

Expediente Núm. 117/2019
Dictamen Núm. 189/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretaria:
de Vera Estrada, Paz,
Letrada Adjunta a la Secretaría General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 30 de julio de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 22 de mayo de 2019 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de construcción, conservación y explotación de instalaciones deportivas en Perchera-La Braña.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. En sesión celebrada el 30 de marzo de 2010, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón acuerda elevar a definitiva la adjudicación provisional del contrato de gestión de servicios de construcción, conservación y explotación de instalaciones deportivas en Perchera-La Braña en la modalidad de concesión a la empresa

Con fecha 4 de mayo de 2010 las partes suscriben el contrato en documento administrativo, en el que se refleja que el montante total de la inversión comprometida por el concesionario para la construcción del complejo deportivo es de 1.700.000 euros, que el adjudicatario ha de abonar un canon anual de 3.500 euros y que una vez finalizadas las obras el empresario explotará el servicio durante cuarenta años.

Obran en el expediente la proposición, el resguardo del depósito en la Tesorería municipal de la garantía definitiva constituida en metálico por importe de 7.000 euros y los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares rectores del contrato.

Del pliego de prescripciones técnicas resulta la obligación del contratista de elaborar el proyecto de ejecución y erigir sobre una parcela municipal un complejo deportivo en el plazo máximo de 15 meses, así como mantener las instalaciones y explotar el servicio una vez finalizadas las obras. En el pliego de las administrativas particulares, la cláusula 1 determina que el contrato "tiene la naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público"; la 3 contempla el pago de un canon anual y establece que si el contratista no lo abona en los plazos establecidos "el Ayuntamiento podrá resolver el contrato", y la 17 recuerda que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo en el caso de fuerza mayor". La cláusula 28 del mismo pliego, relativa a la modificación del contrato, señala los supuestos en que la Administración está obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato, y la cláusula 30 establece las causas de resolución por referencia a los artículos 206, con la excepción de las contempladas en sus letras e) y f), y 262 de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2. Mediante Resolución de la Alcaldía de 23 de noviembre de 2010, se aprueba el proyecto de construcción elaborado por la adjudicataria.

Con fecha 16 de noviembre de 2011, la contratista presenta un escrito en el que solicita que sean revisados los términos del contrato “con objeto de poder sustituir la pista de fútbol 7 existente en la concesión por cuatro pistas de pádel adicionales”. La modificación que propone, según el informe de dos arquitectos que adjunta a su solicitud, se justifica por la presencia en el lugar donde debía construirse el campo de una línea soterrada de alta tensión y de una canalización de saneamiento de la Empresa Municipal de Aguas, así como por la necesidad de respetar las servidumbres y retranqueos de los viales GI-81 y N-641. La solución de construir el campo de fútbol 7 en otra zona de la misma parcela se descarta debido al “movimiento de tierras excesivo” que habría que realizar para conseguir explanar una superficie con “importantes desniveles”.

Elevada al órgano de contratación por el Servicio de Contratación y Compras la propuesta de modificación del contrato, la Junta de Gobierno Local no llega a aprobarla.

Con fechas 7 y 17 de mayo de 2012, respectivamente, el Ingeniero de Caminos del Servicio de Obras Públicas y el Jefe del Servicio de Jardines del Ayuntamiento de Gijón libran sendos informes en los que se alude a los defectos observados en la urbanización, puestos de manifiesto asimismo a los responsables de la concesión.

El día 11 de abril de 2013, la Arquitecta Municipal y el Adjunto al Jefe del Servicio elaboran un informe en el que explican que, presentado el proyecto de modificación por parte del contratista, “con fecha 11 de abril de 2012 los técnicos de la Sección de Arquitectura emiten informe desfavorable respecto al proyecto modificado y proponen la no aprobación del mismo” porque “se elimina el campo de fútbol 7./ No se refleja en modo alguno la urbanización de la parcela destinada a espacio público que queda fuera del ámbito de la concesión (...). Se elimina el volumen de gimnasio, manteniendo la pieza que acoge la recepción, vestuarios, cafetería (...). Aunque se cumple el programa requerido en el pliego, frente a la oferta presentada por el adjudicatario hay una disminución de superficie de unos 100 m² con relación a la inversión estimada./ Se eliminan las 5 pistas de *streetball*

