



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Librilla, de 6 de marzo de 2007, se inicia expediente de contratación para la concesión de la gestión y explotación del albergue municipal y de la zona recreativa y de ocio "___", aprobando en el mismo acto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de las que destacan las siguientes:

- Cláusula 1. Objeto del contrato y naturaleza jurídica.

La presente contratación tiene por objeto (...) la gestión y explotación, mediante concesión, del albergue municipal de Librilla y zona recreativa y de ocio ubicado en el paraje de "___".

La explotación comprenderá los servicios de alojamiento, manutención, gestión de visitas de centros escolares y otros colectivos o particulares, organización de eventos, excursiones, cursos, jornadas y seminarios, actividades de ocio y tiempo libre o eventos de similar naturaleza, servicios bar y restaurante, así como control de material inventariado y el mantenimiento de todas las zonas comprendidas en el complejo.

(...)

El contrato derivado de la adjudicación del presente pliego se tipifica como un contrato de concesión de obras públicas regulado en el Título V, Libro II del TRLCAP".

- Cláusula 2. Plazo de vigencia.

El plazo de vigencia de la presente contratación se fija en 4 años, a contar desde la firma del contrato.

(...)

- Cláusula 5. Canon de la concesión.

Los licitadores deberán presentar con sus ofertas estudio económico del servicio en el que se determinen los ingresos y gastos previstos por la explotación del servicio, incluidos los gastos generales y el margen de beneficio industrial para el concesionario. La diferencia resultante entre la totalidad de ingresos y la totalidad de gastos del plazo total de la concesión constituirá el canon a abonar al Ayuntamiento, siendo satisfecha la cuarta parte al principio de cada anualidad en la Tesorería del Ayuntamiento.

- Cláusula 6. Obligaciones del adjudicatario en el desarrollo del contrato.

(...)

3. El adjudicatario mantendrá en perfecto estado de limpieza y mantenimiento todas las instalaciones incluidas en el objeto de esta licitación.

4. El adjudicatario será responsable de la reposición de todas las instalaciones, servicios y dotaciones del complejo, por su merma, desgaste u obsolescencia, sean o no debidos a un uso normal. Todos los gastos necesarios para el mantenimiento integral de las instalaciones descritas en el Anexo I del presente Pliego, así como aquellos necesarios para el uso al que va destinado el inmueble, serán de cuenta y cargo del adjudicatario. Esta Cláusula hace igualmente referencia a los elementos que el adjudicatario pudiera sumar a los descritos en dicho anexo como consecuencia de la aplicación de la cláusula siguiente.

5. Será de cuenta del adjudicatario la ejecución de cualquier obra o mejora necesaria para la

correcta explotación del servicio, y no descrita en el Anexo I de este Pliego, para lo que deberá contar previamente con el consentimiento del Ayuntamiento. Las reformas que por imperativo legal, por cambios en la normativa del sector, deban acometerse, y siempre a partir de la toma de posesión de las instalaciones, serán de cuenta y cargo del adjudicatario.

6. El adjudicatario deberá equipar las instalaciones al fin previsto, siendo de su cargo y responsabilidad la obtención de los permisos y autorizaciones necesarios para la ocupación y uso del citado inmueble. En cualquier caso, la autorización estará sometida a la concesión de las oportunas licencias y permisos administrativos.

(...)

9. Será de cuenta y costa del adjudicatario la realización de gestiones, pago de todos los gastos, tasas, arbitrios, redacción y visado de los proyectos que haya que presentar en los organismos y compañías competentes, a efectos de obtener el alta y permisos para el funcionamiento de las instalaciones, máquinas y equipos, aunque hayan de ser tituladas a nombre de la administración o de la persona o entidad que ésta designe.

(...)

13. En todo momento el adjudicatario deberá cumplir con los preceptos que marque la ley en materia de gestión de albergues y de establecimientos de restauración, especialmente en aquellas que afecten a la seguridad de cosas y personas. El adjudicatario garantiza el correcto funcionamiento así como la gestión del Albergue y zona recreativa y de ocio, obligándose a facilitar a los clientes el mejor nivel de servicio y de trato posibles.

