

Dictamen n<sup>o</sup>:           **11/13**  
Consulta:               **Alcalde de Tres Cantos**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **16.01.13**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 16 de enero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Tres Cantos, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión, denominado “*Servicios de Explotación del Centro Deportivo Islas del municipio de Tres Cantos*”, celebrado con la entidad A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 2 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Tres Cantos, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 4/13, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 16 de enero de 2013, por siete votos a favor y el voto en contra del Consejero Sr. Bardisa, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Con fecha 7 de julio de 2010, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos acordó la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPTP) por los que se habían de regir la convocatoria del contrato de gestión de servicio público denominado “*Servicios de Explotación del Centro Deportivo Islas del municipio de Tres Cantos*” (Documentos nºs 1 y 2).

2. El día 29 de septiembre de 2010, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local se resolvió adjudicar el contrato a la empresa A.

3. El contrato se formalizó el día 30 de septiembre de 2010. En virtud del mismo, la empresa contratista se comprometía a efectuar la gestión integral del Centro Deportivo Islas con excepción de la cafetería durante seis años. Como contraprestación, percibiría directamente de los usuarios una retribución conforme a las tarifas establecidas en el anexo 4 del PPTP. Por su parte, la empresa contratista se comprometía a pagar, por la gestión del servicio público objeto del contrato, un canon anual de 35.000 euros (Documento nº 3).

4. Con fecha 13 de febrero de 2012, la técnico de contratación del Ayuntamiento de Tres Cantos requirió a la empresa contratista para que con carácter de urgencia aportase la siguiente documentación: Tc1 y Tc2

de los trabajadores de la empresa adscritos a la ejecución del contrato durante todo el año 2011; modelo 110, 111 o 115 (según proceda) de IRPF de los trabajadores de todo el año 2011, recibos de seguros obligatorios del centro según el pliego e informe de auditoría externa (Documento nº 5).

5. Con fecha 15 de febrero de 2012, el tesorero del Ayuntamiento emite informe en el que pone de manifiesto que el canon correspondiente al año 2011, por importe de 35.924 euros no ha sido satisfecho en el período voluntario de pago que expiraba el día 20 de diciembre de 2011. Señala asimismo que ha sido dictada providencia de apremio con fecha 18 de enero de 2012, notificada a la empresa contratista el día 8 de febrero de 2012 por importe de 39.519,98 euros (35.924 euros de principal, 3.592,40 euros por el recargo de apremio y 3,58 euros en concepto de costas). El plazo para realizar el pago en ejecutiva concluiría, según el citado informe, el día 20 de febrero de 2012 (Documento nº 6).

6. El día 2 de marzo de 2012 la empresa contratista, en respuesta al requerimiento de documentación formulado, presenta escrito con el que dice adjuntar el TC1 y TC2 de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato durante todo el año 2011, los modelos 111 del IRPF de los citados trabajadores correspondientes a los 4 trimestres del ejercicio 2011 y el recibo del seguro obligatorio del centro. En relación con el requerimiento del informe de auditoría externa, la entidad contratista señala estar pendiente *de que sea ultimado y entregado por el auditor independiente contratado (aún no recibido, ya que el ejercicio terminó el 31 de diciembre de 2011)*” (Documento nº 7). No figura en la documentación remitida a este Consejo Consultivo los documentos que con los números 1, 2, 3 y 4 la empresa contratista decía aportar con su escrito del día 2 de marzo de 2012.

7. El 22 de marzo de 2012, el director gerente del Área de Deportes de la Concejalía de Juventud y Deportes del Ayuntamiento de Tres Cantos emite informe (Documento nº 9) en el que, a la vista de la documentación presentada por la empresa contratista, manifiesta:

*“... que de la documentación entregada se desprende que A puede haber incurrido en incumplimiento de contrato por:*

*1. Ser menor de lo establecido el número de trabajadores contratados adscritos simultáneamente a la instalación objeto de concesión durante todos los meses de 2011.*

*2. No haber abonado el canon por gestión del servicio público, según informe del Tesorero de fecha 15 de febrero de 2012.*

*3. No haber abonado los suministros, pues no lo acredita con recibo alguno y hay informes previos sobre estos impagos.*

*4. No haber realizado la auditoría externa obligatoria, ya que no se ha aportado en la documentación requerida. Aunque manifiestan que está en proceso de elaboración”.*

8. Con fecha 26 de abril de 2012, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Tres Cantos, escrito de la empresa contratista en el que solicita el inicio del expediente de resolución del contrato por aplicación del artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) o, subsidiariamente, la modificación del contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 258 LCSP. En el citado escrito (Documento nº 10) la empresa contratista expone:

*“Nada más iniciarse la explotación y recibir los primeros recibos de suministro de agua, luz y gas, se pudo comprobar por un lado el excesivo consumo de agua, provocado por las pérdidas y fugas de agua debido a la mala construcción del centro deportivo, que*

*conllevara al mismo tiempo un consumo excesivo de luz y gas y materiales de depuración porque evidentemente se calienta y se depura también el agua que se pierde por las fugas.*

*Esta situación fue puesta en conocimiento inmediato del Ayuntamiento de Tres Cantos, y se han mantenido reuniones desde el inicio de la actividad, para solicitar la subsanación de los defectos constructivos y la eliminación de las fugas (...).*

*Pues bien, previsto en el Estudio Económico, parte fundamental del contrato un consumo de 12.500 € anuales, la desviación en consumo de agua en el primer año de 12.500 a 31.252,96 € representa un 150% más de lo presupuestado.*

*Provoca un desajuste en el equilibrio económico del contrato dado que afecta a la partida de gastos incrementando las cuentas de los suministros de agua, electricidad, gas y productos químicos, que resultan muy superiores a los gastos razonables para el uso normal de una instalación de sus características.*

*(...)*

*Es decir, desde inicio de la ejecución del contrato nos hemos encontrado con una fuga ilocalizable de agua caliente (y tratada) en el circuito recirculación de agua con salida a la arqueta de desagüe. El caudal estimado de pérdida de agua es de unos 18m<sup>3</sup> diarios. Este hecho se puso reiteradamente en comunicación de Ayuntamiento y constructora sin que se tomaran las medidas oportunas al respecto pero motivando que el concejal comprometiera verbalmente en más de una ocasión el no pago de A de los suministros al entender que la instalación no había sido entregada correctamente y que se encontraba en periodo de garantía por parte del constructor.*