individual y una doble./ Las plazas de aparcamiento se reducen a 75./ El presupuesto de ejecución material es de 1.115.721,92 €, que no cumple lo reflejado en el pliego de prescripciones técnicas, que establecía que `el presupuesto de ejecución material de la obra será como mínimo de 1.641.801,07 € (IVA excluido)´./ Esta disminución del PEM de las obras entra en contradicción con la memoria económica que presenta el adjudicatario de la concesión con fecha 16 de noviembre de 2011, donde se reitera que la construcción del centro ha tenido un coste de 1.755.038,30 euros./ Al tratar de analizar las mediciones y presupuesto del documento, lo primero que salta a la vista es que se han modificado prácticamente todos los precios de las unidades a la baja, extremo este no válido, ya que el proyecto modificado debe mantener los precios del proyecto original". A continuación, "tras visita realizada a la instalación", señalan que los elementos contemplados en el proyecto que no se han ejecutado son: "La pista de fútbol 7./ El edificio de gimnasio./ Un *putting green* de prácticas./ Una red de tiro de golf./ 5 pistas de *streetball* individuales./ 1 pista de *streetball* doble./ No se ha urbanizado la parcela municipal destinada a espacio público", y precisan que "frente a las 8 pistas de pádel cubiertas reflejadas en el proyecto inicial que cuenta con aprobación municipal se han ejecutado seis pistas de pádel cubiertas, más dos pistas de pádel descubiertas y una pista de pádel de exhibición descubierta". Asimismo ponen de relieve que, "en relación con el edificio que acoge los vestuarios, cafetería, almacenes y demás servicios, y solo desde un punto de vista funcional, se ha comprobado que en lo esencial se ajusta al proyecto que cuenta con aprobación y solo se han realizado pequeños ajustes de distribución interior que no afectan a la superficie del mismo. Los acabados interiores son en su mayor parte acordes al uso./ De las plazas de aparcamiento reflejadas en el proyecto se pueden contabilizar, en el acceso principal al edificio, 28 plazas pavimentadas de acuerdo a su uso, pero las (...) restantes no están pavimentadas de acuerdo al mismo./ Como se refleja en los informes emitidos por el Servicio de Obras Públicas y el Servicio de Parques y Jardines de fecha 7 y 17 de mayo (...), se observan múltiples defectos tanto en la urbanización exterior, en las zonas confluyentes con el perímetro del

centro deportivo, como en la urbanización interior, donde entre otras deficiencias se menciona que existen tránsitos peatonales realizados en materiales diferentes a los del proyecto aprobado”.

3. Con fecha 15 de noviembre de 2018, la Directora del Área de Coordinación de Infraestructuras del Ayuntamiento elabora un informe en el que tras analizar el estado de ejecución del contrato propone su resolución. Señala que el contratista ha incurrido en “una continua cadena de incumplimientos”, de los cuales el “determinante es que el proyecto ejecutado no corresponde con el proyecto que se desarrolló y aprobó en agosto de 2010”. En este sentido señala que “la instalación nunca fue terminada en los términos del proyecto inicial aprobado, pero tampoco las obras se remataron según el modificado propuesto en agosto de 2011 y que nunca llegó a aprobarse”, y que “el estado actual de mantenimiento no es el de un espacio público abierto para la práctica deportiva, ni cumple con los estándares de calidad que el Ayuntamiento de Gijón tiene en sus recintos al efecto”.

Significa que “para su funcionamiento dicho recinto debería contar con la preceptiva licencia de apertura y estar al corriente del pago del canon por el que obtiene el derecho de concesión del que disfruta”.

Finalmente, en cuanto a la concreta determinación de las deficiencias observadas en las obras se remite al informe pericial privado elaborado por un estudio de arquitectura el día 2 de noviembre de 2018, que adjunta. Se expresa en el citado informe pericial que la contratista ha modificado el proyecto sin contar con la autorización del órgano de contratación, de modo que existen obras que “no han sido ejecutadas y que deberían haberse realizado conforme al contrato de gestión y al proyecto aprobado”. Más concretamente, señala que “no se ha ejecutado el campo de fútbol 7 que figuraba en el contrato y en el proyecto aprobado./ Se han ejecutado 4 pistas de pádel más que las que constaban en el contrato de gestión. Y se han cubierto 6 frente a las 4 de dicho contrato./ Se han ejecutado 2 pistas de pádel más que las que figuran en el proyecto aprobado, pero sin embargo se han cubierto únicamente 6 cuando según el proyecto se cubrirían las 8./ Se ha

