

DICTAMEN Nº 267/2012 de 12 de abril de 2012

Contratos y Concesiones Administrativas. Concesiones Administrativas

Expediente relativo a la resolución del Contrato de Gestión de Servicio Público “Hotel X”.

Ha sido Ponente la Consejera Doña Rosario Macías Martín, asistida por la Letrada, Doña M^a Jesús López Bernal, acordándose el Dictamen por unanimidad, y resultando los siguientes,

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 24 de febrero de 2012 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de dictamen remitido por el Excmo. Consejero de Administración Pública de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 16/2001, en virtud del cual el Consejo Consultivo emitirá dictamen en cuantos asuntos legalmente previstos deban someter preceptivamente a su consulta las Entidades Locales, efectuándose dicha petición por los Presidentes de las mismas a través del titular de la Consejería competente en materia de Administración Local.

Se cursa solicitud de dictamen a iniciativa del Sr. Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Segura de León (Badajoz) en relación con el expediente de resolución de contrato referido en el encabezamiento.

No se requiere la evacuación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- El expediente remitido a este Consejo Consultivo incluye los documentos y actuaciones que, seguidamente, se relacionan:

1.- Publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz de 23 de agosto de 2004, del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de **X**, de fecha 12 de julio de 2004, aprobando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir el contrato de gestión de Servicio Público de “Hotel Rural del **X**”, por procedimiento abierto, mediante concurso, en la modalidad de concesión.

2.- Documentación presentada, por el que luego fuera adjudicatario del contrato para la gestión del servicio del Hotel Rural del **X**, para participar en el

concurso convocado para la explotación del Hotel Rural convocado por el Ayuntamiento de **X**.

3.- Contrato, fechado el 6 de octubre de 2004, suscrito entre el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de **X**, y Don José , quién interviene en su condición de adjudicatario de la explotación del servicio de Hotel Rural **X**. Tal contrato tiene por objeto proceder al equipamiento (mobiliario) de las distintas estancias del Hotel.

4.- Diversas facturas de mobiliario y equipamiento del Hotel Rural **X** expedidas a nombre del Ayuntamiento.

5.- Contrato administrativo para la gestión del servicio del Hotel Rural del **X**, de fecha 10 de noviembre de 2004, suscrito entre el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de **X** y Don José , como adjudicatario del mismo. A dicho contrato se adjunta, como parte integrante del mismo, el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

6.- Mediante escrito de 7 de marzo de 2005, dirigido al Excmo. Ayuntamiento de **X**, Don José tras exponer que es adjudicatario de la explotación **X**; que ha constituido para dicha explotación una S.L denominada **X**, que esta sociedad pretende optimizar el uso del Castillo y que esta Sociedad excluye el dominio en la red del término **X** solicita que el contrato de arrendamiento se expida a nombre de **X**, sociedad de la que dice es representante.

7.- El Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el día 31 de marzo de 2005, acuerda, por unanimidad, ceder a la Sociedad Limitada "**X**", la explotación del Servicio Hotel Rural, existente en el Castillo en las mismas condiciones de derechos y obligaciones especificadas en el Pliego de Condiciones por el que se rigió el concurso así como el contrato realizado al efecto.

8.- En fecha 5 de abril de 2005, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de **X** y Don Juan Manuel **X**, en representación de la Sociedad Limitada "**X**" suscriben contrato administrativo para la gestión del servicio del Hotel Rural del **X**. A dicho contrato se adjunta, como parte integrante del mismo, el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

9.- Don José , quien resultó ser el adjudicatario de la explotación del Servicio de Hotel Rural **X**, presenta ante el Ayuntamiento un escrito en reclamación de la cantidad de 47661,08 euros, dicha suma, alega, fue destinada para el equipamiento de las distintas instalaciones del Castillo, tal y como se acordó en su día en el contrato suscrito entre el Ayuntamiento y el ahora reclamante, siendo obligación del Ayuntamiento reintegrarle dicha suma en los términos pactados en el mencionado contrato de fecha 6 de octubre de 2004.

Tras la presentación de dicho escrito, consta que el interesado interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación al Ayuntamiento de la mencionada suma de 47.661, 08 euros, que dio lugar al procedimiento ordinario núm. 27/2006 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de los de Badajoz y que concluyó con Auto de 29 de enero de 2007. En dicho Auto se da por terminado el presente procedimiento, por concurrir en el mismo las previsiones del art. 77 de la Ley de la Jurisdicción, habiendo llegado las partes en litigio a un acuerdo.

Seguidamente, se incorpora documento que acredita que Don José recibe del Ayuntamiento de Segura de León, la suma de 23.830, 54 euros, en concepto de pago correspondiente al mobiliario, de acuerdo con el procedimiento ordinario 27/2006, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de los de Badajoz, según Auto dictado con fecha 29 de enero de 2007, que por su parte adquirió para el equipamiento del Hotel Rural “**X**”.

10.- Por otra parte, el expediente incorpora distintas comunicaciones (escritos, recursos) entre el Ayuntamiento y el representante de la empresa adjudicataria de la concesión del servicio del “Hotel Rural **X**”, en lo que se refiere al régimen económico de las visitas a las almenas y murallas del castillo, así como, al uso y destino de los espacios de la concesión que son enteramente para uso del contratista, aquellos que son compartidos con el Ayuntamiento y las dependencias que son de uso exclusivo de éste.

11.- Igualmente, se acompaña amplia documentación (actas de sesiones de Pleno, escrito de requerimiento) referida, en este caso, al requerimiento del Ayuntamiento para que la empresa contratista proceda al pago de diversas anualidades correspondiente a la explotación del Hotel Rural “**X**”. Frente a tal escrito, el representante de la empresa contratista formula recurso de reposición alegando estar exento de dicho pago por acuerdo de ese mismo Ayuntamiento.