*Esta fuga, a pesar de todas las acciones de mantenimiento realizadas, no puede ser reparada por nuestros medios ya que la construcción del vaso impide su acceso por la zona inferior del mismo.*

*En la parada técnica de agosto se realizan comprobaciones e intervenciones por parte de la empresa constructora agravándose la situación al no localizar la fuga y seguir perdiendo un caudal por la existente de hasta los 5 m<sup>3</sup> diarios.*

*En el mes de diciembre, se agrava la fuga y tras nuestras continuas peticiones, la empresa constructora envía a la empresa B, especialista en fugas de piscinas, que localiza una fuga en la tubería de impulsión de la zona del spa con pérdidas de hasta 50.000 litros. Esto nos obliga a obras durante el mes de diciembre con la consecuente pérdida de ingresos y molestias y quejas para los usuarios. Se procedió a su reparación volviendo a la situación actual de pérdidas por fuga no localizada.*

*En la actualidad, nos encontramos que tras persistir el problema de fuga de agua caliente y tratada, se llama de nuevo con fecha del 8 de marzo de 2012 a la misma empresa B, que la constructora llamó en su día, (costeando A los servicios de la misma.). B afirma que el arreglo provisional que se había realizado en diciembre de 2011 en la tubería de impulsión del Spa vuelve a generar una fuga diaria de, al menos, 5m<sup>3</sup>. Acompañamos como doc. n<sup>o</sup> 16.*

*A todo esto le sumamos el problema estructural en la construcción de la piscina pequeña, cuya inclinación del rebosadero, la capacidad de las canaletas, tuberías y arquetas no tienen la capacidad suficiente de recoger el agua que rebosa del vaso y hace que se colapse la primera arqueta, desviando el agua a una segunda arqueta que da al*

*alcantarillado en lugar de llevarlo al vaso de compensación, originando una pérdida de agua tratada y caliente de unos 15m<sup>3</sup> diarios. (Referencia en el doc. n<sup>o</sup> 16.)*

*El Ayuntamiento al que tenemos el honor de dirigirnos, tiene constancia del grave problema existente con el consumo de los suministros desde el inicio de la explotación.*

*Acompañamos como doc. n<sup>o</sup> 17, notificación con sello de entrada del Ayuntamiento de 31 de Enero de 2011, (hace catorce meses) en la que se dejaba constancia de dicha problemática (y se acompañaba informe de deficiencias).*

*Acompañamos como doc. n<sup>o</sup> 18, informe prediagnóstico energético del Centro Deportivo Municipal ISLAS, realizado por la empresa C de fecha 20 de Diciembre de 2010. Adjuntamos las fotos tomadas a fecha 29 de Marzo de 2012 doc. n<sup>o</sup> 19 donde se puede observar como existe una abertura de varios milímetros sin rematar y la falta de aislamiento en el perímetro de la cubierta de la instalación. Esto origina una corriente de aire caliente al exterior y la consiguiente pérdida de calor. La nave de baño se debe encontrar como mínimo a 28<sup>o</sup> centígrados, por lo que calentar este espacio con las fugas de calor existentes en los meses en los que la temperatura exterior es inferior a 0<sup>o</sup> supone un incremento descomunal del coste energético.*

*Acompañamos como doc. n<sup>o</sup> 20, comunicación enviada al Ayuntamiento en fecha 2 de Marzo de 2011, en la que se dejaba constancia de la situación de exceso de consumos, y se proponía que para subsanar el desajuste astronómico de ingresos y gastos, se compensaran las pérdidas eximiendo del abono de los suministros, ya que en las cláusulas administrativas y técnicas del contrato no aparece*

*como obligación de la empresa adjudicataria el pago de los suministros.*

*Sin perjuicio de que verbalmente en reuniones con personal del Ayuntamiento, tal solución se vio como posible, nunca se llegó a plasmar en acuerdo alguno.*

*Dado que los problemas seguían siendo los mismos, tres meses después en Julio de 2011, se volvió a notificar la gravísima situación al Ayuntamiento mediante otro escrito.*

*Acompañamos como doc. nº 21, escrito al Ayuntamiento, presentado por mi representada el 22 de julio de 2011, acompañando dos informes de deficiencias del Centro Deportivo.*

*La empresa A no sólo ha estado notificando al Ayuntamiento las deficiencias del Centro Deportivo desde el inicio del contrato hasta la actualidad, sino que también ha requerido a la constructora del centro la compañía mercantil D el arreglo de los desperfectos e instalaciones ha puesto los medios a su alcance, contratando estudios y empresas especializadas, para buscar soluciones a pesar de no ser su responsabilidad.*

*A título meramente enunciativo, acompañamos distintas comunicaciones realizadas por correo electrónico o por registro Ayuntamiento, que prueban la buena fe de esta parte y el intento continuo de encontrar soluciones a los problemas existentes”.*

La entidad contratista considera que los defectos de construcción de las instalaciones son imputables a la constructora-promotora del inmueble y su reparación es imputable a dichas entidades y a la propietaria del inmueble, el Ayuntamiento de Tres Cantos.



Además, en el escrito la contratista pone de manifiesto el error en el análisis de mercado del estudio económico contenido en el PPTP, con una considerable reducción de ingresos y la adquisición de equipamientos no contemplados en el pliego o que, detallados, realmente no existían en la instalación.

Según refiere en su escrito la entidad contratista, todas estas circunstancias reseñadas han supuesto la imposibilidad de hacer frente al pago del canon, puesto que “... *las pérdidas de cientos de miles de euros que general la explotación del Centro Deportivo Islas, por causas no imputables a mi representada, evidentemente se ha preferido pagar las nóminas, o la Seguridad Social, antes que el canon*”.

9. A la vista del informe del director-gerente del Área de Deportes de 22 de marzo de 2012 sobre la posible existencia de diversos y graves incumplimientos por la empresa contratista y la solicitud de ésta, formulada el 26 de abril de 2012, de resolución del contrato por causa imputable a la Administración, el vicesecretario del Ayuntamiento emite informe urgente el 4 de junio de 2012, entre cuyas conclusiones señala que debe tramitarse un procedimiento ante la solicitud formulada por la entidad contratista; que ante los posibles incumplimientos del contratista, la Administración deberá incoar de oficio un expediente independiente y que, una vez incoados los dos expedientes pueda acordarse su acumulación, a los efectos de su tramitación y resolución conjunta.