construido el edificio social previsto en el contrato de gestión. Es de una única planta en lugar de 2. En la oferta económica se había previsto de dos plantas y 600 m² y el construido es de 499,56 m² y de una única planta./ Con respecto al proyecto, se ha construido un edificio social de idéntica superficie pero en el que se han recortado prestaciones, siendo la más visible la reducción de 15 a 6 paneles solares térmicos./ También se ha eliminado un segundo edificio dedicado a gimnasio que describía el proyecto, pero que no figura en las mediciones y presupuesto de dicho proyecto./ No se han ejecutado instalaciones para la práctica de golf que no constaban en contrato pero que sí reflejaba el proyecto./ No se han ejecutado pistas de *streetball* que no constaban en contrato pero que venían recogidas en el proyecto./ Se han construido 75 plazas de aparcamiento. Coinciden con las de contrato, pero son ligeramente inferiores a las 82 del proyecto./ No se han finalizado las obras de urbanización de la zona de aparcamiento ni de la parcela municipal destinada a zona verde fuera de la parcela de concesión". También se pone de relieve en el informe que las modificaciones no autorizadas del proyecto "han reducido el presupuesto de ejecución material" de la obra "en más de 600.000 euros a la baja./ En ningún caso la inversión se ha reducido en esa cuantía y proporción. Se han ejecutado instalaciones en menor cuantía que las del proyecto aprobado, pero también es cierto que los precios unitarios del reformado del proyecto de 2011 son sustancialmente inferiores a los precios por la misma unidad de obra que constan en el proyecto aprobado en 2010./ No cabe duda tampoco, una vez inspeccionadas las instalaciones, que se han realizado variaciones en cuanto a las calidades proyectadas en 2010, siendo con carácter general con intención de reducir la inversión (...). Del mismo modo, hemos detectado en las mediciones y presupuestos de ambos proyectos que estas no son fiel reflejo de las obras que se describen en la memoria y planos, en uno y otro proyecto./ También existen omisiones, como la urbanización de la zona verde municipal fuera del área de concesión, que el anteproyecto cuantificaba en un coste, excluido IVA, de 50.700 euros./ Tampoco consta en los proyectos, ni se ha ejecutado, ninguna clase de ajardinamiento de los espacios no ocupados por las instalaciones deportivas y sus

zonas comunes, por lo que en la actualidad presentan un claro abandono./ A ello contribuye que el proyecto aprobado en 2010 incluía una mayor superficie de césped artificial dedicada a la zona de práctica de golf y que finalmente no se ha llevado a cabo./ En otros casos existen obras sin ejecutar o deficientemente ejecutadas, como el aparcamiento 2 en la zona más próxima al Pabellón Municipal Perchera; circunstancias que recogen diversos informes municipales”.

4. Con fecha 26 de diciembre de 2018, la Directora General de TECREA, en virtud de delegación otorgada por Decreto de la Alcaldía de 15 de diciembre de 2015 y Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de la misma fecha, resuelve “denegar la modificación de la licencia de obra, instalación y actividad concedida por Resolución de 23 de noviembre de 2010 a la (concesionaria) por resultar necesario para su aprobación modificar los términos de la concesión”, así como “denegar la licencia de apertura solicitada (...), una vez acreditado el incumplimiento de los términos de la licencia de obras y de la concesión municipal autorizada”.

5. El día 25 de febrero de 2019, la Jefa del Servicio de Tesorería informa que la adjudicataria “tiene pendiente de pago a fecha 20 de febrero la cifra de 145.576,53 €” por los conceptos de principal, recargo de apremio e intereses de demora correspondientes al canon concesional e Impuesto sobre Bienes Inmuebles de los terrenos objeto de concesión correspondiente a los ejercicios 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