Dicha controversia termina dando lugar al procedimiento abreviado nº 190/2008 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 2 de los de Badajoz, sobre recurso presentado por la Sociedad **X** contra la desestimación tácita por silencio administrativo por parte del Ayuntamiento de Segura de León del recurso de reposición presentado en fecha 13 de marzo de 2008 contra la resolución de 14 de febrero de ese mismo año, por la que se reclama la cantidad de 3.800 euros; y que concluye con Sentencia núm. 165/08, de 5 de diciembre de 2005, estimando el recurso planteado por la mercantil contratista.

12.- Obra, también, documentación relativa a diversas actuaciones relacionadas con la ejecución del contrato. En síntesis, denuncias mutuas entre el Ayuntamiento y la mercantil adjudicataria instándose ambas partes al cumplimiento de lo pactado en el referido contrato (entre otras, cabe citar, el

Ayuntamiento insta que el contratista solicite autorización a la Dirección General de Patrimonio sobre instalación de carpa situada en el Patio de Armas del Castillo, por ser un Bien de Interés Cultural; la mercantil adjudicataria interesa la reparación de desperfectos y filtraciones en las estancias del Castillo; comunicación de la Concejalía de Cultura al Director del Hotel advirtiéndole de la realización de una representación teatral en el patio del Castillo..).

13.- Se acompaña, además, requerimiento notarial efectuado por el Ayuntamiento al titular de la concesión, de 23 de diciembre de 2010, mediante Protocolo nº 579, de la Notaria Doña María Asunción , al objeto de que presentara ante el Ayuntamiento diversa documentación relativa al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la prestación del servicio público. En contestación a dicho requerimiento notarial, se aporta documentación y realiza las manifestaciones que considera oportunas.

14.- Vista la documentación interesada en requerimiento notarial y la presentada por la entidad concesionaria del servicio, por Decreto Nº 6/2011 del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Segura de León, en el que tras referir los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho oportunos, resuelve, entre otros extremos, *“Iniciar expediente administrativo de revisión de la concesión por procedimiento abierto de la explotación del Hotel Rural de X, que actualmente explota la sociedad “X”, de conformidad con los antecedentes de hecho expuestos y, en particular, para comprobar el cumplimiento de las Cláusulas Administrativas particulares expuestas en el antecedente de hecho octavo del presente”*.

15.- Aparecen, seguidamente, en el expediente:

a) Certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento en el que se dice que en *las Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes en esta localidad de X, dentro del Título VII – Normas de Protección de elementos y espacios urbanos de interés- aparece relacionado el Castillo de esta localidad con el Grado de Protección 1.*

b) Solicitud y posterior informe técnico elaborado por Arquitecto Técnico sobre el estado de las instalaciones del Castillo y reformas o modificaciones que se hubiesen hecho desde que tuvo lugar la concesión del servicio, recabando información si procede, sobre la existencia de licencias que amparen dichas modificaciones o reformas.

c) Informe que emite el Letrado Miguel Ángel en relación a la situación y estado de la explotación del Hotel Rural existente en el X.

d) Parte de servicios de la Policía Local en el que se pone de manifiesto que “Durante el Servicio se tiene conocimiento de que la empresa del Hotel del Castillo ha cambiado el candado y vuelve a cobrar 1 € por subir a las almenas. Tal conducta había sido desautorizada por el Ayuntamiento.

16.- Decreto N° 16/2011 de la Alcaldía, de 5 de julio que resuelve poner de manifiesto el expediente administrativo instruido, a la sociedad “**X**.”, en la persona de su legal representante, concediéndole tramite de audiencia, para que en un plazo no inferior a diez días, ni superior a quince, pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime convenientes. Dicho acuerdo, fue notificado en tiempo y forma a la mercantil interesada.

17.- Concedido trámite de audiencia a la mercantil contratista, ésta presenta escrito de oposición a la resolución.

18.- Y, completa el expediente, un certificado emitido por el Secretario del Ayuntamiento, en el que se indica que el Pleno de ese Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el 29 diciembre de 2011, acuerda *declarar la existencia de causa de nulidad en la adjudicación de la concesión del Hotel Rural de X, ubicado en el X, por infracción de lo previsto en el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (..) en relación con el artículo 62.1, letra e) de la LRJAP y PAC y subsidiaria y alternativamente, declarar la resolución de la concesión administrativa del Hotel Rural del X, de conformidad con las prerrogativas de la Administración previstas en el artículo 59 del RD Leg.2/2000, de 16 de junio (..) por concurrir la causa de resolución prevista en el artículo 111 del RD Leg.2/2000 de 16 de junio, en las letras g) y h)..”.*

TERCERO.- Por resolución de la Presidencia de este Consejo de la fecha de su registro, la consulta fue admitida, se ordenó continuar la evacuación de la misma por el procedimiento ordinario y se turnó ponencia según orden preestablecido, correspondiendo como queda indicado en el encabezamiento dando cuenta al Pleno de tales determinaciones.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales quedó concluida esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponente propuesta de dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria que figura en el encabezamiento.

QUINTO.- En la referida sesión plenaria la Ponente informó del contenido del proyecto de dictamen y sometido a la deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia de dicho informe y su conformidad con la propuesta, por lo que se acordó aprobar el proyecto de dictamen sin necesidad de debate en ulterior sesión.

II.- OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

Se somete a la consideración del Consejo Consultivo, el expediente relativo a la resolución del contrato administrativo de gestión del servicio del Hotel Rural del **X**, adjudicado a la entidad mercantil Sociedad Limitada “**X**” por el Ayuntamiento de Segura de León (Badajoz), por incumplimiento del contratista.