10. El día 12 de junio de 2012 tuvo entrada en la oficina de registro del Ayuntamiento de Tres Cantos escrito de la empresa contratista (documento nº 46) en el que se reitera en su solicitud presentada el 26 de abril de 2012 y manifiesta:

*“Teniendo en cuenta:*

- a. *Que se nos ha propuesto verbalmente una compensación de parte de las pérdidas soportadas absolutamente insuficiente.*
- b. *Que la continuidad del mantenimiento del servicio, en las condiciones pactadas es inviable, imposible, gravemente deficitaria e inasumible para mi representada.*
- c. *Que siempre en todas las reuniones se ha propuesto y mantenido y ofrecido por esta parte una entrega pacífica de la posesión del Centro Deportivo al objeto de que el Ayuntamiento pueda encontrar otra empresa interesada en su explotación.*
- d. *Que la situación económica de mi representada es gravísima y que las pérdidas mensuales ponen en peligro el pago de los salarios y de la Seguridad Social.*
- e. *Que todos los años en estas fechas de verano se realiza una parada técnica.*
- f. *Que desconocemos el plazo en que el procedimiento administrativo esté terminado y se nos pueda comunicar una decisión por escrito y motivada.*

*Esta compañía se ve en la necesidad de entregar las llaves y la posesión del Centro Deportivo de referencia coincidiendo con la parada técnica prevista para el próximo 1 de julio de 2012, por lo que una vez cerrado a fecha 30 de junio de 2012 se entregarán las llaves oportunamente en el propio Ayuntamiento, y ello sin perjuicio de que se siga tramitando el procedimiento administrativo incidido”.*

11. Con fecha 13 de junio de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda la admisión a trámite de la solicitud formulada por A. el día 26 de abril de 2012 (documento nº 17). Este acuerdo se notifica al contratista el día 18 de junio de 2012 (documentos nºs 18 y 19), a la entidad avalista con igual

fecha (documentos n<sup>os</sup> 20 y 21) así como a la concejalía de Juventud y Deportes, a la Intervención General Municipal y a la Tesorería General Municipal (documento n<sup>o</sup> 22).

12. También con fecha 13 de junio de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda la incoación de un procedimiento de resolución de contrato por causa imputable al contratista por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, dando audiencia tanto al contratista como a la entidad avalista (documento n<sup>o</sup> 25). El citado acuerdo se notifica al contratista y al avalista el día 18 de junio de 2012 (documentos n<sup>os</sup> 26, 27, 28 y 29) así como a la Concejalía de Juventud y Deportes, a la Intervención General Municipal y a la Tesorería General Municipal (documento n<sup>o</sup> 30).

13. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de junio de 2012, se acumulan los procedimientos de resolución anteriormente relacionados. El primero iniciado a instancia del contratista por causa de resolución imputable a la Administración y el segundo, incoado de oficio por la Administración, por causa de resolución imputable al contratista (documento n<sup>o</sup> 33). Con fecha 18 de junio de 2012, el citado acuerdo se notifica a la entidad contratista y al avalista (documentos n<sup>os</sup> 34, 35, 36 y 37) y la Concejalía de Juventud y Deportes, a la Intervención General Municipal y a la Tesorería General Municipal (documento n<sup>o</sup> 38).

14. Por escrito presentado el día 21 de junio de 2012, la entidad contratista, con suspensión del plazo para efectuar alegaciones, solicita que se le dé traslado del informe completo del director gerente del Área de Deportes de 22 de marzo de 2012 (documento n<sup>o</sup> 39).

15. A la vista del informe emitido por el vicesecretario del Ayuntamiento (documento n<sup>o</sup> 40) y la correspondiente proposición de acuerdo a la Junta de Gobierno Local (documento n<sup>o</sup> 41), el día 27 de

junio de 2012 la Junta de Gobierno Local desestima la anterior solicitud por considerar que la notificación de los Acuerdos de la Junta de Gobierno Local 804 y 805/12, de 13 de junio, contenían adjuntos los informes del tesorero municipal de 15 de febrero de 2012 y del director gerente del Área de Deportes, de 22 de marzo de 2012 y que los informes de la Vicesecretaría de 4 de junio de 2012 y de la técnico de contratación de 8 de junio de 2012 se reproducían textualmente en el cuerpo de las resoluciones como motivación de las mismas (documento nº 42). La anterior resolución se notifica a la entidad contratista el día 17 de julio de 2012 (documentos nº 43 y 44), así como a la Concejalía de Juventud y Deportes (documento nº 45).

16. El día 2 de julio de 2012, la entidad contratista presenta escrito con el que hace entrega de las llaves originales del centro deportivo (documento nº 47).

17. Por escrito de vicesecretario del Ayuntamiento de Tres Cantos de 9 de julio de 2012 se requiere a la Unidad de Gestión Tributaria, Tesorería, servicios técnicos de Obras Públicas, servicios técnicos de Ingeniería Industrial y Concejalía de Juventud para la emisión de los informes oportunos (documento nº 48).

18. El día 12 de julio de 2012 emite informe el técnico de gestión de tributos del Ayuntamiento de Tres Cantos en el que indica que el canon correspondiente al año 2010, por importe de 9.545,45 € fue satisfecho. Sin embargo, el correspondiente a 2011, providenciado de apremio (35.924 euros) no ha sido satisfecho. No se ha girado, todavía, la liquidación correspondiente al año en curso, 2012 (documento nº 49).

Se ha incorporado al expediente el informe del jefe de Servicio de Obras Públicas, de 16 de julio de 2012, sobre la deuda total de agua facturada por el Canal de Isabel II pendiente de pago en el que se concluye que:

*“A la vista de la documentación obrante, se considera que la deuda contraída con el CYII por los contratos de agua de usos generales y de contra incendios del Centro Deportivo Islas, durante el período de facturación comprendido entre el 16-sep-10 y el 15-jun-12, y pendiente de pago en el día de la fecha, se puede considerar único e íntegramente imputable a la prestación del servicio por la empresa A, durante el período comprendido entre el 1-oct-10 al 30-jun-2012, ambos inclusive, siendo el importe resultante de 57.270,08 €.*

*Todo ello se informa con independencia de la reducción que se pueda hacer a la deuda contraída por la empresa A, por motivos no imputables a la prestación del servicio y por tanto no repercutibles económicamente al concesionario, o susceptible de reducirse de la deuda acumulada” (documento nº 50).*

Asimismo, el jefe de Servicio de Obras Públicas emite un segundo informe, de 16 de julio de 2012 sobre la existencia de pérdidas o fugas de agua en las instalaciones del Centro Deportivo Islas. La última de las conclusiones del informe dice:

*“De todo lo informado se desprende que existen pérdidas de agua y deficiencias en las instalaciones de las piscinas del Centro Deportivo Islas, pero todo ello se manifiesta sin perjuicio de las comprobaciones que se deban seguir haciendo al respecto con la empresa constructora o en colaboración con empresas especializadas; así como de aquellas otras pruebas o trabajos que se estimen procedentes realizar y que ayuden a dilucidar este asunto y a dirimir las responsabilidades, tanto de deficiencias constructivas, como del uso correcto o incorrecto de las instalaciones” (documento nº 51).*

El jefe de Servicio de Obras Públicas remite, además, un informe de la empresa constructora de las instalaciones D, sobre las actuaciones

realizadas en las instalaciones durante el período de prestación del servicio por la empresa A (documento nº 52).