6. Con fechas 25 y 28 de febrero y 1 de marzo de 2019, el Tesorero General libra cuatro informes en los que analiza los efectos de la resolución contractual propuesta. En el primero de ellos, de 25 de febrero de 2019, señala que los perjuicios derivados de la resolución contractual han de incluir, teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que cita, “el IBI que se deja de recaudar”, cuyo importe se estima en 78.121,22 € teniendo presente el “intervalo temporal comprendido entre el momento en que se resuelve el contrato

de concesión y el año 2022 (margen que se deja prudentemente para poder prever que el nuevo concesionario estaría operativo), con un incremento aproximado de las cuotas del 1,25 % para cada uno de los años considerados y actualizado al 2 % - objetivo de inflación a medio y largo plazo por el Banco Central Europeo-, con referencia al 20 de febrero de 2019". En el segundo, suscrito el 28 de febrero de 2019, afirma la improcedencia de incluir el 6 % de beneficio industrial (que ascendería a la cantidad de 38.735,83 €) en el importe de la liquidación del contrato, "toda vez que el beneficio del contratista no se circunscribe a la ejecución y materialización de las obras, sino a los que se pudieran poner de manifiesto con motivo de la explotación mercantil de las instalaciones deportivas". En el tercer informe, de fecha 28 de febrero de 2019, se postula la inclusión de la deuda principal del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras "en el conjunto de las instalaciones y obras susceptibles de indemnizar", teniendo presente que se encontraría incluida "en el concepto genérico `cargas fiscales´, que es uno de los epígrafes que también forma parte del porcentaje del 13 % a añadir al presupuesto de ejecución material, en los términos del artículo 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre", si bien descontando "la amortización correspondiente" al "periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2011 hasta el 20 de febrero de 2019 (...), sin perjuicio de que se proceda a su actualización una vez se determine la fecha exacta de la resolución de la concesión". En el cuarto informe, elaborado el 1 de marzo de 2019, analiza la conveniencia de "retener del líquido resultante de la indemnización una provisión para atender futuras reclamaciones de los abonados de las instalaciones deportivas, que se estima en la cifra de 20.000 € (...). En el caso de que las reclamaciones de los interesados no superen la citada provisión (que no deja de ser una mera estimación) el líquido resultante sería transferido al concesionario o a la persona física o jurídica que en derecho proceda. A su vez, si durante el tiempo que medie entre la resolución inicial del contrato y la fijación definitiva de la indemnización se constatase que el importe retenido (...) es insuficiente para atender las reclamaciones pertinentes se debería deducir finalmente la diferencia de la indemnización aprobada".

7. El día 11 de enero de 2019, la Jefa de la Sección de Contratación y la Jefa del Servicio de Contratación y Compras proponen iniciar el procedimiento de resolución del contrato al haber incurrido el contratista “en la causa de resolución establecida en el apartado g) del artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, por “deducirse con claridad de los antecedentes obrantes en el expediente la existencia de numerosos incumplimientos por parte del concesionario”. A tal efecto ponen de relieve que “el proyecto ejecutado no se corresponde con el proyecto básico y de ejecución que se desarrolló y aprobó en agosto de 2010”; que “el estado del mantenimiento no cumple con los estándares de calidad que el Ayuntamiento de Gijón tiene en sus recintos deportivos”; que “existen obras que no han sido ejecutadas en relación al proyecto aprobado”, como “la pista de fútbol 7 (...), el *putting green* de prácticas, una red de tiro de golf, 5 pistas de *streetball* individuales y 1 doble”, y que tampoco ha sido urbanizada la parcela municipal destinada a espacio público. Por otra parte, indican que la licencia de apertura de las instalaciones fue denegada por Resolución de 26 de diciembre de 2018, y que el concesionario “ha venido contrayendo diversas deudas, tanto con la Seguridad Social como con los Servicios Tributarios del Principado de Asturias, relacionadas con la concesión indicada; situación esta que le puede impedir contratar con las Administraciones Públicas”. Finalmente, ponen de relieve que “entre sus deudas se encuentra el impago del canon, circunstancia que (...) supone un grave incumplimiento del contrato y también resulta ser causa de resolución del mismo según el artículo 3.º del pliego de cláusulas administrativas que rige la licitación”, y que “asimismo en dicho pliego, en el artículo 18, se contempla entre las obligaciones del adjudicatario la de cumplir con las disposiciones vigentes en materia (...) de Seguridad Social”.