Es objeto de la consulta determinar si procede o no la resolución contractual, por lo que habrá de examinarse la legalidad del procedimiento administrativo sustanciado, así como, la concurrencia de causa que ampare la resolución contractual y, en su caso, los efectos que de la misma pudieran derivarse.

Se requiere dictamen ordinario en derecho, sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad, de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la Ley de creación de esta instancia consultiva.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia y carácter del Dictamen.

El Consejo Consultivo emite el presente dictamen con carácter preceptivo conforme a lo establecido en el artículo 195.3 a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por remisión del artículo 13.1.i) de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre del Consejo Consultivo de Extremadura. El artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

En el supuesto examinado, habida cuenta que la adjudicación del contrato tuvo lugar el 30 de septiembre de 2004, cuando aún no había sido promulgada la LCSP, la normativa a aplicar está constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, y por tanto, el precepto que fundamenta la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo es el artículo 59.3.a) de aquélla, conforme al cual “(...) *será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

SEGUNDO.- Consideraciones sobre la tramitación del expediente.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), el artículo 109 del 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 (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 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).

Tales preceptos regulan el procedimiento estableciendo los siguientes requisitos:

- Incoación del procedimiento de resolución por el órgano de contratación.
- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- Audiencia, en el mismo plazo anterior, en su caso, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley de Contratos.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el asunto que nos ocupa, de los antecedentes fácticos expuestos, resulta que la incoación del expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público “Hotel Rural del X”, se ha instruido cumpliendo, en términos generales, las formalidades y requisitos normativamente exigidos, y resulta acorde con la prerrogativa que el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, atribuye a la Administración contratante. En tal sentido, se ha acordado la iniciación del expediente de resolución, se ha otorgado audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, y se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo, exigencia requerida cuando existe oposición por parte del contratista.

Por lo que respecta al trámite de audiencia del avalista o asegurador, exigido cuando se propone la incautación de la garantía, hemos de señalar que en este supuesto, no hay constancia de que se le haya exigido la constitución de garantía definitiva.

A tenor de lo dispuesto en la Cláusula III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativo a la garantía definitiva se señala: *“En el supuesto de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiere estado*

incurra inicialmente en presunción de temeridad, a la que se refiere el artículo 83.2b), el órgano de contratación exigirá al contratista la constitución de una garantía definitiva por el 20 por 100 del importe de adjudicación". Nada más se indica en este apartado, salvo el régimen legal aplicable a la misma. En consecuencia, en el presente supuesto, no procede el trámite de audiencia del avalista o asegurador.

Como se ha dicho, el procedimiento se ajusta, en términos generales, a las previsiones normativas aplicables al caso, sin embargo procede efectuar las siguientes observaciones que deberán tomarse en consideración en la tramitación de un nuevo expediente de resolución, en los términos que se expondrán seguidamente:

1) El órgano competente para la iniciación del expediente de resolución de contrato es el mismo órgano competente para la contratación del servicio público. En este caso el Acuerdo de iniciación del expediente de resolución de contrato le corresponde adoptarlo al Pleno municipal, y no al Alcalde, que acordó la iniciación por Decreto de la Alcaldía nº 6/2011.

2) No consta en el expediente el informe del Servicio Jurídico, que resulta preceptivo, salvo en los casos previstos en los artículos 41 (resolución por falta de constitución de la garantía exigida) y 96 (resolución por demora), ambos de la Ley de Contratos.

Figura, no obstante, en el expediente un informe jurídico emitido, a solicitud de la Corporación municipal, por parte de un Abogado, Sr. , sin embargo, no supe la obligación de emitir un informe del Servicio Jurídico del Ayuntamiento, tras el acuerdo de iniciación del expediente de resolución de contrato, tal como preceptúa el artículo 109 del Reglamento de Contratos.

3) La normativa de Contratos Administrativos aplicable, no resuelve la cuestión relativa al plazo máximo para resolver los procedimientos de resolución de contratos.

En efecto, por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente LRJPAC, por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

Hecha la consideración precedente, entendemos que resulta de aplicación el plazo previsto, con carácter general, en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En consecuencia, iniciado el expediente de resolución de contrato el día 21 de marzo de 2011, ha transcurrido, sobradamente, el plazo máximo de tres meses que disponía la Administración para resolver. Por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43, de la citada Ley 30/1992, procede la declaración de caducidad y archivo del expediente, sin perjuicio de que el mismo pueda ser nuevamente incoado por la Administración, con los límites establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, en concreto, hacemos referencia a su Fundamento Jurídico octavo (RJ/2005/5662). En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001, de la misma Sala, Sección 4ª (RJ/2002/5264).

En el presente supuesto, el procedimiento se inicia en fecha 21 de marzo de 2011, como decíamos, por lo que de acuerdo con lo anterior, a fecha de hoy, ha caducado.

Habida cuenta lo anterior, es conveniente recordar a la Administración instructora que el artículo 42.5.c], de la Ley 30/1992 permite a la Administración suspender el plazo máximo de resolución “Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.” Previsión que es conveniente tomar en consideración cuando se tramite un procedimiento de resolución contractual, ante la obligación de recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Extremadura.

4) El Acuerdo del Pleno de 29 de diciembre de 2011 constituye la Propuesta de Resolución remitida para dictamen de esta instancia consultiva. En el mismo no figura expresamente tal calificación, ni adopta la forma de un acto administrativo, en el que la exposición de Hechos y Fundamentos de Derecho conduzca a la adopción de la propuesta de resolución del contrato. El Acuerdo del Pleno de 29 de diciembre de 2011 se limita a reflejar un Acuerdo alcanzado tras las deliberaciones de los miembros de la Corporación.