Igualmente, se ha incorporado al procedimiento un informe del director gerente del Área de Deportes de 18 de julio de 2012. Dicho informe no ha sido remitido completo a este Consejo Consultivo faltando las hojas pares. En el citado documento se señala que desde la adjudicación, la entidad contratista no ha abonado ningún recibo de gas, existiendo una deuda pendiente con la compañía de 149.282,58 €; que hay un manifiesto incumplimiento del número de trabajadores contratados, pues en ningún mes del año 2011 se llegó a tener 40 trabajadores como se exigía en el PPTP. Se hace referencia a que se ha incumplido la obligación de efectuar la auditoría externa, si bien esta parte del informe está, como se ha advertido, incompleta. El informe señala finalmente, en respuesta a la alegación sobre el insuficiente número de abonados no empadronados que *“es posiblemente, por una mala gestión del adjudicatario, al no haber conseguido captar a los numerosos trabajadores de las industrias y empresas de Tres Cantos, y que además, compensaría con creces la incapacidad del concesionario para conseguir elevar el número de alumnos de las escuelas, cuya rentabilidad económica es notablemente inferior”* (documento nº 53).

Consta incorporado al expediente, igualmente, un informe del Servicio Técnico de Ingeniería Industrial, de 25 de julio de 2012, sobre la situación de pago por el contratista de las facturas del suministro de energía eléctrica (documento nº 54).

Se ha levantado acta por el vicesecretario del Ayuntamiento de la visita realizada al Centro Deportivo Islas por el alcalde y el concejal delegado de Juventud y Deportes el día 27 de julio de 2012 donde se deja constancia que *“del recorrido por las diferentes dependencias del Centro Deportivo Islas resulta la evidente interrupción en la prestación del servicio público*

*deportivo, encontrándose las instalaciones cerradas al público y, consecuentemente sin empleado ni usuario alguno en un viernes laborable, y con aspecto de haberse mantenido en tal situación durante un cierto tiempo” (documento nº 55).*

Finalmente, se ha incorporado informe de Tesorería, de 10 de agosto de 2012, según el cual, la empresa contratista es deudora a esa fecha de un importe por 44.259 € (35.924 € por el canon) y el resto por recargos, costas e intereses.

19. Con fecha 14 de agosto de 2012, el vicesecretario general del Ayuntamiento de Tres Cantos, en ejercicio de las funciones reservadas a la Secretaría General en materia de contratación del sector público encomendadas, emite informe jurídico sobre la resolución del contrato y concluye que concurre causa de resolución imputable al contratista y que, sin embargo, la alegada por éste no le resulta de aplicación a tenor de la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), sin que proceda, tampoco, la modificación del contrato. El informe concluye que procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista con incautación de la garantía por importe de 5.100 € y desestimar la solicitud de resolución y subsidiariamente de modificación formulada por la entidad contratista. En el citado informe, el vicesecretario general del Ayuntamiento advierte sobre el carácter preceptivo del dictamen de este Consejo Consultivo y sobre la necesidad de suspender el plazo máximo para resolver, con el fin de evitar la caducidad del procedimiento iniciado de oficio (documento nº 58).

20. Consta en el expediente el informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Tres Cantos, favorable a la propuesta de resolución suscrita por el concejal delegado de Juventud y Deportes (documento nº 61).

21. Con fecha 24 de agosto de 2012, se formula por el concejal delegado de Juventud y Deportes propuesta de acuerdo de la Junta de Gobierno Local que, de acuerdo con el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento, propone la resolución del contrato por causa imputable al contratista con incautación de la garantía constituida y la desestimación de la solicitud de resolución formulada por la empresa contratista por inexistencia de causa de resolución imputable a la Administración, así como de la solicitud de modificación del contrato (documento nº 62).

En este estado del procedimiento, el día 27 de agosto de 2012 el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos, firma la solicitud de dictamen por trámite de urgencia.

22. La Comisión Permanente del Consejo Consultivo en su sesión de 19 de septiembre de 2012 emitió el Dictamen 515/12 en el que se concluía lo siguiente:

*“Primera.- El expediente incoado de oficio para la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista habría caducado, en virtud de las razones expuestas en la consideración jurídica segunda. Ello no obstante, no impediría la iniciación de un nuevo expediente de resolución, caso de existir causa legal para ello, debiendo tener lugar el cumplimiento del trámite de audiencia para todos los interesados inmediatamente antes de la propuesta de resolución.*

*Segunda.- En el procedimiento de resolución iniciado a instancia de la empresa contratista no se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia, causando indefensión, por lo que procede la retroacción de las actuaciones a dicho trámite para su observancia”.*

**TERCERO** – 1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos en sesión extraordinaria y urgente celebrada el 26 de



septiembre de 2012 acordó retrotraer las actuaciones en el procedimiento derivado de la solicitud formulada por la empresa contratista el 26 de abril de 2012, al momento inmediatamente anterior a la formulación de la propuesta de resolución conservando las demás actuaciones practicadas. Asimismo se acordó poner de manifiesto el expediente al concesionario y al avalista, concediéndoles un plazo diez hábiles para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones pertinentes (documento nº 69). Consta en el expediente que dicho acuerdo fue notificado a la empresa contratista y al avalista el 28 de septiembre de 2012 (documentos 70 y 71).

Con la misma fecha 26 de septiembre de 2012 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos adoptó el Acuerdo de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual incoado de oficio mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de junio de 2012, procediéndose al archivo de actuaciones. Asimismo se acordó iniciar procedimiento de resolución contractual del contrato administrativo de gestión de servicio público de explotación del Centro Deportivo Islas del municipio de Tres Cantos por incumplimiento de las obligaciones correspondientes al concesionario, así como acumular este procedimiento al derivado de la solicitud formulada por A. Asimismo se acordó poner de manifiesto el expediente al concesionario y al avalista, concediéndoles un plazo de diez hábiles para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones pertinentes (documento nº 75). Consta en el expediente que dicho acuerdo fue notificado a la empresa contratista y al avalista el 28 de septiembre de 2012 (documentos 76 y 77).

