, en su caso, la reclamación de los daños y perjuicios que pudieran derivarse.

- Se ha solicitado finalmente el dictamen de este Consejo.

2. En relación con la tramitación del procedimiento, procede señalar que la resolución de los contratos corresponde al órgano de contratación, por lo que el inicio del procedimiento ha de ser acordado por este mismo órgano, de conformidad con el art. 207.1 LCSP.

En el presente caso, la cláusula 6 PCAP dispone que el órgano de contratación que actúa en nombre del Ayuntamiento es la Junta de Gobierno Local, por delegación de competencias del Pleno, efectuada mediante acuerdo adoptado en sesión extraordinaria celebrada el 10 de julio de 2007, en virtud de lo dispuesto en el art. 22.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Por consiguiente, sería este el órgano competente para acordar el inicio y resolución del procedimiento de resolución contractual.

Sin embargo, según consta en el informe de la Secretaría municipal de 15 de enero de 2016 esta competencia actualmente no se encuentra delegada en el referido órgano, por lo que corresponde al Pleno de la Corporación el inicio y resolución del presente procedimiento de resolución de la concesión administrativa y no a la Alcaldía-Presidencia, como ha acontecido en el presente caso, en el que, además, una vez acordado el inicio, lo que se eleva al Pleno es una propuesta para el otorgamiento del trámite de audiencia, que fue efectivamente adoptado por este.

En definitiva, el Acuerdo de inicio debió ser adoptado por el Pleno de la Corporación, así como la concesión del trámite de audiencia al concesionario y a su avalista, sin que existan razones con fundamento en la normativa aplicable para que tales cometidos hayan sido asignados a órganos diferentes. No obstante, el Acuerdo plenario de concesión del trámite de audiencia en los términos ya relatados permite entender que asimismo lleva implícito el de inicio del procedimiento.

IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la resolución de la concesión administrativa se fundamenta en el incumplimiento culpable por parte de la concesionaria de sus obligaciones contractuales esenciales, en aplicación del art. 206, apartados g) y h) LCSP, en su redacción originaria, referido el primero "al incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en contrato", y el segundo a "las establecidas expresamente en el contrato".

Como ya se ha señalado en el fundamento anterior, la aplicación de estas causas viene motivada por la falta de acreditación de la inversión inicial, así como por el cierre unilateral por parte de la concesionaria de la instalación deportiva, que se analizarán separadamente en los apartados siguientes.

2. Antes de entrar en el análisis de la concurrencia de dichas causas de resolución contractual, es necesario efectuar dos precisiones.

Por un lado, procede señalar que conforme a consolidada doctrina del Consejo de Estado en caso de concurrencia de varias posibles causas de resolución procede la aplicación preferente de aquella que se hubiese producido antes desde el punto de vista cronológico (Dictámenes 47.892, de 4 de julio de 1985, 3.437/99, de 10 de febrero de 2000, 2294/2004, 681/2009, 1090/2010, de 22 de julio, entre otros). Así lo hemos manifestado, entre otros, en los Dictámenes de este Consejo Consultivo 679/2010, de 30 de septiembre, y 291/2012, de 14 de junio. En el presente caso, es obvio que la causa preferente es la falta de la inversión inicial realizada por la empresa concesionaria. No obstante, ambas causas son alegadas por la Administración, por lo que la concurrencia de cualquiera de ellas es suficiente para resolver el contrato, sin perjuicio de que puedan igualmente concurrir las dos causas citadas.

Por otro, procede señalar que con carácter inicial el contratista alega que, dado que el Ayuntamiento acordó la intervención de la concesión, no cabe iniciar el procedimiento de resolución contractual estando vigente esta medida. Invoca al respecto lo dispuesto en el art. 261 LCSP, en cuya virtud si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca.

A esta alegación no se ha dado respuesta por la Administración, como debiera haber hecho, dado que cuestiona la posibilidad misma del inicio del presente procedimiento.

Resulta del expediente que, efectivamente, la Junta de Gobierno Local, mediante acuerdo de 24 de abril de 2015, declaró la intervención de la concesión, acordando su ejecución en posterior Acuerdo de 11 de mayo de 2015, por un periodo de seis meses. Este plazo fue prorrogado por un periodo de seis meses más en virtud de Acuerdo del mismo órgano de 13 de noviembre de 2015, estando, pues, vigente la intervención en el momento en que se inicia el presente procedimiento.