Resulta procedente la adopción de nuevo Acuerdo Plenario, que constituya la nueva Propuesta de Resolución sobre la que dictamine el Consejo Consultivo, que habrá de presentar la forma de una resolución administrativa, en la que se reflejen los Hechos y Fundamentos de Derecho en los que se apoye el Acuerdo sobre propuesta de resolución de contrato.

5) Procede recordar, por otro lado, que cuando el contrato, como en este supuesto, se resuelve por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá

indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, de manera que la indemnización debe hacerse efectiva, en primer término, sobre la garantía, que en su caso, se hubiera constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista, en lo que exceda de la garantía incautada. En el presente supuesto, no se exigió garantía, en consecuencia procede exigir toda la indemnización por los daños y perjuicios generados, y tal extremo deberá constar de manera expresa en el acuerdo de resolución del contrato.

En definitiva, como ya hemos explicado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43, de la citada Ley 30/1992, el expediente ha caducado, por ello procede la declaración de caducidad y archivo del mismo, sin perjuicio de que sea nuevamente incoado. El órgano de contratación deberá, necesariamente, volver a incoar el procedimiento, ordenando la conservación de los documentos e informes existentes en este procedimiento, y llevando a cabo todos los trámites establecidos para la resolución de contratos que han sido enumerados y descritos en este dictamen, subsanando los defectos antes señalados.

Sin perjuicio de lo anterior, analizaremos el fondo del asunto para ofrecer a la Administración consultante una opinión fundada en derecho acerca de la pretensión resolutoria del contrato en cuestión.

TERCERO.- Examen de la cuestión de fondo planteada.

I) Consideraciones Generales.

El Pleno del Ayuntamiento de Segura de León (Badajoz), adjudicó, mediante el sistema de concurso, el contrato de servicio público “Hotel Rural de X”, en fecha 30 de septiembre de 2004, a Don José , firmándose el contrato el día 10 de noviembre del mismo año. Seguidamente, en fecha 31 de marzo de 2005, se acuerda la cesión del contrato a la sociedad de responsabilidad limitada “X”, a petición del primer adjudicatario, firmándose nuevo contrato con la empresa cesionaria, en fecha 5 de abril de 2005, representada en dicho acto por Don Juan Manuel X. Procediéndose a partir de entonces a la ejecución del contrato.

Durante la ejecución del contrato, se producen diversas vicisitudes y desavenencias entre el contratista y la Administración municipal:

El primer conflicto planteado respecto a la ejecución del contrato fue la reclamación judicial efectuada por el primer adjudicatario, Sr. X, de la cantidad de 47.661,08 euros, correspondiente a la adquisición de mobiliario, según el acuerdo que éste había suscrito con el Ayuntamiento el día 6 de octubre de 2004. Seguido el procedimiento ordinario 27/2006, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Badajoz, finaliza éste mediante Auto de 29 de enero de 2007, que da por terminado el procedimiento por haberse alcanzado acuerdo entre las partes, consistente en que el Ayuntamiento

abonaría la mitad del dinero reclamado. El Sr. **X** no llegó a prestar el servicio por lo que las desavenencias a lo largo de la ejecución del contrato se plantean con la empresa cesionaria.

Durante la prestación del servicio público, según se desprende del expediente, se sucedieron diversos incumplimientos. El primero de ellos se centra en la falta del adecuado mantenimiento de las instalaciones y en los usos incorrectos de las dependencias del castillo, que se traducen en diversos incumplimientos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que establecía, entre otras cosas, que las dependencias del castillo correspondientes a la Pinacoteca, la Capilla y la Sala Baja de la Torre del Homenaje serían de uso exclusivo del Ayuntamiento. Los incumplimientos se suceden con la instalación de una carpa en el patio del Castillo, y con el cobro de un euro por el acceso a las almenas y murallas, contraviniéndose, desde el principio, distintas obligaciones contractuales.

Por su parte la adjudicataria denuncia reiteradamente la existencia de humedades en el edificio. La Administración, por su parte, según pone de manifiesto en el expediente, tiene dificultades de acceso al castillo, y requiere en varias ocasiones la entrega de llaves y el deber de desocupar la Capilla y la Sala de la Torre del Homenaje.

Se requiere por el Ayuntamiento el pago del canon debido desde 2005 al concesionario, en fecha 14 de febrero de 2008, y éste interpone recurso contencioso-administrativo que se tramita en el procedimiento abreviado 190/2008, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Badajoz, recayendo la Sentencia 165/2008, de 5 de diciembre, en la que se estiman las pretensiones del reclamante y se declara improcedente el pago de las rentas, por entender la sentencia que al subrogarse el cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, no le corresponde el pago, puesto que el cedente estaba exento para compensar el gasto por amueblar y acondicionar las instalaciones.

En este orden de cosas, sucediéndose diversos requerimientos del Ayuntamiento para que el concesionario cumpliera con sus obligaciones contractuales y sucediéndose diversas quejas por parte de éste, durante el periodo que va desde 2005, cuando se adjudicó el servicio, y finales de 2010, el Ayuntamiento decide, finalmente, afrontar los problemas derivados de la gestión del servicio público, es por ello que en fecha 23 de diciembre de 2010 - casi seis años más tarde desde que se firmara el contrato con la empresa concesionaria-, requiere notarialmente a ésta para que aporte diversa documentación que no figuraba, según manifiesta la Corporación, en el Ayuntamiento. Documentación relativa a la acreditación de la personalidad y representación de la empresa, de su capacidad para contratar con la Administración, acreditación de haber obtenido las licencias pertinentes para el ejercicio de la actividad, y documentación destinada a justificar el uso y

destino de las instalaciones, así como las obras o modificaciones realizadas en las mismas y escritura de cesión de la explotación.