2. El día 10 de octubre de 2012 la representación de la empresa contratista presentó en una oficina de Correos un escrito en el que viene a formular alegaciones en el trámite conferido al efecto (documento nº 80). En el mencionado escrito, además de dar por reproducidas las alegaciones

realizadas en los escritos anteriores, la mercantil interesada sostiene que el estudio económico que sirvió de base al contrato objeto del procedimiento de resolución contractual contenía “*desviaciones, errores (y) faltas de previsión*”, lo que en su opinión llevó a que desde el inicio de la actividad la empresa contratista estuviera abocada a enormes pérdidas. La empresa contratista sostiene que procedería la resolución del contrato por causas imputables a la Administración “*por errores graves en el “Estudio Económico”, así como “por haber entregado para una explotación un centro deportivo con graves daños estructurales”*”. Además de la resolución del contrato por las causas señaladas, la empresa contratista acaba solicitando la compensación de las pérdidas sufridas que provisionalmente calcula en 294.000 euros por cada año de gestión y explotación, descontándose de dicho importe la cantidad que resulte de los suministros de agua, luz y gas.

3. El vicesecretario del Ayuntamiento de Tres Cantos emite informe jurídico el día 26 de octubre de 2012 en el que sostiene, en síntesis, que se ha constatado en el expediente instruido al efecto cuatro incumplimientos contractuales imputables a la empresa contratista que hacen procedente la resolución contractual, a saber, incumplimiento en el número de trabajadores contratados conforme a la proposición de la empresa contratista en la licitación, así como no haber tenido cubierto durante meses los puestos del director del centro y simultáneamente, de técnico deportivo superior, con personal con la formación mínima exigida; incumplimiento de la obligación de presentar la documentación económico-financiera exigida por el Pliego de Prescripciones Técnicas; incumplimiento de la obligación de pago del canon concesional correspondiente al año 2011, así como también el incumplimiento de la obligación de pago de los suministros de agua, energía eléctrica y gas. Según el citado informe jurídico a los mencionados incumplimientos debe sumarse “*la interrupción sobrevenida de la prestación del servicio público*”

*concedido resultante del abandono unilateral de las instalaciones del Centro Deportivo Islas por parte del concesionario a partir del mes de julio de 2012”. En cuanto a los efectos de la resolución el citado informe sostiene que “la aprobación de la resolución del contrato por causa imputable al concesionario comporta asimismo la necesidad de determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar este” y añade que “la fijación de los daños y perjuicios, así como la eventual aplicación de la garantía definitiva constituida a los mismos e incluso los que hubiera podido ocasionar la Administración al contratista, debería remitirse a un procedimiento contradictorio y subsiguiente a la finalización del expediente de resolución del contrato”.*

4. Consta en el expediente que el día 9 de noviembre de 2012 por la Intervención del Ayuntamiento de Tres Cantos se emitió informe favorable de fiscalización en relación a la propuesta de resolución de los procedimientos acumulados en virtud del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de septiembre de 2012 (documento nº91).

5. Con fecha 12 de noviembre de 2012, se formula por el concejal delegado de Juventud y Deportes propuesta de acuerdo de la Junta de Gobierno Local que, de acuerdo con el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento, propone la resolución del contrato por causa imputable al contratista con incautación de la garantía constituida y la desestimación de la solicitud de resolución formulada por la empresa contratista por inexistencia de causa de resolución imputable a la Administración, así como de la solicitud de modificación del contrato (documento nº 92).

6. El día 12 de noviembre de 2012 el alcalde del Ayuntamiento de Tres Cantos dispone solicitar al Consejo Consultivo la emisión de su dictamen preceptivo por el trámite de urgencia, a fin de permitir la más pronta reapertura del Centro Deportivo Islas, teniendo en cuenta el grave perjuicio que para el interés público y de los usuarios ha ocasionado el

abandono unilateral de la prestación del servicio público por el concesionario.

8. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos en su sesión del día 14 de noviembre de 2012 acordó suspender el plazo para resolver el expediente por el tiempo que mediase entre la petición y recepción del dictamen del Consejo Consultivo, sin exceder en ningún caso el plazo de tres meses, así como notificar el Acuerdo a las entidades concesionaria y avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

*“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*

*2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establecía que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de septiembre de 2010, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en la LCSP, en su redacción anterior a la LES, por aplicación de la disposición transitoria séptima de la LES, en vigor desde el 6 de marzo de 2011, cuando establece que: *“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato, según doctrina de este Consejo Consultivo, y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de

octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3 del TRLCSP.

La solicitud de dictamen por el alcalde de Tres Cantos se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC. En este caso, aparece debidamente justificada en el expediente la urgencia en la emisión del dictamen, debida a la perentoriedad de resolver el contrato e iniciar un nuevo expediente de contratación que permita la pronta reapertura del Centro Deportivo, evitando de esta manera el perjuicio de los destinatarios del servicio objeto del contrato.

**SEGUNDA.-** En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el

artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Como hemos expuesto en la consideración anterior el apartado tercero de dicho artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escrito presentado en una oficina de correos el 10 de octubre de 2012, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del RGCAP en cuanto que se propone la incautación de la garantía se dio audiencia al avalista, tal y como se ha expuesto en la relación fáctica de este dictamen. No consta que se hayan formulado alegaciones en el trámite conferido al efecto por parte del citado avalista.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), se han incorporado al expediente los informes de la Secretaría e Intervención Municipal.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 2 de octubre de 2007, de 13 de marzo de 2008 o en la más reciente de 22 de marzo de 2012 ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado. En

estos términos se ha pronunciado también este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 515/12, de 19 de septiembre.

El inicio de este expediente tuvo lugar el 26 de septiembre de 2012 mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 2 de enero de 2013, transcurrido por tanto el plazo de tres meses que establece la LRJ-PAC, si bien con fecha 14 de noviembre de 2012 se acordó suspender el plazo para resolver el expediente por el tiempo que mediase entre la petición y recepción del dictamen del Consejo Consultivo, acuerdo que fue debidamente notificado a la empresa contratista y al avalista, por lo que el expediente no habría caducado a la fecha de nuestro dictamen.