En cuanto a los efectos resolutorios, señalan que procede la incautación de la garantía definitiva constituida en metálico por importe de 7.000 euros, pues, aunque “no podrán apreciarse con exactitud todos los daños y perjuicios” hasta que “se tome posesión de los bienes sobre los que recae la concesión (...), sí puede

afirmarse (...), a la vista de los informes obrantes en el expediente de la Tesorería Municipal (...), que los mismos superan el importe de la garantía". Indican que "el importe de los honorarios profesionales repercutidos a esta Administración local por los informes periciales recabados deben ser considerados también como susceptibles de englobarse dentro de los daños y perjuicios ocasionados (...) con motivo de la resolución", precisando que "en el momento presente son objeto de calificación como daños y perjuicios los siguientes conceptos:/ Importe de los honorarios profesionales repercutidos a esta Administración local por el técnico (...) que suscribió los informes periciales recabados (...) (2.843,50 €)./ Daños y perjuicios por la minoración en la recaudación del concepto de IBI urbana en el periodo detallado (78.121,22 €)./ Cuotas tributarias pendientes de abono a la Hacienda municipal en concepto de IBI urbana, canon concesional, recargo de apremio, intereses de demora, cuyo hecho imponible dimana de la propia concesión (145.576,53 €)".

Concluyen que "el total de los daños y perjuicios provisionales no cubiertos por el importe de la garantía (...) asciende a la cifra de 219.541,25 € (226.541,25 € - 7.000 €)". Asimismo, asumen que es preciso retener de la cuantía que resulte de la liquidación la cantidad estimada de 20.000 € para responder de las reclamaciones que pudieran presentar los abonados que habiendo "adelantado cuotas" para el uso de las instalaciones no pudieran disfrutar de ellas.

8. Atendiendo a la solicitud formulada por la Jefa de la Sección de Contratación, con fecha 25 de marzo de 2019 el Jefe de la Asesoría Jurídica elabora un informe sobre la resolución contractual en el que pone de relieve que "en el artículo 10 del pliego de prescripciones técnica del contrato se establece como obligación del adjudicatario en la ejecución de las obras la de ejecutarlas con arreglo a lo dispuesto en el contrato, tal y como por otra parte también exige el artículo 255 de la LCSP. Asimismo, en el artículo 3.º del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato se prevé, expresamente, la resolución del contrato

en el caso de incumplimiento del plazo previsto para el abono del canon. Lo mismo se prevé en la cláusula 4.ª del contrato suscrito el 4 de mayo de 2010”.

9. El día 4 de abril de 2009, la Interventora Municipal informa favorablemente la propuesta de incoación del procedimiento de resolución contractual “atendiendo a lo establecido en el apartado 10 del pliego de prescripciones técnicas, en los artículos 3 y 18 del pliego de cláusulas administrativas que han regido la licitación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 206.g), 208 y 264 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”.

10. En sesión celebrada el 9 de abril de 2019, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato por concurrir la causa del artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y conceder a la adjudicataria un plazo de audiencia de diez días naturales.

Consta en el expediente la comunicación de dicha propuesta a la contratista el 29 de abril de 2019.

11. El día 9 de mayo de 2019, una persona que dice actuar en nombre y representación de una sociedad que “ostenta el cargo de administradora única” de la concesionaria presenta en la Oficina Virtual del Ayuntamiento de Gijón un escrito de alegaciones en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato de la concesionaria.

Según relata, la adjudicataria “realizó la correspondiente inversión en la obra soporte del servicio, consistente en la construcción del centro deportivo”, y “tras la ejecución de la inversión (...) se percató de que esta no iba a producir los resultados esperados, entre otros motivos debido a una discordancia entre la demanda real de servicios deportivos en la zona y la prevista (tanto por el Ayuntamiento como por la concesionaria) antes de la licitación”. Explica que, “en este contexto, desde que fuera finalizada la obra y comenzada la explotación del servicio (...) ha presentado (...) diferentes propuestas de inversión y modificación del proyecto que nunca han

sido atendidas formalmente por la Administración municipal./ Así, por ejemplo, cabe señalar la propuesta de modificación de proyecto presentada en agosto de 2011 y que nunca fue aprobada (...). En el mismo sentido, habiendo llegado a un compromiso de financiación con uno de los inversores con los que había tratado, con fecha 13 de septiembre de 2017 (...) presentó ante el Ayuntamiento de Gijón una solicitud de modificación del proyecto” que “no ha obtenido respuesta alguna”. Afirma que a pesar de ello el concesionario “sigue interesado en revitalizar la concesión y ejecutar el proyecto de modificación de la misma, habiendo alcanzado al efecto nuevos acuerdos con potenciales inversores” cuyo éxito depende, no obstante, de que la “Administración apruebe el proyecto de ejecución presentado el 13 de septiembre de 2017”.