Ahora bien, haciendo abstracción de que del tenor literal del art. 216 LCSP no se extrae la alegada la imposibilidad de iniciar el procedimiento mientras permanezca vigente la intervención, en el presente caso la Administración ordenó al concesionario proceder a la apertura de la instalación en un plazo de diez días en Acuerdo de 5 de noviembre de 2015 y le comunicó que si optaba por esta apertura se daría por concluido el periodo de intervención. En caso contrario, se señaló, se mantendría la intervención y se iniciaría el procedimiento de resolución contractual. Ante el incumplimiento de la referida orden, se prorrogó la intervención en otros seis meses y se ha iniciado el referido procedimiento.

Nos hallamos, pues, ante un supuesto en el que la Administración inicialmente ha optado por la intervención, pero al persistir las condiciones que llevaron al mismo, sin que la concesionaria haya procedido a la apertura de la piscina en los plazos concedidos, no se aprecia obstáculo al inicio del procedimiento resolutorio.

3. Entrando ya en los incumplimientos que han motivado este procedimiento, se fundamenta por la Administración, en primer lugar, en la falta de acreditación de la inversión inicial a que estaba obligada la concesionaria, de conformidad con las condiciones que rigieron la contratación.

Dispone la cláusula 10 PCAP, relativa al régimen económico de la concesión:

«El concesionario asume todos los costes que se deriven de la gestión del servicio contratado, a excepción de los expresamente indicados en el propio Pliego y en el de Cláusulas de Prescripciones Técnicas y deberá asumir igualmente el coste de las inversiones, iniciales y posteriores, que se detallan en el Anexo II.

En el plazo máximo de un mes, a contar desde la fecha de inicio de la prestación del servicio, el concesionario debe realizar las inversiones iniciales en mejora de equipamiento de las instalaciones que se detallan en el citado Anexo II por un importe mínimo de 150.000 euros (amortizando 30.000 euros al año)».

En este Anexo II del PCAP, que especifica el equipamiento a instalar con cargo a dicha inversión, se establece que el concesionario vendrá obligado a realizar estas inversiones por un importe mínimo de 150.000 euros y hasta la cantidad ofertada por el mismo, teniendo en cuenta que para la ejecución de las mismas deberá seguir en todo momento las especificaciones e instrucciones que al respecto se le indiquen desde la Concejalía de Deportes, por lo que será este Concejalía la que proponga la inversión a realizar por la empresa concesionaria entre las necesidades de infraestructura y equipamiento, siempre con informe favorable y positivo de la

Oficina Técnica Municipal. Indica por último este Anexo que la citada inversión ofertada y aprobada deberá ser renovada cada 5 años, con lo cual la inversión mínima final durante los 20 años de concesión será de 600.000 euros, ya que al final de la concesión el concesionario deberá revertir al Ayuntamiento tanto las instalaciones en perfectas condiciones, como la inversión en equipamiento ofertada y renovada y nueva.

Por otra parte, como se ha relatado en los antecedentes, en el contrato suscrito, de conformidad con la oferta de la concesionaria, se consignó que esta debía realizar una inversión inicial por valor de 688.363,27 euros, siendo renovada como mínimo cada cinco años, revertiendo al Ayuntamiento en perfecto estado tanto dicha inversión inicial como la infraestructura al completo (cláusula quinta).

En relación con estas inversiones dispone además el contrato:

- «Esta inversión, a realizar por el importe ofertado por el adjudicatario, se determinará con posterioridad a la firma de este contrato, la cual quedará documentada y anexada al mismo, formando parte integrante de este. La relación que se adjunta por el adjudicatario en su oferta, indicando los elementos que la conforman, tiene carácter meramente indicativo, no así su importe (...)» (cláusula quinta, apartado segundo).

- «La referida inversión deberá ser aprobada previamente por el Ayuntamiento, una vez sea presentada por el adjudicatario la documentación que se le requiere a tal fin, acompañada de la memoria, precios descompuestos y planos de todos los elementos que la integran.

La no presentación de esta o su no adaptación a lo establecido por el Ayuntamiento dará lugar a la rescisión del contrato conforme establecen los artículos 206 y 262 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público» (cláusula sexta).

- «Antes de la iniciación de la gestión del servicio, se levantará acta comprensiva de todos y cada uno de los elementos, con indicación de su referencia, modelo y cantidad y lugar de instalación. Si constituyera parte de la inversión a la que se obliga el adjudicatario, la ejecución de obras, adquisición de terrenos para mejora o ampliación del servicio o cualquiera otra instalación u elemento, se requerirá, además, informe técnico favorable para la ejecución de obras y, para el resto, los informes que fueran preceptivos por parte de los distintos servicios del Ayuntamiento» (cláusula décimo primera).