**TERCERA.-** Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo, que se fundamenta en el incumplimiento de varias de sus obligaciones contractuales por la empresa concesionaria así como en el abandono unilateral de la prestación del servicio público por el concesionario.

Cabe señalar que el contrato tiene por objeto la gestión, bajo la modalidad de concesión, de los servicios de explotación del Centro Deportivo Islas, con todas sus instalaciones con la excepción de la cafetería y que se califica como contrato administrativo de gestión de servicio público que se rige, además de por lo establecido en la LCSP, por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de prescripciones técnicas *ex* artículo 192 de la Ley. En idéntico sentido la cláusula primera del contrato, cláusula que debe cumplirse al tenor de la misma *ex* artículo 193 de la Ley.



En relación a las causas de resolución la cláusula 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se remite al artículo 262 de la LCSP para la fijación de las causas de resolución, sin perjuicio de tipificar otros supuestos entre los que se incluyen en la letra b) las reiteradas deficiencias en la ejecución del contrato o la interrupción de su ejecución, salvo caso de fuerza mayor o en la letra d) la no adscripción de los medios materiales y personales exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas o que resulten de la oferta presentada por el adjudicatario. De igual manera y en consonancia con la obligación del adjudicatario de abono del canon concesional prevista en la cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se establece en relación con la resolución contractual que *“la falta de ingreso de la totalidad de canon en el plazo indicado facultará al Ayuntamiento de Tres Cantos para la exacción del importe adeudado por la vía de apremio, sin perjuicio de la facultad de extinguir anticipadamente el contrato conforme a lo previsto en este pliego y en la normativa de contratación pública”*.

Las concretas causas de resolución que el Ayuntamiento atribuye al concesionario son el incumplimiento en el número de trabajadores contratados conforme a la proposición de la empresa contratista en la licitación, así como no haber tenido cubierto durante meses los puestos del director del centro y simultáneamente, de técnico deportivo superior, con personal con la formación mínima exigida; incumplimiento de la obligación de presentar la documentación económico-financiera exigida por el Pliego de Prescripciones Técnicas; incumplimiento de la obligación de pago del canon concesional correspondiente al año 2011, así como también el incumplimiento de la obligación de pago de los suministros de agua, energía eléctrica y gas. A estos incumplimientos la propuesta de resolución suma *“la interrupción sobrevenida de la prestación del servicio público concedido resultante del abandono unilateral de las instalaciones del Centro*

*Deportivo Islas por parte del concesionario a partir del mes de julio de 2012”.*

Respecto a los incumplimientos aducidos por el Ayuntamiento para proceder a la resolución contractual por causa imputable al concesionario, resulta de los informes que obran en el expediente que la empresa adjudicataria incumplió su obligación de abono del canon concesional correspondiente al año 2011 conforme a lo establecido en la cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la cláusula 1 del contrato, y por este solo motivo procedería resolver el contrato. En este sentido consta en el informe de Tesorería de 10 de agosto de 2012 que la empresa contratista era deudora a la mencionada fecha de un importe de 44.259 euros, 35.924 euros por el canon correspondiente al año 2011 y el resto por recargos, costas e intereses. El impago del canon concesional también ha sido expresamente reconocido por la empresa concesionaria en su escrito de 26 de abril de 2012, cuando señala que ante *“las pérdidas de cientos de miles de euros que genera la explotación de Centro Deportivo Islas, por causas no imputables a mi representada, evidentemente se ha preferido pagar las nóminas, o la Seguridad Social, antes que el canon”*.

Además se constata de los informes que obran en el expediente que la empresa concesionaria ha incurrido en otra serie de incumplimientos de sus obligaciones contractuales. Así, en primer lugar, según el Pliego de Prescripciones Técnicas (Prescripción 11<sup>a</sup>4), el concesionario se obligaba a adscribir a la ejecución del contrato un mínimo de 20 trabajadores, contenido obligacional que fue elevado por el contratista en su proposición para la licitación a 20 trabajadores el primer año del contrato y a 21 en el segundo año, sin embargo según se señala en el informe de 18 de julio de 2012 del director-gerente del Área de Deportes del Ayuntamiento *“según los TC2 del año 2011, solicitados a A, periodo que abarca los últimos 9 meses del primer año de adjudicación y los tres primeros del segundo, en*

*ningún mes se llegó a tener 40 trabajadores contratados*”. Además el citado informe subraya como incumplimiento *“no haber tenido, durante meses, cubiertos los puestos de director/a del centro y simultáneamente, de técnico deportivo superior, con personal con formación mínima exigida”*.

Por otro lado el Pliego de Prescripciones Técnicas obligaba al concesionario a presentar anualmente cierta documentación de carácter económico financiero, entre la que se incluía estados económicos financieros o la auditoria de los mismos por auditor independiente. Respecto a esta obligación contractual el informe de 18 de julio de 2012 del director-gerente del Área de Deportes constata su incumplimiento cuando señala no tener constancia de que la concesionaria *“haya presentado en ninguno de los dos años que ha estado como concesionaria del Centro Deportivo Islas la documentación de carácter económico-financiero recogida en la prescripción técnica 12<sup>a</sup>.2. En cuyo caso, ha incumplido anualmente con estas obligaciones contractuales”*. Además en el informe del vicesecretario del Ayuntamiento de 26 de octubre de 2012, se recoge que en la Unidad de Contratación tampoco se tiene constancia de la presentación de dicha documentación.

También se constata en el expediente el incumplimiento de la cláusula 34.3<sup>a</sup> del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativa al régimen económico del contrato, que imponía al concesionario la asunción con carácter general de todos los gastos que sean necesarios para alcanzar los objetivos fijados en los pliegos y cualesquiera otros ocasionalmente necesarios para el normal desarrollo de la prestación de los servicios. En este punto, los informes que obran en el expediente acreditan el impago por la empresa concesionaria de los suministros de energía eléctrica, gas y agua. En este sentido el informe de 25 de julio de 2012 del ingeniero técnico industrial del Ayuntamiento señala que no han sido abonadas por el contratista 15 facturas de suministro de energía eléctrica desde el 28 de

marzo de 2011 hasta el 1 de junio de 2012. De igual modo por lo que se refiere al suministro de gas, el informe del director gerente del Área de Deportes de 18 de julio de 2012 subraya que desde la adjudicación, la empresa contratista no ha abonado ningún recibo de gas, acumulando una deuda de 149.282,58 euros según la última lectura del 7 de julio de 2012. Finalmente en lo que concierne al suministro de agua, el informe del jefe del Servicio de Obras Públicas de 16 de julio de 2012 señala que la deuda contraída con el Canal de Isabel II e imputable a la prestación del servicio por el concesionario durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2010 y el 30 de junio de 2012 es de 57, 270,08 euros.