A requerimiento del Ayuntamiento, la Técnico Municipal elabora, en fecha 24 de marzo de 2011, informe sobre el estado de las instalaciones del castillo y las reformas realizadas en el mismo, en dicho informe se ponen de manifiesto las irregularidades e incumplimientos cometidos por el concesionario.

A la vista de la documentación aportada por la empresa concesionaria, y la aportada por el Ayuntamiento al expediente, mediante Decreto del Alcalde nº 6/2011, de 21 de marzo, se acuerda la iniciación del expediente de revisión del contrato, tomando en consideración toda la documentación del expediente y el informe emitido por la Técnico Municipal.

Otorgado trámite de audiencia al concesionario del servicio público, se adopta el Acuerdo Plenario de fecha 29 de diciembre de 2011, que es remitido para dictamen de este Consejo Consultivo, en el que se propone, en primer término, la revisión de oficio del Acuerdo plenario por el que se adjudicaba el contrato de gestión del servicio público “Hotel Rural de **X**”, en base, según se señala en el Acuerdo, a los fundamentos jurídicos que se expresan en un informe incorporado al expediente, y emitido, a instancia de la Corporación municipal, por un Abogado en ejercicio, en el que se analizaba la concurrencia de posibles causas de nulidad en la adjudicación del contrato. En segundo término, en el citado Acuerdo plenario, subsidiariamente, se acuerda declarar la procedencia de la resolución de la concesión de la gestión del servicio público, por concurrir las causas de extinción contractual previstas en el artículo 111, letras g) y h), del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Planteada la solicitud de dictamen a este Consejo, en los términos expuestos, procede efectuar una serie de consideraciones al objeto de determinar el instituto jurídico más adecuado para la revisión del contrato de gestión del servicio público “Hotel Rural **X**”, suscrito por el Ayuntamiento de Segura de León y la empresa concesionaria del servicio.

II.- Carácter excepcional de la revisión de oficio de los actos administrativos.

La propuesta de resolución plantea, en primer término, la revisión del contrato, a través del instituto de la revisión de oficio, y si ello no fuera procedente, subsidiariamente, propone proceder a la resolución del contrato.

Analizado el expediente, se comprueba que, efectivamente, concurren causas de nulidad de pleno derecho que permitirían tramitar el procedimiento de revisión de oficio:

A.-En primer término, concurre la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC, debido a que el contrato fue adjudicado a la empresa concesionaria mediante cesión del contrato original suscrito con el Sr. **X**, y valorado el expediente resulta que se ha producido un incumplimiento de los requisitos esenciales establecido legalmente para la cesión de contratos de las Administraciones Públicas, al darse ausencia de personalidad del cesionario en el momento de la cesión, falta de acreditación de su capacidad para contratar con la Administración y de la suficiente solvencia, así como el incumplimiento de otros requisitos exigidos para la cesión, en los términos que se expondrán seguidamente.

Producida la cesión en el año 2005 ésta estaba sometida a las exigencias establecidas en el artículo 114 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que establece los requisitos esenciales a que debe someterse ésta:

1.- Se exige, en primer término, que el órgano de contratación autorice la cesión. Requisito que sí concurre en el presente supuesto, habiéndose autorizado la cesión por el Pleno en fecha 31 de marzo de 2005, sin embargo la autorización está viciada de nulidad, en los términos que se describen en el punto 3, en tanto que recae sobre una sociedad inexistente.

2.- Para autorizar la cesión el cedente debería haber ejecutado éste el servicio durante el plazo, al menos, de una quinta parte del tiempo de duración del contrato –tres años en este caso-, y si el cedente firmó el contrato el día 10 de noviembre de 2004, autorizando la cesión el Pleno del Ayuntamiento en fecha 31 de marzo de 2005, resulta que no se cumplió esta exigencia.

3.- Tampoco se cumple la exigencia relativa a que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y solvencia suficiente acreditada. La comprobación del cumplimiento de estos requisitos no se llevó a efecto por la Administración, según se desprende del expediente. De la documentación que figura actualmente en el mismo, se comprueba que en la fecha en que la Corporación acuerda autorizar la cesión, el 31 de marzo de 2005, la sociedad no existía, porque ni estaba constituida mediante escritura pública -la sociedad se constituye mediante escritura pública de 5 de mayo de 2005-, ni estaba inscrita en el Registro Mercantil, cuando la personalidad jurídica de la sociedad se adquiere mediante la inscripción de la misma en dicho Registro Mercantil.

Por otro lado, de la información requerida al Registro Mercantil resulta que la persona que actúa en nombre de la sociedad no cuenta con la debida representación desde el día 1 de junio de 2005 hasta el día 23 de febrero de 2010, fecha en la que resulta apoderado.

4.- Finalmente la cuarta exigencia establecida por el artículo 114 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, es que la cesión entre adjudicatario y cesionario se formalice en escritura pública, requisito que sí se cumple en este supuesto.

En definitiva, concurre nulidad por ausencia de personalidad del cesionario en el momento de la cesión, falta de acreditación de la capacidad para contratar con la Administración y falta de acreditación de la suficiente solvencia, que constituyen, a su vez, requisitos esenciales que rigen la cesión contractual, sobre la que también pesa incumplimiento.