La resolución del contrato por la falta de acreditación de la inversión inicial se encuentra justificada en el expediente a través de los diversos informes técnicos emitidos y a los que se ha aludido en los antecedentes, recogiendo de forma exhaustiva el informe de la Secretaría General de 22 de marzo de 2015 los diversos

defectos en la documentación presentada por la concesionaria, que impiden tener por acreditadas las inversiones que indica haber efectuado. Consta asimismo el incumplimiento de lo dispuesto en el Anexo II del PCAP y cláusulas sexta y décimo primera del contrato, en relación con la previa aprobación por la Administración de las inversiones a realizar y, en su caso, con los informes municipales que resultaran pertinentes. Tampoco ha acreditado el concesionario que tales inversiones fueran llevadas a cabo dentro del mes siguiente al inicio de la prestación del servicio, como dispone el párrafo segundo de la cláusula 10 PCAP.

Los referidos informes y, especialmente el ya aludido de la Secretaría General, ponen de manifiesto los diversos reparos efectuados a la documentación presentada por el concesionario, incompleta y no acreditativa de los gastos alegados.

Así, el 19 de mayo de 2011, el representante de la UTE presenta una relación de la inversión inicial a efectuar en la piscina municipal que asciende a la cantidad de 709.939,67 euros.

En relación con esta inversión, se emite el mismo día informe en que se repara esta documentación al no aportarse, como exige la cláusula sexta del contrato, ni las memorias, ni los precios ni los planos solicitados y, en el caso de la cafetería, tampoco se adjunta proyecto de instalación realizado por técnico competente. Indica asimismo que existe una variación en la inversión, emitiendo por todo ello informe desfavorable.

Requerida la concesionaria a efectos de la cumplimentación de la documentación en la forma exigida (memoria descriptiva de las obras y demás instalaciones que se pretenden realizar, suscrita por técnico competente, precios descompuestos de las mismas, planos de todos los elementos que lo integran, proyecto de instalación de la cafetería, proyecto de legalización de la zona termal, estudio de seguridad y salud y programa de trabajo), presenta escrito en el que comunica a la Administración que dicha inversión no ha sido ejecutada en su totalidad, por lo que el importe definitivo, así como la documentación justificativa de la misma, serán entregados a su finalización.

Consta asimismo acta levantada tras visita efectuada el 9 de junio de 2011 por los técnicos municipales en la que se deja asimismo constancia de diversos reparos (carencia de mobiliario de la cafetería, diferente ubicación del área de ejercicio de desarrollo muscular, con posibles reparos al situarse en una zona de evacuación de personas, modificación de cuadros eléctricos y de telecomunicaciones, ejecutado

pilares y vigas de hormigón armado, creación de nuevos puntos de agua, obras de albañilería, carpintería metálica, etc.), sin que la entidad adjudicataria haya entregado la documentación exigida.

La concesionaria presenta nueva documentación con fecha 17 de agosto de 2011 a los efectos de justificar la inversión por importe de 823.387,06 euros, que resultó igualmente reparada tras las visitas a las instalaciones por los técnicos municipales los días 31 de septiembre y 10 de octubre de 2011, emitiéndose con fecha 2 de noviembre de 2011 informe en el que se concluye en la necesidad de requerir a la empresa sobre la acreditación y justificación de las obras realizadas en la piscina municipal [presentación de facturas originales y documentación pertinente para justificar determinadas inversiones, planos, certificados de calidad de maquinaria (...)]. Pone también de manifiesto este informe que determinados gastos no se pueden considerar como inversión [gastos de limpieza y los correspondientes a los de dirección facultativa, dirección de ingeniería, dirección financiera (...)]. Por último, pone de relieve que los técnicos no han podido valorar estas inversiones con carácter previo, como exige la cláusula sexta del contrato suscrito, debido a que la documentación no se presentó por la empresa concesionaria antes del inicio de la actividad y que a la fecha de este informe sigue sin estar completa.

A partir de este momento, como se ha relatado en los antecedentes, se requiere a la empresa en diversas ocasiones a efectos de que aporte facturas originales de los gastos realizados, la sustitución de las facturas proforma por facturas originales y documentación acreditativa de la inversión, así como la justificación y documentación técnica pertinente en relación con las obras realizadas e invocadas como inversión. Todas estas deficiencias fueron comunicadas a la concesionaria, mediante Resolución 4940/2012, de 30 de diciembre, con desglose de los capítulos pertinentes e indicación en cada uno de ellos de los defectos observados.