(...)

16. El concesionario mantendrá abierta las instalaciones todos los días del año en el horario que se determine, no pudiendo permanecer cerradas las instalaciones salvo autorización expresa del Ayuntamiento.

- Cláusula 22. Adjudicación y formalización del contrato.

(...)

3. En el plazo máximo de 15 días a contar desde la fecha de adjudicación, se deberá iniciar la prestación del servicio de Albergue y resto de actividades.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 17 de abril de 2007, se adjudica el contrato a la mercantil "--, S.L.", formalizándose con fecha 30 de abril de 2007. Su estipulación segunda dispone que el precio del contrato es de 108.000 euros, "que el adjudicatario ingresará por cuartas partes al principio de cada anualidad".

Según consta en los antecedentes del contrato, el adjudicatario constituyó garantía definitiva por importe de 60.000 euros.

SEGUNDO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 12 de septiembre de 2007, se inicia expediente para la resolución del contrato, con incautación de la garantía, confiriendo trámite de audiencia al contratista y a su avalista.

El Ayuntamiento esgrime, como causas de resolución contractual al amparo del artículo 111, letra h), del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), que el contratista no ha abonado la cantidad de 27.000 euros correspondiente a la primera anualidad del canon de la concesión y que no mantiene abiertas las instalaciones todos los días del año, habiéndolas cerrado sin la autorización del Ayuntamiento.

TERCERO.- Con fecha 18 de octubre de 2007, uno de los administradores de la contratista presenta alegaciones mostrando su oposición a la resolución del contrato, con base en las siguientes alegaciones:

a) Respecto a la omisión del abono de la parte del canon correspondiente a la primera anualidad del contrato, la mercantil considera que la obligación de pago debe hacerse efectiva

al inicio de cada año natural, dejando al principio de la vigencia del contrato un margen de tiempo razonable durante el cual pueda el contratista obtener el rendimiento previsto de la explotación para poder afrontar dicho pago. Afirma, además, que la prueba de que tal interpretación es la correcta es la actitud de la Corporación, que no ha requerido a la adjudicataria el cumplimiento de sus obligaciones económicas con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio.

b) Si no se han mantenido abiertas las instalaciones ha sido por la imposibilidad de prestar los servicios contratados, debido a una serie de incumplimientos previos atribuibles al Ayuntamiento, que impedían que pudiera comenzar la prestación en el momento en que aquélla debía hacerlo, pues siendo adjudicado el contrato el 17 de abril de 2007 y formalizado el 30 siguiente, tres días después de la inauguración oficial de las instalaciones, la prestación debía iniciarse a los 15 días de la adjudicación, es decir, de forma inmediata tras la formalización. En consecuencia, si, prácticamente desde el mismo día de la firma del contrato, el concesionario venía obligado a prestar servicios de albergue, bar y restaurante, ello *"implicaba que desde ese mismo momento se le había dado posesión de unas instalaciones en las que no existía obstáculo alguno para poder disponer de las mismas para la explotación de dichos servicios"*.

Sin embargo, la realidad era muy distinta, como se demostró al solicitar la empresa, el 16 de mayo de 2007, la pertinente autorización sanitaria para la elaboración de comidas en el bar y restaurante objeto de la concesión. Personados en las instalaciones los inspectores de la Consejería de Sanidad, levantaron acta en la que se ponían de manifiesto diversas deficiencias higiénico-sanitarias, al tiempo que advertían de la defectuosa cumplimentación de la solicitud, al ser el Ayuntamiento el titular de las instalaciones, otorgando un plazo de 10 días para subsanarla. Atendiendo dicho requerimiento de subsanación, el 7 de mayo de 2007 (sic), el Alcalde de Librilla presenta nueva solicitud de autorización sanitaria, sin que hasta la fecha se haya comunicado resolución alguna.