Así las cosas, resulta claro que el expediente administrativo no deja lugar a duda sobre el incumplimiento por la empresa concesionaria de algunas sus obligaciones contractuales, hasta el punto de que la misma, bajo el pretexto de que la continuidad en el mantenimiento del servicio en las condiciones pactadas resultaba “*inviabile, imposible, gravemente deficitario e inasumible*” por la empresa, el día 2 de julio de 2012 abandonó las instalaciones, suspendió la prestación del servicio y entregó al Ayuntamiento las llaves del Centro Deportivo afecto a la prestación del servicio público. En estas circunstancias no cabe duda de que la suspensión unilateral de la prestación del servicio por la empresa concesionaria ha hecho que ésta incurra en un incumplimiento contractual constitutivo de causa de resolución por abandono del servicio.

Como tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen 373/12, de 20 de junio, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3<sup>a</sup>, de 11 de octubre de 1982; 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989), y el Consejo de Estado. De esta manera hemos dicho que no cabe la resolución automática o por

decisión unilateral del contratista. En consecuencia, la empresa contratista debía haber continuado la prestación del servicio –en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa– hasta que la Administración, tras la tramitación del procedimiento oportuno, hubiese acordado la resolución del contrato. En consecuencia, el cese en la prestación del servicio supone un incumplimiento culpable de sus obligaciones contractuales.

En este punto deben rechazarse las alegaciones de la empresa concesionaria en relación con su pretensión de resolución contractual por causas imputables a la Administración, al considerar que la prestación del servicio devino imposible en primer lugar por unas pérdidas o fugas de aguas en las instalaciones, pues no han quedado acreditadas en el expediente las posibles responsabilidades en este punto y el origen o causa de las mismas, estando pendiente de comprobación, según el informe de 16 de julio de 2012 del jefe del Servicio de Obras Públicas, en que medida las pérdidas son achacables a deficiencias constructivas o a un uso correcto o incorrecto de las instalaciones. En cualquier caso dichas pérdidas de agua no legitimarían un abandono unilateral de la prestación del servicio por parte del concesionario conforme a lo señalado anteriormente. No obstante lo dicho y como pudiera resultar de las comprobaciones que se lleven al efecto que determinados gastos ocasionados no resultaren imputables al concesionario, esta circunstancia deberá tenerse en cuenta en orden a la determinación de los daños y perjuicios que resulten de la resolución y liquidación contractual.

Por otro lado la alegación de la empresa adjudicataria relativa a los posibles errores en el estudio económico que sirvió de base a la licitación, es totalmente extemporánea y carente de justificación alguna por parte del concesionario. Si la empresa, una vez analizado el expediente de contratación, que incluye el estudio económico efectuado por la

Administración, hubiese estimado algún error o alguna deficiencia, debería haberlo hecho valer con carácter previo a su participación en el procedimiento de adjudicación, pero no resulta admisible esta alegación como fundamento de su incumplimiento contractual. Además, su alegación como hemos indicado carece de justificación, pues la empresa contratista insta en concepto de pérdidas un importe de 294.000 euros que imputa a los supuestos errores o deficiencias del estudio económico que no concreta, y además no aporta ninguna documentación económica que avale dicha afirmación.

**CUARTA-** Una vez apreciada la concurrencia de causas imputables al concesionario para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

*“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

Como hemos señalado en nuestro reciente Dictamen 656/12, de 12 de diciembre, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento

culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 señala lo siguiente:

*“Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 ( RJ 1998, 3856), «las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate ( sentencias de 10 de junio [ RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [ RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [ RJ 1990, 6330] )», por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante”.*

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Esta postura es la que viene sosteniendo el Consejo de Estado, así en su Dictamen de 19 de abril de 2012 indica lo siguiente:

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

También es la postura mantenida por otros Consejos Consultivos como el de Castilla-La Mancha (así por ejemplo en el Dictamen 54/2012, de 28



de marzo), el Consejo Consultivo de Asturias (Dictamen 138/2012, de 3 de mayo) o el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 894/2012).

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista. Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento. En la valoración entendemos que la Administración sin perjuicio de los evidentes daños que le ha supuesto el incumplimiento del contratista, entre ellos el de tener que acudir a una nueva licitación, no puede obviar las posibles cantidades que no le sean imputables al concesionario en función del origen de las fugas de aguas que llegue a determinarse conforme a lo expresado en la consideración anterior, pues no puede desconocerse la doctrina jurisprudencial que, aplicando los principios de buena fe y equidad, prevé, aun cuando conste el incumplimiento del contratista, que la pérdida de la fianza puede verse modulada en atención a circunstancias de muy diversa índole entre las que se encuentran los incumplimientos de la propia Administración. En este sentido nos hemos pronunciado en nuestro Dictamen 373/12.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada conforme a lo que hemos señalado en la Consideración Segunda de este dictamen.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC. Esta postura es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen 646/12, de 5 de julio, cuando señala que:

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

En la misma línea se ha manifestado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, denominado “*Servicios de Explotación del Centro Deportivo Islas del municipio de Tres Cantos*”, celebrado con la entidad A por incumplimiento imputable al contratista, sin incautación automática

de la garantía constituida y con su retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL  
PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ISMAEL  
BARDISA JORDÁ.**

«Ismael Bardisa Jordá, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular al dictamen aprobado por el citado Consejo, en la sesión de la Comisión Permanente del día 16 de enero de 2013, respecto de la resolución del contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión, denominado *“Servicios de Explotación del Centro Deportivo Islas del municipio de Tres Cantos”*, expediente remitido para su preceptivo dictamen por el Ayuntamiento de Tres Cantos.

El consejero que suscribe, si bien comparte el criterio del Consejo en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato por las razones expuestas en el dictamen, lamenta discrepar del parecer mayoritario en lo relativo a la incautación de la garantía definitiva por las razones que se exponen a continuación.

El dictamen considera que el artículo 225.3 del TRLCSP (anterior artículo 208. 3 LCSP) determina el que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista solo conlleva la incautación de la garantía definitiva en lo necesario para cubrir el importe de los daños y perjuicios.