Igual ocurre con la posterior documentación presentada por la concesionaria en fecha 20 de enero de 2012, reparada por similares motivos en informe técnico, al presentar memorias no suscritas por técnico competente, sino por el propio concesionario, no aportación de facturas originales que acrediten el abono de las facturas proforma, ni se justifica la necesidad de proceder a las obras ejecutadas, que no han sido valoradas ni autorizadas por el Ayuntamiento. La documentación es nuevamente reparada en informe de 21 de noviembre de 2012.

Por último, el 22 de marzo de 2015 se emite informe por la Secretaría General relativo a la acreditación de la inversión inicial realizada por la empresa

concesionaria y del que se concluye que es necesario requerir a la misma la siguiente documentación: acreditación, cumplimentación y presentación de todos y cada uno de los documentos que se especifican en el propio escrito, los cuales deberán presentarse originales; presentación de los proyectos de obras y certificaciones de obra que menciona el concesionario ha realizado y emitido, en particular el que los concesionarios denominan proyecto de puesta en marcha de la piscina; cuentas y libros de contabilidad presentados en el Registro Mercantil; pólizas de seguros concertadas, vigentes o no, suscritas para la piscina municipal; acreditación de haber atendidos todos y cada uno de los pagarés que menciona el concesionario y, por último, contratos de *renting* suscritos, y, a fecha actual, las cuotas satisfechas y situación de los mismos.

A la vista de este escrito, la Alcaldía-Presidencia ha requerido al representante Legal de la UTE, la acreditación de la documentación citada anteriormente en cuatro ocasiones, adjuntando copia del citado informe, en fechas 26 de marzo, 21 de abril, 27 de mayo y 7 de octubre de 2015.

Según indica la Secretaría General y confirma la concesionaria en sus alegaciones, la respuesta dada a estos requerimientos es que dicha documentación fue aportada al representante legal de ese Ayuntamiento conjuntamente con la demanda deducida en el recurso contencioso-administrativo que se sigue en el Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife bajo el Procedimiento Ordinario número 406/2014, como bloque documental muy voluminoso número 8. Sin embargo, indica asimismo la Secretaría que no consta, ni en el expediente ni en los referidos autos, la documentación requerida por la Administración para acreditar la inversión.

En sus alegaciones, la concesionaria se limita a señalar que el 27 de marzo de 2014 había reclamado al Ayuntamiento de Güímar una compensación por las obras e inversiones que, no contempladas en los pliegos ni en los actos preparatorios de la licitación ni en la oferta, ha tenido que ejecutar por razón del estado deficiente de la instalación objeto de concesión y su necesaria adecuación a las normas sectoriales en orden a su puesta en marcha.

Añade que el contrato adjudicado consiste en la gestión indirecta de un servicio público que, con la sola excepción de la inversión inicial, no comprende la asunción y/o ejecución de obra alguna con carácter previo a la explotación, por lo que la Administración no puede trasladar al adjudicatario la obligación de asumir los costes

de la puesta en marcha de la instalación, que se presumía en buen estado y compatible con la legislación vigente.

Indica que esta reclamación fue desestimada por Acuerdo de 31 de octubre de 2014 de la Junta de Gobierno Local, acuerdo contra el que se presentó recurso contencioso-administrativo, que se sigue en el Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife bajo el procedimiento ordinario número 406/2014, al que se aportó el bloque documental nº 8 en el que se acreditan y justifican las facturas y demás documentos acreditativos de la citada inversión realizada por importe de 830.449,51 euros, al negarse la Administración en vía administrativa a resolver sobre la reclamación aportada ni permitir la aportación de prueba alguna que permitiese acreditar la citada inversión.

Sobre este procedimiento, consta a través de la documentación remitida por la Administración a solicitud de este Consejo que en el citado procedimiento judicial ha recaído Sentencia con fecha 2 de marzo de 2016, que reconoce parcialmente las pretensiones del interesado, si bien contra la misma se ha presentado por el Ayuntamiento el correspondiente recurso de apelación, cuya admisión implica efectos suspensivo y devolutivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, esa reclamación es extracontractual y nada tiene que ver con la falta de acreditación de la inversión inicial derivada del propio contrato, por lo que las alegaciones de la concesionaria no desvirtúan lo razonado en la Propuesta de Resolución.