B.- Por otro lado, concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la LRJAP-PAC, al haberse acordado la cesión del contrato de gestión de servicio prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Ha de admitirse la concurrencia en este supuesto de causas de nulidad, sin embargo, hemos de partir del carácter excepcional de la revisión de oficio dentro del ordenamiento jurídico administrativo. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo, con carácter general, son ejecutivos y se presumen válidos, produciendo efectos desde la fecha en que se dictan, salvo que en ellos se disponga otra cosa, lo que constituye una prerrogativa de la Administración Pública. Por todos es conocido que las prerrogativas de la Administración no se agotan en la potestad de dictar actos investidos de presunción de legitimidad, obligatorios y ejecutivos, sino que además la Administración puede volver sobre sus propios actos. Sin embargo, si esta potestad puede ejercerse libremente respecto de los actos no declarativos de derechos y de los actos de gravamen, en todos los demás supuestos, únicamente podrá ejercerse a través de los cauces formales de los procedimientos que la ley regula y en los supuestos que en ella se prevén. Como manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1998, esta facultad de revisión *“está limitada, por virtud del principio de seguridad jurídica y del respeto a los derechos adquiridos”*. En consecuencia, el uso que la Administración haga del procedimiento de revisión de oficio, en los supuestos de actos declarativos de derechos y de gravamen, ha de ser excepcional.

Por otra parte, el instituto de la revisión de oficio presenta unos claros límites en su utilización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 de la LRJ-PAC, a tenor de cuyo precepto: *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

Desde que fue firmado el contrato de gestión del servicio público entre la Administración y la empresa cesionaria, el día 5 de abril de 2005, hasta hoy han transcurrido siete años. Durante todo este tiempo la Administración contratante ha reconocido a la sociedad como legítima y efectiva adjudicataria del servicio, que lo ha venido prestando desde entonces, y de igual manera, la Administración municipal ha venido considerando, desde entonces, a la persona que actuaba en su nombre, el Sr. **X**, –socio de dicha empresa y esposo

de la Administradora Única- como su legítimo representante, pese a que carecía de facultades de representación desde el día 1 de junio de 2005 hasta febrero de 2010, fecha en la que es debidamente apoderado por la sociedad.

Por todo ello, valorando las circunstancias del presente caso, de acuerdo con lo dispuesto en el precitado artículo 106 LRJAP-PAC, la revisión de oficio de la adjudicación de la cesión contractual podría ir en contra de la equidad, e incluso en contra de la buena fe de la Administración contratante, que en el momento de la contratación no requirió al adjudicatario para que acreditase reunir los requisitos legalmente exigidos para poder contratar con la Administración, y durante casi seis años no requirió la acreditación de la representación de quien actuaba en nombre de la sociedad. Todo lo cual podría constituir título suficiente para plantear una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración municipal, ya que los vicios de nulidad que hemos analizado son imputables al funcionamiento anormal de la Administración municipal, que autorizó la cesión contractual sin que concurrieran los requisitos legalmente exigidos para ello, sin comprobar, además, si el cesionario cumplía los requisitos de capacidad y solvencia para poder contratar con la Administración.

Los argumentos anteriormente expuestos aconsejan abordar el tratamiento del problema planteado durante la ejecución del contrato de gestión del servicio público “Hotel Rural X” reconduciéndolo hacia el instituto de la resolución de contratos, analizando la concurrencia de causas de resolución contractual.

III.- Concurrencia de las causas de Resolución del contrato de gestión del servicio público previstas en el artículo 111 g) y h) del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

El contrato que la Administración municipal pretende resolver, de indudable carácter administrativo a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fue formalizado el día 5 de abril de 2005, por lo que dicho contrato y su resolución habrá de atender a lo establecido en el mencionado TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, artículos 154 y siguientes, y además, a lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª de la actualmente vigente Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Asimismo se rige este contrato por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y, supletoriamente, por las restantes normas de Derecho Administrativo, y en su defecto, por las normas de Derecho Privado.

En este orden de cosas, procede recordar que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en diferentes sentencias -entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989- que los contratos administrativos se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, explicándose con base en esta característica -ligada a las exigencias derivadas de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídico pública, que está vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales-, la existencia de prerrogativas a favor de la Administración. Entre estas prerrogativas, se encuentra el acordar su resolución, por las causas y con los límites que la propia Ley establece.

Respecto a las prerrogativas que tiene la Administración en tales contratos, es significativa la antes citada Sentencia de 28 de febrero de 1989 que dice: "...el artículo 18 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965/771 y NDL 7365) y su correlativo artículo 50 del Reglamento General de Contratos del Estado (RCL 1968/209, 483 y NDL 7370), conceden al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos -cual es el de referencia-, así como resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, pudiendo incluso modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y, acordar su resolución, sin embargo ello ha de hacerse -como dichos preceptos establecen-, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la citada normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral pueda afectar a las estipulaciones esenciales del contrato...".

Ciertamente, el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 59, reconoce a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta.

La resolución ha sido entendida por la doctrina como la medida última a la que acudir, siempre con el único fin de preservar el interés público insito en cada relación contractual. Implica la terminación anormal o traumática de la concesión, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio público gestionado y que se incardinan en alguna de las causas recogidas de modo tasado en la Ley.

En efecto, la causa natural de finalización de un contrato, obviamente, es su cumplimiento, sin embargo, la Ley contempla otras causas de finalización del contrato que no obedecen al puro y simple cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo. El artículo 109 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que *"Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución"*. Y

los artículos 111, 112 y 113, determinan las causas de resolución, el régimen de aplicación de las mismas y los efectos que de tal declaración se derivan.

El artículo 111 regula las causas de resolución que podemos agrupar en tres bloques: causas imputables al contratista, imputables a la Administración, y de mutuo acuerdo entre las partes. En función de la calificación de la causa, y de la imputación a una parte, las consecuencias serán bien diversas, y en ocasiones, van más allá de las ordinarias previstas por el ordenamiento para un incumplimiento de contrato en cualquier otro ámbito del tráfico jurídico, sobre todo, en los casos de responsabilidad del contratista, debido, sin duda, a las prerrogativas que las leyes atribuyen a la Administración Pública en su posición de contratante.