Niega que haya incumplido el proyecto pues, según afirma, “la obra ejecutada es acorde al (...) aprobado”, y destaca que los estándares de calidad fijados por el Ayuntamiento de Gijón para el mantenimiento de sus recintos deportivos no se incluyeron ni en los pliegos rectores de la contratación ni en el contrato, por lo que no cabría reprochar a la concesionaria su incumplimiento. Aduce, por otra parte, que la Administración no ha acreditado “que los supuestos incumplimientos invocados tuvieran la calificación de esenciales de acuerdo a los pliegos rectores de la licitación y el contrato”, por lo que entiende que “no se justifica la concurrencia de dicha causa de resolución”.

Se opone asimismo a que el contrato se resuelva con los efectos contemplados en el acuerdo de incoación, y finalmente solicita que se archive el procedimiento “por no existir causa” que justifique la resolución pretendida. Subsidiariamente insta a que se ponga a su disposición “el expediente completo” y se le otorgue un “nuevo trámite de audiencia”, acordándose la suspensión “del procedimiento en tanto en cuanto se resuelvan las solicitudes de modificación de proyecto presentadas”.

12. En sesión celebrada el 14 de mayo de 2019, la Junta de Gobierno Local acuerda denegar la solicitud de suspensión del procedimiento resolutorio formulada por el

representante de la mercantil interesada, habida cuenta de que los incumplimientos constatados no solo afectan a la construcción del campo de fútbol 7 objeto de la propuesta de modificación formulada por el concesionario sino a otros muchos aspectos, “tal y como se resumía en el Acuerdo de 9 de abril de 2019”, y acceder a la solicitud de vista del expediente.

El día 17 del mismo mes se pone el acuerdo a disposición de la interesada en la sede electrónica municipal.

13. Con fecha 13 de mayo de 2019, la Jefa de la Sección de Contratación y la Jefa del Servicio de Contratación y Compras proponen desestimar las alegaciones formuladas por el representante de la adjudicataria al considerar que los incumplimientos en que ha incurrido “tienen todos ellos el carácter de esencial por afectar la primera de ellas al objeto propio del contrato y las restantes se encuentran contempladas en los pliegos y en la normativa de aplicación”; acordar la resolución del contrato por incurrir el contratista en la causa de resolución establecida en el apartado g) del artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y disponer la incautación de la garantía definitiva constituida por importe de 7.000 euros a cuenta de los daños y perjuicios ocasionados. Proponen, asimismo, “que tras la resolución contractual se proceda por el Servicio de Patrimonio a formalizar la correspondiente acta de recepción” y “por los servicios técnicos y económicos correspondientes (...) a realizar la liquidación del contrato”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de mayo de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de construcción, conservación y explotación de instalaciones deportivas en Perchera-La Braña, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”, que consta en este caso.

En el asunto que nos ocupa la persona que manifiesta la oposición del concesionario a la resolución del contrato es distinta de la que en su día lo suscribió en calidad de representante de la adjudicataria. Quien comparece en el trámite de audiencia afirma actuar en nombre y representación de una sociedad anónima designada como administradora única de la concesionaria; ahora bien, de la documentación obrante en el expediente no resulta que la concesionaria haya nombrado efectivamente a aquella mercantil como representante ni que corresponda a la persona física que comparece en el trámite de audiencia la representación de la administradora.

A propósito de la representación, el artículo 5.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), establece que, “Para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

En la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que la acreditación de la representación no ha de calificarse como de mero trámite y que, por ello, no puede presumirse. Desconocido el título con el que actúa la persona que manifiesta en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, este Consejo no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en preceptiva; esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración ha admitido sin más la representación de la mercantil concesionaria, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como "factor notorio", resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, según el cual "Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos".

Con base en este razonamiento y de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos de aplicación a los efectos de la emisión de este dictamen preceptivo lo establecido en el artículo 5.6 de la LPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro de un plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano administrativo o de uno superior si las circunstancias del caso lo requieren.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos, de conformidad con lo establecido expresamente en la cláusula 1 del pliego de las administrativas particulares, es la propia de un contrato administrativo de gestión de servicios.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -30 de marzo de 2010-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Dentro del referido

marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19.2 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Ahora bien, como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todos, Dictámenes Núm. 95/2011 y 217/2013), al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de acudir al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de abril de 2019. Tal circunstancia determina la aplicabilidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, vigente cuando se inició el procedimiento resolutorio que analizamos, cuyo artículo 261 atribuye a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En particular, los artículos 212 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y 109 del RGLCAP atribuyen la competencia para acordar la resolución al “órgano de contratación”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados. En consecuencia, en el asunto que se somete a nuestra consideración habiéndose adjudicado el contrato por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento de resolución contractual examinado.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Y si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo puede ejercitarse con pleno respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley.