Aun reconociendo que la redacción de la LCSP en este punto es bastante desafortunada, lo cierto es que no considero que existan razones jurídicas convincentes que nos permitan establecer esa interpretación, apartándonos de nuestros anteriores dictámenes.

Si acudimos a los criterios interpretativos del artículo 3 del Código Civil ha de considerarse que la interpretación literal del citado precepto no limita la incautación de la garantía sino que permite entender que la resolución culpable del contrato determina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, indemnización que se hará efectiva sobre la garantía " (...) *sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada*". El precepto no excluye la incautación de la garantía sino que únicamente establece la subsistencia de la responsabilidad del contratista si la garantía incautada no cubre la totalidad de los daños y perjuicios causados. Esta era la solución que recogía el artículo 113.4 del TRLCAP. Por tanto no puede entenderse que el artículo opte claramente por la solución propugnada en el dictamen.

A esta misma solución conduce una interpretación del artículo 225.3 TRLCSP si lo ponemos en relación con los demás preceptos del mismo texto legal. El artículo 102 del TRLCSP establece que la garantía no se devolverá "(...) *hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista*." Se mantiene, así, a mi juicio, la función de la garantía como mecanismo de protección del

interés público por el que se celebra el contrato administrativo y cuya titularidad ostenta la Administración contratante.

De igual manera el artículo 100 del TRLCSP al recoger las responsabilidades a que están afectas la garantías distingue como conceptos distintos; de un lado, la responsabilidad por la correcta ejecución, los gastos originados a la Administración por demora del contratista y los daños y perjuicios ocasionados por la Administración cuando no proceda la resolución (apartado b)) y, de otro, la incautación de la misma (apartado c)).

Si acudimos a la regulación de los contratos típicos, vemos como en los de concesión de obra pública (artículo 271.4 del TRLCSP) y en las especialidades del contrato de servicios para la elaboración de proyectos de obra (artículo 310.3 del TRLCSP) se establece expresamente la indemnización de la garantía, independientemente de los posibles daños y perjuicios, imponiéndose además en el segundo supuesto una penalización al contratista incumplidor. Carece de explicación lógica el que se establezca la incautación en estos dos contratos y no, por ejemplo, en el de gestión de servicio público con el que están manifiestamente relacionados.

Por último, el Real Decreto Ley 6/2010, de de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, modificó la LCSP, a los efectos de favorecer a los contratistas en concurso, recogiendo el preámbulo de dicha norma que "*Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos.*

*En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el*

*marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 % de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario".*

Se permite así que el contratista en concurso continúe ejecutando el contrato y, solo cuando el concurso entre en fase de liquidación, se resolverá el contrato (artículo 224.2 del TRLCSP) y, si el concurso es calificado como culpable, se acordará automáticamente la incautación de la garantía.

Se observa que el legislador (aunque sea el Gobierno de la Nación por medio de decreto-ley) impone la incautación de la garantía al contratista cuyo concurso sea declarado culpable con independencia de los daños y perjuicios causados.

Sería incoherente incautar automáticamente la garantía al concursado culpable y, en cambio, no incautarla al contratista que, culpablemente, incumple el contrato suscrito con la Administración, exigiendo a ésta que pruebe unos daños y perjuicios, que con frecuencia serán difíciles de valorar (retraso en la satisfacción del interés público por el cual se licitó el contrato, costes derivados de sacar a licitación un nuevo contrato, etc.).

Es por ello que el Consejo Jurídico de la Región de Murcia no ha dudado en matizar su doctrina en los dictámenes 208/11, de 17 de octubre y 89/12, de 11 de abril considerando que "(...) *este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto*

*objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada".*

De seguirse la tesis del dictamen resultaría indiferente, a los efectos de la incautación de la garantía, la culpabilidad o no del contratista, algo que choca contra la razón jurídica.

A ello debemos unir el que en ningún momento de la tramitación parlamentaria de la LCSP se aludió al supuesto cambio en la finalidad de la garantía definitiva en los términos a los que alude el dictamen. Ni en la exposición de motivos, ni en los debates parlamentarios, ni en las comparecencias de determinados expertos ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados se alude a ningún cambio en la concepción y finalidad de la garantía definitiva mientras que sí se alude con frecuencia a los cambios en la garantía provisional. Por tanto tampoco los antecedentes legislativos permiten respaldar la opinión mayoritaria del dictamen.

La memoria justificativa del proyecto de ley (artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del gobierno) en su apartado dedicado a *“Examen del contenido del anteproyecto: Justificación de las principales novedades”* al mencionar la garantía definitiva se limita a indicar: *“En materia de garantías se han introducido las siguientes novedades respecto de la ley vigente: (...) b) Garantía definitiva: se permite que el órgano de contratación exima al adjudicatario de su prestación en contratos distintos a los de obras y de concesión de obras públicas; se eleva su cuantía básica de un 4% a un 5%; y, en general, se simplifica su régimen jurídico”*.

Tampoco aparecía referencia alguna a este supuesto cambio normativo en el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo del Consejo de Estado (Pleno) sobre el anteproyecto de ley.

No parece razonable que un cambio en un aspecto tan frecuente en la contratación administrativa como los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista sobre la garantía definitiva, no se destacase en ningún momento del procedimiento de elaboración de la norma.

Por último, quedaría por analizar el espíritu y la finalidad de la norma y la realidad social del tiempo en que es aplicada (artículo 3 del Código Civil). A este respecto hay que concluir que no hay en toda la LCSP ningún indicio de que la nueva norma se aparte de la tradicional concepción de la normativa de contratación administrativa como una modulación de la contratación privada en función de los fines -giro o tráfico jurídico- propios de la Administración.

Apartarse de la concepción tradicional del carácter punitivo de la garantía sin perjuicio de modulaciones en caso de incumplimiento de la Administración (en palabras literales de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 (recurso 192/2003)) supondría alterar un aspecto importante de la contratación administrativo sin un sólido respaldo interpretativo.

A estos efectos la sentencia del Alto Tribunal de 14 de junio de 2002 (recurso 3008/1997) recuerda que *"En fin, la relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 de julio de 1988, donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización."*



*De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera. Como coinciden en alegar las dos partes enfrentadas en este recurso de casación – aunque en sentido divergente– no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista".*

Lo expuesto me lleva a entender que no existen en la fundamentación del dictamen del que discrepo argumentos suficientes, mas allá de la cita de otros órganos consultivos y tampoco unánimes, para abandonar nuestra anterior postura respecto a la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan del importe de esta.

Madrid, 16 de enero de 2013».

Madrid, 17 de enero de 2013