Como se ha referido, el artículo 111 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece las causas de resolución del contrato, ahora bien, tal régimen legal se completa cuando la propia Ley regula un catálogo específico adicional de causas de resolución para cada una de las modalidades de los contratos típicos. Así, por lo que respecta al contrato de gestión de servicios, el artículo 167 del TR de la Ley de Contratos determina las causas específicas de resolución de este tipo de contrato.

En el supuesto objeto de Dictamen, la Administración consultante señala en su propuesta de resolución, expresamente, como causas de resolución del contrato las contenidas en el apartado g) y h) del artículo 111 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, manifestando que ha existido un incumplimiento de *“las restantes obligaciones contractuales esenciales, así como las establecidas en el contrato”*.

Si el artículo 110.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto, el 111 de dicho texto normativo señala en su letra g), como una de las causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, dentro de las que evidentemente se incluyen los incumplimientos de las condiciones establecidas en los Pliegos de Condiciones, así como en la oferta del adjudicatario, parte integrante del contrato, como ha referido en multitud de ocasiones la jurisprudencia. Por otra parte, señala el mismo artículo, en su letra h), como causa de resolución del contrato, aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

Estos preceptos hemos de ponerlos en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone que *“en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste, se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión*

motivada, previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

A) Sobre la concurrencia de la causa de resolución del contrato, prevista en el apartado g) del artículo 111 del TR de la Ley de Contratos.

Por lo que respecta a la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el apartado g) del artículo 111 del TR de la Ley de Contratos, por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales, resulta que del examen de los documentos obrantes en el expediente se constata, claramente, que la empresa adjudicataria del contrato de gestión del servicio público “Hotel Rural de **X**”, cesionaria del contrato, ha incumplido las obligaciones impuestas al adjudicatario por las Cláusulas V.1 y 5, relativas a la conservación de las instalaciones, modificaciones y deber de conservación, y las impuestas por la Cláusula V 10, relativa al uso de las instalaciones y dependencias del castillo:

- Establece la Cláusula V.1 del Pliego que el adjudicatario está obligado a *conservar en perfectas condiciones los locales, instalaciones, muebles, enseres y aparatos propiedad del Ayuntamiento que se ponen a su disposición, siendo de su cuenta las reparaciones que se efectúen y abonar los desperfectos que se observen al término del contrato y excedan del deterioro normal derivado del uso cuidadoso... La falta de conservación adecuada se considerará causa suficiente para la resolución del contrato.*

En el extenso y detallado informe que figura en el expediente, emitido por la Técnico Municipal, ilustrado con numerosas fotografías, se constata que existe una falta de mantenimiento de las instalaciones y locales del castillo importante, y además se constata que se han realizado importantes modificaciones, obras y reformas por la empresa adjudicataria, en las instalaciones del castillo, que no han contado con la autorización del Ayuntamiento, siendo las más sobresalientes, en primer lugar, la construcción de una nueva habitación en una de las torres, sin solicitar autorización alguna y sin tener en cuenta que el castillo, según consta en el expediente, es una edificación catalogada y protegida por las Normas Subsidiarias vigentes en el municipio, lo cual supone un grave incumplimiento del Pliego de Cláusulas. En segundo lugar, la instalación de una carpa en el patio de armas del castillo, sin que conste que se haya pedido ninguna autorización ni al Ayuntamiento ni a la Consejería de Cultura, al ser un bien de interés cultural. Respecto a la instalación de la carpa, se manifiesta por el contratista, sin acreditarlo, que existía una autorización verbal por el anterior Alcalde; autorización que de haber existido era contraria al Pliego de Cláusulas, y no justificaba ningún incumplimiento contractual. A estas anomalías e incumplimientos ha de añadirse la instalación, sin autorización previa, de aparatos de aire

acondicionado y estructuras metálicas para el sostenimiento de toldos con efecto de gran alteración sobre las características del edificio, al ser un castillo.

- La Cláusula V. 10 del Pliego de Cláusulas, relativa al uso de las distintas dependencias del castillo, establece que *la Pinacoteca, la Capilla y la Sala Baja de la Torre del Homenaje*, serán de *uso exclusivo del Ayuntamiento*. Sin embargo, estas dependencias han sido utilizadas, en exclusiva, por el contratista, que incluso ha destinado a almacén la Sala Baja de la Torre del Homenaje, habiendo sido requerido por el Ayuntamiento, en varias ocasiones, para que la desalojara y en sucesivos requerimientos el Ayuntamiento solicitó al contratista la entrega de las llaves de estas dependencias. La postura de la empresa contratista ha sido su uso exclusivo, argumentado, nuevamente, que contaba con autorización verbal, no acreditada, del anterior Alcalde; autorización que, como ya hemos señalado, de haber existido sería contraria al Pliego y no puede justificar ningún incumplimiento contractual.

En esta misma Cláusula se relacionan como dependencias exclusivas del concesionario: las habitaciones, la sala de estar, el bar, la cocina y la lavandería, siendo dependencias comunes: el patio de armas, el salón comedor y los servicios generales. En ningún apartado de esta Cláusula se permita el cobro de precio alguno por el acceso a las almenas y murallas del castillo, por lo que habiéndose acreditado en el expediente que la empresa contratista cobró un euro por el acceso a tales dependencias, resulta que se ha producido un nuevo incumplimiento de esta Cláusula.