Del mismo modo, se ha denegado por la Consejería competente en materia de Turismo la autorización de apertura y clasificación como restaurante, pues el informe técnico emitido por la Inspección de Turismo advierte diversas deficiencias relativas a la capacidad del local, a la disposición de los aseos y en materia de accesibilidad, así como la ausencia de climatización. Del mismo modo, se hace eco de las Actas de Inspección levantadas por las autoridades sanitarias, donde constan las siguientes deficiencias respecto al servicio de restauración: "escasa superficie de trabajo en cocina para el volumen de producción", "insuficiencia de cámaras frigoríficas", y "carencia de mobiliario para útiles". También recoge la existencia de un informe desfavorable de una empresa de calidad medioambiental relativo al depósito de agua y de sus instalaciones.

Asimismo, se solicitó del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia el reconocimiento oficial como Albergue Juvenil, requiriendo el organismo autonómico que se aportara diversa documentación que, a su vez, la empresa pidió al Ayuntamiento que le fuera facilitada, sin que esta última petición haya sido satisfecha. Considera la contratista que la única explicación para esta actitud municipal es que *"el Ayuntamiento es consciente de que las instalaciones no cumplen los requisitos exigidos en la normativa aplicable para poder obtener la autorización, ya que el aforo de las literas supera ampliamente el permitido, no existen instalaciones para lavar y tender la ropa, la potabilidad del agua y la idoneidad de las instalaciones es absolutamente desfavorable"*, etc.; de hecho, el Ayuntamiento ya intentó en el 2005 el reconocimiento oficial como albergue juvenil para las instalaciones ahora concedidas, y no lo logró debido a las deficiencias advertidas en su momento por el Servicio de Sanidad Ambiental.

En suma, considera la contratista que las instalaciones presentan irregularidades que no son

imputables a ella, ni le resulta exigible su subsanación, por ser anteriores a la formalización del contrato. Comoquiera que dichas irregularidades convierten a las instalaciones en no aptas para la prestación de los servicios que son objeto del contrato, su incumplimiento es atribuible al Ayuntamiento, al que exige que así lo reconozca y que proceda a devolver las fianzas constituidas y a indemnizar a la adjudicataria en el importe de las inversiones realizadas y rendimientos dejados de obtener, por una cantidad total de 120.000 euros, más el abono de una factura que adjunta al escrito de alegaciones.

Junto a las alegaciones, aporta diversa documentación acreditativa de lo en ellas manifestado.

CUARTO.- Con fecha 5 de febrero de 2008 se formula propuesta a la Junta de Gobierno Local, para que proceda a resolver el contrato con incautación de la garantía definitiva. Argumenta la propuesta que el PCAP obligaba al adjudicatario a obtener todos los permisos y autorizaciones necesarios para la puesta en servicio de las instalaciones y que, cuando las recibió, no hizo constar ningún reparo u objeción sobre la inadecuación de las mismas para la prestación del servicio, dando su consentimiento.

En cuanto al momento en que el contratista viene obligado al pago del canon, considera que es el del comienzo de cada anualidad de vigencia del contrato, desde la firma de éste.

En tal estado de tramitación y tras incorporar el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de febrero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada por el Ayuntamiento de Librilla para declarar resuelto un contrato administrativo de concesión de obra pública, habiéndose formulado oposición por parte del contratista a tal pretensión municipal, concurriendo con tal circunstancia el supuesto previsto en el artículo 249.1, d) y 2 TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista del expediente remitido, se considera que se ha seguido lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del TRLCAP, que establece el procedimiento a seguir en materia de resolución de contratos administrativos.

No obstante, y aunque la urgencia con la que han de evacuarse los informes en el seno del procedimiento de resolución contractual mueven a este Consejo Jurídico a dictaminar sobre el fondo, deben ponerse de manifiesto las siguientes deficiencias en la tramitación y en la conformación del expediente remitido a este Órgano Consultivo.

a) La propuesta de resolución que se somete a consulta no ofrece dato alguno acerca de quién la formula a la Junta de Gobierno Local (cuya competencia para resolver el contrato tampoco aparece justificada en el expediente) y carece de firma, por lo que difícilmente puede considerarse como copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta y que exige el artículo 46.2, letra c) 1º, del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en adelante RCJ).

b) El expediente remitido al Consejo Jurídico carece del preceptivo extracto de secretaría y no está foliado, lo que constituye un nuevo incumplimiento del referido artículo 46.2 RCJ, en sus letras b) y c).

c) Del mismo modo, dispone el referido precepto reglamentario que la consulta se acompañará de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen, lo que obligaba a incorporar al expediente la documentación relativa a la fase de adjudicación del contrato, singularmente la oferta del adjudicatario.