Al respecto, la instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 195 y en el apartado 1 del artículo 207 de la LCSP; precepto este que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva "cuando se formule oposición por parte del contratista". En el ámbito de la Administración local, el artículo 114 del TRRL establece como necesarios para la resolución de los contratos, además, los informes de la Secretaría y de la Intervención municipal.

En el caso que analizamos, en el que la garantía se ha constituido en metálico, el trámite de audiencia se ha despachado oyendo directamente al contratista. Se han incorporado, por otra parte, los informes de Intervención y del Jefe de la Asesoría Jurídica, emitido al amparo y de conformidad con lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Asimismo, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia y se formulado la correspondiente propuesta motivada de resolución. En definitiva, el expediente

sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites reglamentariamente establecidos.

Finalmente, debemos poner de manifiesto que, dado que a la tramitación del procedimiento le resulta aplicable la norma en vigor a la fecha de su incoación - como ya hemos señalado-, la Administración deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde su inicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que en caso de concurrir causa resolutoria es el interés público el que ampara la decisión de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

La extinción contractual pretendida en el caso examinado se articula en función de la causa a la que se refiere el artículo 206, letra g), de la LCSP, relativa al "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en el pliego o en el contrato"; causa resolutoria en la que se subsumen numerosos incumplimientos constatados por los técnicos municipales durante la ejecución de las obras correspondientes a las instalaciones deportivas cuya explotación constituye la base de la prestación del servicio concedido.

Respecto de dicha causa legal, este Consejo viene señalando (entre otros, Dictámenes Núm. 232/2011, 65/2014 y 42/2017) que la misma debe ser, en principio, objeto de interpretación restrictiva, evitando extender con carácter general el presupuesto contemplado en la norma al incumplimiento de cualquier obligación no calificada en los pliegos o en el contrato como "esencial". Ahora bien, también hemos indicado en los dictámenes citados -todos ellos relativos a contratos en los que resultaba de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público- que tal interpretación, necesariamente rigurosa, en aras de la seguridad jurídica, no debe llevarse al

extremo de perjudicar el interés general por causa de la mera imprevisión en los pliegos o en el contrato de la potencialidad resolutoria de incumplimientos que no son nimios, sino que afectan de manera relevante a la sustancia misma del contrato impidiendo la consecución de su objeto. Esto es precisamente lo que sucede en el caso que analizamos, en el que el pliego no ha previsto de forma expresa como obligación esencial del contrato o como causa especial de resolución el incumplimiento por el contratista de la más que obvia e implícita obligación de ejecutar las obras de acuerdo con el proyecto aprobado.

Como ha puesto de manifiesto este Consejo en dictámenes anteriores, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, para que la Administración pueda ejercitar la potestad de resolver el contrato, que el incumplimiento del contratista afecte al contenido esencial del mismo y sea relevante. En otras palabras, aquel ha de conllevar, para adquirir virtualidad resolutoria, una “inobservancia total o esencial” del que constituye su objeto, pues ante los graves y drásticos efectos que para el interés público acarrea la resolución, no basta cualquier incumplimiento contractual para que la Administración pueda ejercitar aquella potestad (por todas, Sentencias de 1 de octubre de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:5991- y 14 de diciembre de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:9850-, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª).

Asimismo, viene considerando este Consejo que la resolución por incumplimiento culpable del contratista requiere el análisis previo de si la significación de lo no ejecutado es de tal relevancia que equivale a una “inobservancia total o esencial” del objeto del contrato, en los términos en que esta viene siendo perfilada por la doctrina jurisprudencial. También hemos señalado (por todos, Dictamen Núm. 160/2013) que la ponderación de la entidad del incumplimiento constituye una cuestión eminentemente técnica que incumbe a la Administración local llamada a satisfacer el interés general al que sirve el contrato de referencia.