Como ya hemos señalado en apartados anteriores, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, a las que alude el apartado g) del artículo 111 del RD Legislativo 2/2000, incluye, además de los incumplimientos de las condiciones establecidas en los Pliegos de Condiciones, el incumplimiento de las obligaciones incluidas en la oferta del adjudicatario, por constituir parte integrante del contrato, como ha referido en multitud de ocasiones la jurisprudencia. Pues bien, en el presente supuesto, el primer adjudicatario del contrato, presentó, entre la documentación a tener en cuenta en la valoración del concurso –sobre B-, una “Memoria de Proyecto de apertura de instalaciones “**X** (Badajoz)”, como “proyecto de turismo integral” estableciendo como fines del proyecto, la recuperación del patrimonio etnográfico, con la creación de un Museo Etnográfico, la celebración de jornadas medievales, jornadas gastronómicas, talleres y exposiciones de diversa índole, senderismo y otras actividades rurales así como la homologación del castillo como centro de formación en turismo y hostelería.

La presentación de este proyecto fue uno de los factores que determinaron la adjudicación del contrato al primer adjudicatario, a tenor de la valoración realizada, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Cláusula II. 3 del Pliego de Condiciones, que al establecer los criterios de adjudicación del contrato, atribuía una puntuación del 40% al Proyecto integral de Turismo,

y una puntuación de un 15% al Proyecto de actividades complementarias de tipo turístico, cultural, y de ocio y tiempo libre. En consecuencia, la adjudicación del contrato, pretendía, además de la explotación hotelera de las instalaciones del castillo, dar otros usos turísticos y culturales al castillo, lo que potenciaría turísticamente al Municipio.

Al producirse la cesión del contrato, la empresa cesionaria asumía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114.3 del RD Legislativo 2/2000, la obligación de ejecutar el proyecto descrito, al haberse subrogado en las obligaciones contraídas por la persona que fue el primer adjudicatario. Sin embargo, no consta en el expediente que se haya desarrollado dicho proyecto, por lo que, nuevamente, nos encontramos con un incumplimiento de una obligación contractual esencial, que permite instar la resolución contractual por incumplimiento del contratista.

B) Sobre la concurrencia de la causa de resolución del contrato, prevista en el apartado h) del artículo 111 del TR de la Ley de Contratos.

Por lo que respecta a la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el apartado h) del TR de la Ley de Contratos, relativa a las causas de resolución que se establezcan expresamente en el contrato, hemos de señalar que todos los incumplimientos cometidos por el concesionario están delimitadas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que forma parte del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.5 del TR de la Ley de Contratos, por lo tanto, los incumplimientos descritos en los apartados anteriores también constituyen infracción de lo dispuesto en el apartado h) del TR de la Ley de Contratos.

Finalmente, es preciso poner de manifiesto que existe una reiterada doctrina jurisprudencial en esta materia -entre otras, Sentencia de 20 de septiembre de 1983- y doctrina del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento grave, cualificado, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Entiende este Consejo que, en el presente supuesto, dadas las circunstancias concurrentes en el expediente, los incumplimientos han sido graves por afectar a la debida prestación del servicio contratado, con una deficiente utilización de las instalaciones contraria a las prescripciones del contrato, con la falta de ejecución del proyecto de “turismo integral”, y con la realización de obras prohibidas en el contrato y contrarias a derecho, por falta de la debida autorización y por infracción de las normas urbanísticas.

Todo ello, sin entrar a valorar, al constituir *cosa juzgada*, el hecho de que el concesionario no paga ningún canon por el uso de las instalaciones del castillo. Canon que le fue exigido por el Ayuntamiento, y que fue estimado improcedente por la sentencia de 5 de diciembre de 2008, dictada por el

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Badajoz, en el procedimiento abreviado 190/2008 instado por el concesionario del servicio.

En opinión del Consejo de Estado, la resolución del contrato constituye *“un medio de defensa frente al incumplimiento de la otra parte o frente a alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de conclusión del pacto”* conforme a lo dispuesto por los artículos 59.1 y 112.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de junio de 1985, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, al señalar que *“... la aplicación del ordenamiento común como supletorio del administrativo y, en particular, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, ...”*.

Acreditado, en el presente caso, que se ha producido un incumplimiento culpable del contratista, el Ayuntamiento tendría derecho a incautar la garantía al contratista, si hubiera existido tal garantía, ya que como se declaró por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1988 (RJ 1988, 5704) la incautación de la fianza está reservada para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando entonces como indemnización previamente fijada; recogiendo legalmente este derecho en el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, al no haberse exigido una garantía definitiva, con base en este mismo precepto, el contratista deberá indemnizar a la Administración municipal por los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente ejecución del contrato, en la cantidad que se estime en la resolución del contrato, y que deberá constar, también, en la nueva propuesta de resolución que se dicte.

En cuanto a la existencia de dichos daños y perjuicios, el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 1980 ha declarado que *“... debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquéllos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”*.

Por otro lado, en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1968 se ha mantenido que para que la indemnización de daños y perjuicios, por incumplimiento de contrato, pueda ser estimada será necesario que quien la exige haya cumplido fielmente sus obligaciones y hubiere demostrado que la parte contraria incurrió en dolo, negligencia o morosidad.

Por lo tanto, dadas las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, a juicio de este Órgano Consultivo, procede la resolución culpable, y procedería la incautación de la fianza, si ésta existiera. Además, procede la apertura del oportuno procedimiento para el resarcimiento por la Administración de los daños y perjuicios cometidos por la empresa por su incumplimiento contractual. Todo ello, sin perjuicio de lo declarado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Dictamen, relativo a que en el presente supuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, procede la declaración de caducidad y archivo del expediente, sin perjuicio de que pueda ser nuevamente incoado por la Administración municipal, por el órgano de contratación.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente Dictamen procede declarar la caducidad del expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público “Hotel Rural **X**”, instado por el Ayuntamiento de Segura de León (Badajoz), pudiendo instruirse nuevo expediente de resolución por concurrir causa suficiente para proceder a la resolución del contrato, en los términos y con los efectos indicados en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de este Dictamen”.