Asimismo, el contratista pone de manifiesto en sus alegaciones que el Ayuntamiento ha realizado diversas actuaciones relacionadas con el objeto del contrato cuya resolución pretende, cuya plasmación documental no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

TERCERA.- La verdadera naturaleza del contrato.

Conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial y consultiva, la determinación de la naturaleza de un concreto negocio jurídico público, ya sea contrato, convenio o cualquier otro de características análogas, no depende de la denominación otorgada al mismo por las partes intervinientes, sino de su real contenido (por todas, STS, 3ª, de 14 de abril de 1990). Del mismo modo, el Consejo de Estado tiene declarado que la calificación de los contratos celebrados por la Administración debe dilucidarse a la vista de los términos y estructura de cada acuerdo de voluntades, afirmando que la naturaleza jurídica de una relación contractual es indisponible para las partes, de forma que aquélla dependerá de la estructura misma de la relación, sin que necesariamente las declaraciones contenidas en el clausulado contractual comporten un cambio en la naturaleza jurídica (Dictamen 52375/1988).

Tras la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, coexisten en aquél dos contratos de objeto similar aunque diferente: el de concesión de obras públicas, en su modalidad de explotación de obras ya construidas (artículos 220 y ss TRLCAP) y el de gestión de servicios públicos (artículos 154 y ss TRLCAP). Este último se define en el indicado artículo 154 como aquél mediante el que la Administración encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público, pudiendo adoptar, de conformidad con el artículo 156 TRLCAP, la modalidad de concesión, por lo que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Por su parte, el artículo 220.1 TRLCAP define el contrato de concesión de obras públicas como aquél mediante el cual se otorga solamente la explotación de las obras, reconociendo al concesionario el derecho a recibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra.

La distinción entre ambos contratos no siempre es fácil, aunque como pauta interpretativa puede acudirse al carácter preponderante de la obra o del servicio. Según este criterio, también utilizado por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario 2000/C 121/02, cuando el objeto principal del contrato lo constituye el servicio, es decir, la realización de una actividad de prestación que tiene por destinatarios a los ciudadanos, de forma que la utilización de las instalaciones públicas es un medio meramente accesorio de esa prestación principal, nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Por el contrario, cuando la explotación de la obra pública es el objeto primordial del contrato, en la medida que no comprende actividad prestacional alguna, sino que consiste en la explotación económica de la mera utilización de la infraestructura pública por los ciudadanos, estaríamos ante un contrato de concesión de obras públicas.

Si aplicamos el criterio expuesto al contrato cuya resolución se pretende, advertimos que el objeto principal del mismo viene constituido por una clara actividad prestacional, como son los *"servicios de alojamiento, manutención, gestión de visitas de centros escolares y otros colectivos o particulares, organización de eventos, excursiones, cursos, jornadas y seminarios, actividades de ocio y tiempo libre o eventos de similar naturaleza, servicios bar y restaurante"*. La realización de estas actividades convierten en secundaria la utilización de las instalaciones del Albergue municipal, que aparece como mero instrumento accesorio para la prestación de

los servicios.

La misma propuesta de resolución, al referirse al objeto del contrato, afirma de manera expresa que *"nos encontramos ante un servicio que presta el Ayuntamiento y que, como sucede con otros servicios municipales -recogida de basura, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable- se presta todos los días del año"*.

En su virtud, a la luz del objeto del contrato, su calificación más adecuada sería la de gestión de servicios públicos, en modalidad concesional, y no de concesión de obras públicas.