Dichas alegaciones no enervan los alegados incumplimientos en los términos ya expuestos, pues en todo caso van referidos a obras que, según indica, no estaban contempladas en los pliegos que rigieron la contratación, en tanto que el incumplimiento se basa en la falta de acreditación de las inversiones exigidas por los pliegos a través de la documentación en cada caso pertinente y que le fue sucesivamente detallada en los informes emitidos. Este extremo no se discute por la concesionaria, cuya única alegación al respecto, centrada en el hecho de haber aportado determinada documentación en el referido procedimiento judicial, no elude la circunstancia de que no fue adjuntada cuando le fue requerida por la Administración desde el año 2012 en el curso de la relación contractual. Ello sin obviar, por otra parte, que, según indica la Secretaría municipal, la referida documentación, elaborada en los términos exigidos por los técnicos de la Administración, no se encuentra aportada en el procedimiento judicial.

Concorre, por consiguiente, la causa de resolución alegada por la Administración.

4. Cierre unilateral de las instalaciones.

Fundamenta asimismo la Propuesta de Resolución la resolución del contrato en el cierre de la piscina municipal adoptado unilateralmente por la concesionaria.

Sobre esta cuestión sostiene la concesionaria que este cierre ha sido motivado por causas que le son ajenas e imputables al Ayuntamiento. Argumenta que se vio obligada a proceder al cierre por la falta de adecuación de las instalaciones a las normativas técnicas de aplicación, lo que motivó la anulación por parte de la compañía aseguradora de la póliza que tenía concertada, así como una situación de peligrosidad para los usuarios de la piscina.

En relación con este cierre, ya se han relatado en los antecedentes las diversas vicisitudes ocurridas durante la ejecución del contrato, de las que resultan relevantes a efectos de apreciar la existencia de una causa de resolución apreciada por este motivo las siguientes:

- La concesionaria comunica el 11 de abril de 2014 que procedería al cierre de las instalaciones con efectos desde las 23.59 horas del mismo día, al quedar sin cobertura de la entidad aseguradora, por causas imputables exclusivamente al Ayuntamiento propietario de la instalación.

Ante esta situación, la Administración, con fecha 14 de abril, remitió a la compañía aseguradora determinada documentación (informes técnicos justificativos de la inexistencia de deficiencias graves en la instalación y de que estas no presentan peligro para los usuarios e informe técnico informe de los servicios jurídicos municipales sobre la inexigencia de licencia de apertura, al tratarse de un acto promovido por el Ayuntamiento). Dos días después se remite también cronograma elaborado por ingeniero industrial contratado por el Ayuntamiento sobre las actuaciones a realizar para la legalización de la piscina municipal.

Tras estas actuaciones llevadas a cabo por la Administración, la compañía aseguradora notifica mediante correo electrónico, de 22 de abril de 2014, que mantiene la póliza en vigor hasta el 30 de junio de 2014, a la espera de recibir los certificados finales de legalización de las instalaciones.

La Administración, además, procedió a realizar las actuaciones pertinentes en orden a la legalización de las instalaciones existentes en la piscina, tras informe emitido por el ingeniero industrial contratado. Consta así que por la Administración

se formalizó diversos contratos para la redacción de proyectos técnicos para la legalización de las instalaciones, así como contratos de obras (ventilación del cuarto de caldera), revisión de fontanería e inspección de la instalación eléctrica de baja tensión y, por último, de legalización del depósito de gasoil, que se realizaron entre junio de 2014 y febrero de 2015.

- Con fecha 10 de septiembre de 2014, la concesionaria comunica un segundo cierre inmediato de la instalación con efectos desde las 23:59 horas del día 8 de septiembre.

Este nuevo cierre se justifica en la circunstancia de que la entidad aseguradora resolvió unilateralmente la póliza de seguros suscrita, con efectos a 8 de septiembre, poniendo asimismo de manifiesto que, de acuerdo con informe técnico que adjunta, existen graves incumplimientos de la normativa técnica y legal de aplicación del recinto donde se ubica la instalación de depósito de gasoil, recomendando este informe el cierre inmediato de las instalaciones.