Consecuencia de ello es que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 TRLCAP, el régimen aplicable a la ejecución del contrato y a los eventuales incumplimientos alegados por una y otra parte, será el establecido por las normas rectoras del contrato de gestión de servicios públicos, lo que, por otra parte, poca trascendencia práctica tiene en orden a la resolución contractual que se pretende, pues las normas de uno y otro tipo de contratos contemplan como causa de resolución el incumplimiento del contratista, con pérdida de la fianza constituida cuando aquél le sea imputable.

De hecho, el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual alude, como causa de la misma, al incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales, con cita expresa del artículo 111, letra h) TRLCAP, y no del 264, letra j) del mismo cuerpo legal, que contiene idéntica causa de resolución, como norma específica del contrato de concesión de obras públicas.

CUARTA.- De las causas de resolución esgrimidas por la Administración.

La propuesta de resolución, con base en el informe jurídico obrante en el expediente, se fundamenta en el incumplimiento de dos obligaciones esenciales del contratista:

a) La falta de pago del precio del contrato.

b) La empresa contratista no mantiene abiertas las instalaciones todos los días del año, habiendo cerrado las instalaciones sin autorización expresa del Ayuntamiento.

1. Incumplimiento por el contratista de su obligación de abonar el canon de la concesión.

De conformidad con la estipulación segunda del contrato, su precio se establece en la cantidad de 108.000 euros, que el adjudicatario ingresará en la tesorería municipal por cuartas partes al principio de cada anualidad.

Por su parte, la Cláusula quinta del PCAP dispone que los licitadores deberán presentar con sus ofertas estudio económico del servicio en el que se determinen los ingresos y gastos previstos por la explotación del servicio, incluidos los gastos generales y el margen de beneficio industrial para el concesionario. La diferencia resultante entre la totalidad de ingresos y la totalidad de gastos del plazo total de la concesión constituirá el canon a abonar al Ayuntamiento, siendo satisfecha la cuarta parte al principio de cada anualidad en la Tesorería del Ayuntamiento.

Según la propuesta de resolución, el contratista no ha abonado la parte del canon correspondiente a la primera anualidad, lo que debía realizar al comienzo de la vigencia del contrato; mientras que, para aquél, a la fecha del inicio del procedimiento de resolución contractual, el 12 de septiembre de 2007, todavía no había surgido su obligación de pago, la cual nacería al comienzo del año natural siguiente a la formalización del contrato, es decir, a partir del 1 de enero de 2008, alegando en apoyo de su interpretación el hecho de que el Ayuntamiento no le requiriera, con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, el pago de dicho canon.

Atendidas las diferencias surgidas entre las partes del contrato en orden a establecer cuál es el momento en que debe procederse al abono del canon, debe recordarse que el artículo 59 TRLCAP atribuye al órgano de la Administración contratante la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

Ahora bien, como se encarga de matizar la jurisprudencia, *"tal prerrogativa tiene su razón de ser en la mejor satisfacción posible del interés público, ínsito en toda la actividad administrativa, y desde luego no supone una facultad ejercitada caprichosa o arbitrariamente, rotundamente prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. La finalidad perseguida por el citado precepto de la Ley de Contratación Estatal, no es otra que la de solucionar cualquier divergencia o conflicto durante la ejecución del respectivo contrato, siempre, desde luego, en aras del interés público. Mas esta facultad o poder de decisión ejecutoria, objeto, en todo caso de control y revisión jurisdiccional, debe acomodarse a las mismas normas de la contratación entre particulares, determinadas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, válidas y eficaces en el ámbito de la contratación administrativa, aunque siempre con la importante matización que supone el interés público presente en tal tipo de contratación"* (STS, 3ª, de 14 de diciembre de 1995).