Como consecuencia de ello, por parte de la Administración se acuerda el 15 de septiembre de 2014 suscribir con cargo al Ayuntamiento y a la póliza de seguros de responsabilidad y daños de aquel, la cobertura de la piscina municipal hasta que concluya la legalización de la parte de las instalaciones pendiente de legalizar. Según se indica en informe de la Secretaría General, consta certificado de seguro de la Compañía M. en el que se indica que dentro del alcance del seguro queda cubierta la responsabilidad civil de la explotación de la piscina municipal del Excmo. Ayuntamiento de Güímar, si bien no se indica la fecha de efectividad de esta cobertura.

Por otra parte, se emitieron nuevos informes acreditativos de que no existía peligro para los usuarios. Informa así el Ingeniero técnico industrial, con fecha 17 de septiembre de 2014, que las instalaciones que en este momento quedan pendientes de legalizar, subsanar o ejecutar no suponen riesgo potencial para las personas usuarias de la piscina. Por lo que se refiere a la sala de caldera y depósito de gasoil, asegurando la ausencia de fugas o derrames del combustible, manifiesta que se puede garantizar por completo que la instalación no supone mayor riesgo que el propio que pueda existir con todas las medidas de seguridad instaladas, sin que exista necesidad de forzar el cierre de la piscina.

A su vez, el 29 de diciembre de 2014 se emite informe por el arquitecto técnico municipal sobre el estado en el que se encuentra la cubierta de la edificación

destinada a piscina, en el que considera que no presenta peligro de desplome o fallo estructural de las planchas de paneles sandwich.

Se emite también el 16 de febrero de 2015 Informe por técnico de prevención de riesgos laborales de una empresa externa con el objeto de evaluar las condiciones de temperatura, humedad relativa, renovación del aire y velocidad del aire de los locales de trabajo cerrados de acuerdo con lo dispuesto en el R.D. 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Este informe alcanza la conclusión de que en las condiciones en las que se han realizado las mediciones los valores obtenidos están dentro de los límites marcados por el R.D. 486/1997.

Por último, consta la legalización de determinadas instalaciones por medio del informe de fecha 11 de mayo de 2015 del ingeniero técnico industrial contratado, en el que se manifiesta que ya están legalizadas las instalaciones siguientes: instalaciones de alta/media y baja tensión, contra incendios, abastecimiento y evacuación de aguas y depósito de combustible. En cuanto a las instalaciones térmicas en los edificios, señala que están legalizadas la ventilación de la piscina (bomba de calor), agua caliente sanitaria (caldera); solar térmica (climatización piscina), haciendo constar que el edificio actualmente cuenta con ventilación natural, pero que no obstante ha de adaptarse al Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios

Por otra parte, consta que las diversas órdenes de apertura de las instalaciones efectuadas en fechas 18 y 30 de septiembre y 11 de noviembre de 2014, 25 de febrero, 24 de abril, 2 de octubre y 5 de noviembre de 2015 fueron desatendidas, a pesar de los diversos informes técnicos que sostenían la ausencia de peligrosidad de las instalaciones y contar la actividad con la cobertura prestada por la entidad aseguradora de la Administración.

La cláusula 27 PCAP establece que el concesionario, además de las obligaciones generales que establece el art. 256 LCSP, tendrá, entre otras, la obligación de prestar los servicios con precisión y seguridad, de forma regular e ininterrumpidamente, en la forma prevista en el pliego de condiciones técnicas y sometiéndose a las instrucciones que dicten los servicios técnicos del Ayuntamiento, aún en el caso que circunstancias imprevisibles ocasionen una subversión en la economía de la empresa.

El cierre unilateral de las instalaciones llevado a cabo por la concesionaria supone un claro incumplimiento de esta obligación, que puede ser calificada como esencial

sin mayor esfuerzo interpretativo, pues resulta la obligación primera de toda concesión de servicios la de prestar los que fueran objeto de la misma. La concesionaria sin embargo ha procedido al cierre definitivo de la piscina, desatendiendo las órdenes de la Administración, lo que conlleva en definitiva un abandono del servicio. Concorre por ello la causa de resolución establecida en el art. 206.g) LCSP.

5. En definitiva, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la concesionaria por las causas alegadas 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. 208.4 LCSP), tal como se asimismo se prevé en la Propuesta de Resolución.

La determinación del *quantum*, en su caso, del exceso por tales daños habrá de efectuarse mediante un procedimiento *ad hoc* con audiencia de la UTE contratista, según dispone el art. 113 RGLCAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, del servicio de piscina municipal cubierta y climatizada de Güímar, suscrito por el Ayuntamiento con "C., S.L., S.L.- L.M.O.L.-C., UTE, (...)", se considera conforme a Derecho.