Considera el Consejo Jurídico que la interpretación efectuada por la Corporación Municipal es ajustada a tales criterios interpretativos, no sólo porque los términos del contrato parecen claros, lo que aboca a estar al sentido literal de sus términos (art. 1281 del Código Civil), sino también porque, aunque se estimara dudosa la cláusula referida al pago de la anualidad, de conformidad con el artículo 1285 del Código Civil, aquélla debe interpretarse en el conjunto del contrato (las cláusulas deben interpretarse *"las unas por las otras"*), atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. A tal efecto, la estipulación relativa al pago de la anualidad ha de interpretarse en relación con la que fija el plazo de vigencia del contrato *"en cuatro años, a contar desde la firma del contrato"*. A falta de estipulación en contrario que demore la eficacia de aquél para alguna de las partes, la vigencia del contrato hace nacer en cada contratante las obligaciones sinalagmáticas que derivan de él y que, para el concesionario, se traducen, en lo que ahora importa, en la obligación de abono de la primera anualidad del canon.

Por otra parte, dada la imposibilidad de prestar los servicios objeto del contrato antes de tener la posesión de las instalaciones que le dan soporte, el canon sólo resulta exigible desde el momento en que se ponen a disposición del concesionario las instalaciones y éste las recibe sin formular reserva u objeción alguna acerca de su aptitud para soportar la prestación de los servicios que constituyen el objeto del contrato.

En consecuencia, la obligación de pago del canon surge para el contratista desde el momento en que se firma el contrato y éste adquiere vigencia, si bien, no parece que pueda exigírsele el pago hasta el momento en que el Ayuntamiento le cede el uso de las instalaciones, lo que, a falta de mayor información, cabe presumir que acontece en el momento de la firma.

Debe precisarse, además, que la mercantil en ningún momento niega que esté obligada a efectuar el pago del referido canon, pues sus alegaciones sobre los eventuales incumplimientos del Ayuntamiento, que pretenden mostrar que las instalaciones que le fueron entregadas no eran aptas para los usos a que debían destinarse, no se hacen en orden a constituir una excusa de cumplimiento de la obligación de pago, sino tan sólo para intentar justificar la imposibilidad de mantener abiertas las instalaciones durante todo el año.

En cualquier caso, aun aceptando la interpretación sugerida por el contratista, éste debería haber abonado los 27.000 euros correspondientes a la primera anualidad del canon en enero de 2008, lo que no consta que haya efectuado.

En definitiva, cabe considerar acreditado que el contratista ha incurrido en un incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, pues tal calificación merece la falta de pago del canon de la concesión (así lo entiende, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 36/2002, de 23 de enero), incumplimiento que, por otra parte, sólo a él es imputable, pues carece de eficacia enervante

de dicha calificación el hecho de que el Ayuntamiento no le requiriera el pago con anterioridad al acuerdo de inicio del procedimiento resolutorio, toda vez que la eficacia de las obligaciones contractuales no dependen de la previa intimación de la parte a la que benefician.

En cualquier caso, y en relación a esta circunstancia, debe indicarse que consta en el expediente un documento (acta de constitución de la Comisión Mixta de Seguimiento del contrato, de fecha 5 de junio de 2007), en el que el Ayuntamiento *"insta a la empresa adjudicataria al pronto cumplimiento íntegro de las obligaciones contraídas por la misma según el pliego de condiciones"*. La generalidad de tal requerimiento permitiría entender incluida la intimación del pago, si bien la propuesta de resolución parece desmentir esta consideración al aludir a la buena fe de la Administración, que no requiere el abono inmediato del canon para dejar un margen de tiempo que permitiera al contratista obtener un rendimiento de la explotación.

2. Incumplimiento de la obligación de mantener abiertas las instalaciones todos los días del año, habiendo cerrado las instalaciones sin autorización expresa del Ayuntamiento.

De conformidad con la Cláusula sexta, 16, del PCAP, el concesionario *"mantendrá abiertas las instalaciones todos los días del año en el horario que se determine, no pudiendo permanecer cerradas las instalaciones salvo autorización expresa del Ayuntamiento"*.

Del expediente se desprende de forma meridiana el incumplimiento de esta obligación contractual, toda vez que constan diversas actuaciones de la Policía Local que ponen de manifiesto la realidad del cierre de las instalaciones, salvo los fines de semana de verano por la noche (documento 5). De hecho, el cierre de las instalaciones es admitido por el contratista, que no lo niega, centrando sus alegaciones en justificar su actitud en el previo incumplimiento de las obligaciones que incumben al Ayuntamiento, en la medida en que se le ceden unas instalaciones que no son aptas para prestar los servicios a que estaban destinadas.

Así pues, acreditado el incumplimiento contractual, la cuestión se centra en determinar a quién es imputable, si al contratista o a la Administración municipal.

Las alegaciones de la mercantil insisten en dibujar unas instalaciones absolutamente inapropiadas para la prestación de los servicios objeto del contrato, toda vez que ha resultado imposible obtener de la Administración autonómica los preceptivos permisos, autorizaciones y licencias para su funcionamiento como restaurante y albergue, ni siquiera la autorización sanitaria para poder preparar comidas, constituyendo tales servicios parte esencial del objeto contractual.

Alega en su descargo el contratista que, comoquiera que en el acuerdo de adjudicación del contrato, notificado el 17 de abril de 2007, se le imponía la obligación de iniciar la prestación del servicio de albergue y resto de actividades en el plazo de 15 días desde la fecha de adjudicación y dado que el 27 de abril se inauguraron oficialmente las instalaciones, formalizándose el contrato 3 días más tarde, prácticamente desde el mismo día de la formalización del contrato el concesionario debía comenzar la prestación del servicio, lo que a su vez implicaba que se le había dado posesión de unas instalaciones en las que no existía obstáculo para la explotación de los servicios.

Las alegaciones del contratista remiten al principio de confianza legítima en la actuación del Ayuntamiento, configurado por la doctrina jurisprudencial a partir del conflicto entre la estricta legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica, decantándose a favor de esta última en virtud del aludido principio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la de 21 de septiembre de 2000, con cita de las sentencias del mismo Alto Tribunal de 1 de febrero y de 5 de octubre de 1990) sostiene que, en el conflicto que se suscita entre la estricta legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquélla, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al

administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsos económicos, acogiendo un principio que, aunque no extraño a nuestro ordenamiento jurídico bajo la denominación de la buena fe, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de "principio de protección de la confianza legítima del ciudadano" en el actuar de la Administración, si bien no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, reveladas y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares; máxime cuando dicha apariencia formal de legalidad que indujo a racional confusión en el interesado, originó en la práctica para éste unos daños y perjuicios que, jurídicamente, no tiene que soportar.

En el supuesto sometido a consulta, parece evidente que el adjudicatario, al suscribir el contrato, se dejó llevar por esa confianza en la actuación de la Administración, en el convencimiento de que unas instalaciones municipales destinadas a la prestación de unos determinados servicios serían aptas para la prestación de los mismos. Ahora bien, ni el PCAP, "lex contractu", que adquiere fuerza vinculante para las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990 y 21 de enero de 1994), ni el contrato mismo contenían indicación alguna de que el Ayuntamiento se obligaba a entregar las instalaciones en condiciones de ser inmediatamente explotadas.

De hecho, la Cláusula sexta, 5 PCAP dispone que será de cuenta del adjudicatario la ejecución de cualquier obra o mejora necesaria para la correcta explotación del servicio, y no descrita en el Anexo I de este Pliego (dicho Anexo contiene únicamente el inventario de bienes de equipamiento, no la descripción de las instalaciones), así como también las reformas que por imperativo legal, por cambio en la normativa del sector, deban acometerse tras la toma de posesión de los bienes municipales, de donde se desprende que el concesionario asume la responsabilidad de acometer las obras necesarias para poner y mantener en uso las instalaciones.

Del mismo modo, la Cláusula 22 establece la obligación del adjudicatario de comenzar la prestación de los servicios en el plazo de 15 días desde la adjudicación del contrato, por lo que tal imposición, que le fue recordada en el acuerdo de adjudicación, no resultó sorpresiva para el concesionario, que debía conocerla. Por ello, en el momento de concurrir a la adjudicación del contrato, el contratista debió valorar las obras y mejoras que debería acometer en orden a la puesta en servicio de las instalaciones, lo que al parecer no hizo con la suficiente prudencia. En cualquier caso, la causa esgrimida por el Ayuntamiento para justificar la resolución del contrato no atiende a la falta de prestación de los servicios para los que no se ha podido obtener las pertinentes autorizaciones y calificaciones administrativas, sino al incumplimiento del deber de mantener abiertas las instalaciones durante todos los días del año, que incide negativamente en el principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos.

Y es que, tal y como se desprende del expediente, a pesar de no poder prestar los servicios de restaurante y no contar con la calificación oficial como albergue juvenil, lo cierto es que el adjudicatario ha venido desarrollando algunas actividades en el centro, como acredita la reclamación al Ayuntamiento para que le abone una factura por importe de 2.753,33 euros en concepto de *"excursión de 14 chavales con comida incluida; actividad medioambiental y de aventura del 10, 11 y 12 de julio de 2007 con 29 jóvenes en el Albergue de "___"; 1 monitor de*

apoyo para discapacitados". Es evidente que, aun no pudiendo prestar determinados servicios de los que constituyen el objeto del contrato, el contratista efectuó otros plenamente incardinables en dicho objeto, como la organización de excursiones y actividades de ocio y tiempo libre.

Asimismo, consta en el expediente un informe de la Policía Local de Librilla en el que se relata que, el 24 de julio de 2007, el albergue está cerrado y que existe un cartel informativo según el cual el horario de verano de las instalaciones se reduce a los viernes, sábados y domingos, de 19,30 a 00,30 horas. Atendidas las horas en las que permanece abierto el local, cabe inferir que algún servicio se prestaba en las instalaciones, presumiblemente el de bar.

En consecuencia, la no obtención de los permisos administrativos necesarios para la realización de algunos de los servicios objeto del contrato, si bien podría haber justificado una petición al Ayuntamiento de revisión del canon para reajustar el equilibrio financiero del contrato, ante la disminución de los ingresos inicialmente previstos, o solicitar de la Administración contratante una autorización para proceder al cierre durante algunos días, no habilita al concesionario para decidir, de forma unilateral, el abandono de las instalaciones y proceder a su cierre, descuidando las labores de vigilancia inherentes a la posesión, lo que redundaría en desperfectos y hurtos en las instalaciones.

Corolario de lo expuesto es que, acreditado el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, cabe considerar que concurre en el supuesto planteado la causa de resolución expresada en el artículo 111, letra h) TRLCAP. La propuesta de resolución debe contener una referencia a dicho precepto que, en la sometida a la consideración de este Consejo Jurídico, no consta.

QUINTA.- Sobre la incautación de la fianza y la liquidación del contrato.

1. Dispone el artículo 113.4 TRLCAP que, 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.

Como se desprende del precepto transcrito, no todo incumplimiento contractual conlleva la potestad de la Administración de incautar la fianza, sino tan sólo aquél que puede calificarse de culpable.

En las consideraciones precedentes se ha razonado que los incumplimientos contractuales son imputables al adjudicatario, pues sólo a él puede imputarse la falta de abono del canon, en tanto que la eficacia de dicha obligación no dependía de la previa intimación de pago del Ayuntamiento al contratista. Asimismo, el incumplimiento de la obligación de mantener abiertas las instalaciones todos los días del año también a él le resulta imputable, en la medida en que decidió unilateralmente proceder al cierre sin solicitar la previa autorización municipal.

2. Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 113.4 y 5 TRLCAP, ante el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía, debiendo indemnizar a la

Administración los daños y perjuicios que se pudiesen haber ocasionado en lo que excedan del importe de aquélla, y dado que el acuerdo de resolución contractual ha de contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida o devolución de la garantía, procede informar favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, en tanto que propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía, si bien la determinación del saldo resultante del contrato ha de efectuarse mediante un procedimiento "ad hoc" con audiencia de los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 RCAP.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida.

No obstante, V.E. resolverá.