En el asunto analizado, a partir de las consideraciones anteriores, basta con el estudio de los informes librados por los técnicos del Servicio de Obras Públicas

para concluir que el incumplimiento de la obligación de ejecutar el contrato conforme a lo convenido no es, en absoluto, nimio sino esencial, pues el empresario ha decidido por su cuenta no ejecutar diversas instalaciones a cuya realización se había comprometido (la pista de fútbol 7, el edificio de gimnasio, un *putting green* de prácticas, una red de tiro de golf, 5 pistas de *streetball* individuales y una doble), ha llevado a cabo otras con variaciones relevantes de extensión y prestaciones (una sola planta del edificio social en vez de 2, reducción de 16 a 6 el número de paneles solares instalados, deficiencias significativas en la urbanización y ajardinamiento de zonas exteriores, insuficiente cobertura del número pistas de pádel convenidas, entre otras) y ha modificado “prácticamente todos los precios de las unidades a la baja”, de tal manera que se han edificado unas instalaciones que minoran en 500.000 euros el presupuesto de ejecución material mínimo fijado en el pliego de prescripciones técnicas. A lo anterior debe añadirse que lo ejecutado presenta alteraciones respecto de lo convenido en el proyecto, hasta el punto de que la Directora del Área de Coordinación de Infraestructuras llega a señalar que “el proyecto ejecutado no corresponde con el proyecto que se desarrolló y aprobó en agosto de 2010” y presenta numerosas deficiencias. En el expediente consta acreditado, además, que el contratista procedió a modificar el contrato por iniciativa propia. Siendo la modificación del contrato una prerrogativa del órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, el contratista tiene vetado alterar lo comprometido sin obtener la previa aprobación de aquel, como se deduce de lo señalado en el artículo 217.3 de la misma Ley. La modificación de los contratos celebrados con arreglo a la LCSP debe estar además justificada en “razones de interés público” y atender “a causas imprevistas”, lo que no concurre en el caso examinado y hace evidente que una supuesta imposibilidad material de ejecutar los trabajos con arreglo a lo comprometido no dará derecho al contratista a realizar por su cuenta y riesgo el reformado.

En definitiva, hemos de concluir que concurre causa legal para disponer la resolución del contrato según lo anteriormente razonado, quedando únicamente por determinar los efectos derivados de la misma.

Al respecto, establece el artículo 208.4 de la LCSP que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”. En el caso particular del contrato examinado, establece además el artículo 264.1 de la misma Ley que, “En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”.

Al margen, por tanto, de la correspondiente liquidación que proceda de las unidades de instalaciones y obras ejecutadas, debemos analizar los conceptos relativos a los daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la resolución contractual examinada, avanzando desde este momento que no estamos de acuerdo con varios de los conceptos incluidos en la misma.

En primer lugar, no consideramos acertado repercutir a la adjudicataria el coste de los honorarios profesionales abonados por la Administración como consecuencia del análisis del estado de ejecución de las obras encargado a un estudio de arquitectura privado para examinar los incumplimientos del proyecto aprobado. En efecto, es doctrina reiterada de este Consejo (por todos, Dictámenes Núm. 334/2010, 335/2010 y 223/2016) que los gastos derivados del encargo de estudios periciales no pueden ser indemnizados cuando han sido voluntariamente asumidos por la Administración. Esto es justamente lo que sucede en el caso sometido a consulta, pues la Administración solicitante del estudio es un municipio de gran población que cuenta en su estructura con un Servicio de Obras Públicas dotado de personal sobradamente capacitado para elaborar una pericia similar, como evidencia el simple contraste del informe elaborado por el estudio privado y los librados por los técnicos municipales. No procede, por tanto, repercutir este gasto a la mercantil concesionaria.

En segundo lugar, estimamos que tampoco procede imputar al contratista el daño equivalente al lucro cesante por “el IBI que se deja de recaudar” como consecuencia de la resolución del contrato; concepto este al que se refiere el Tesorero General en su informe de 25 de febrero de 2019. En efecto, como viene señalando este Consejo reiteradamente, el primero de los elementos que ha de tenerse en cuenta en el análisis de las pretensiones resarcitorias es el de la efectividad del daño reclamado; esto es, la existencia acreditada de un perjuicio que ha de ser real y efectivo. Tal circunstancia determina el fracaso de las pretensiones indemnizatorias sustentadas en meras especulaciones o simples expectativas, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos. Como excepción, podrán ser indemnizados los daños de futuro acaecimiento únicamente cuando los mismos sean, como declara también de forma reiterada el Tribunal Supremo, “de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas” (por todas, Sentencia de 2 de enero de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:15510-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Ese criterio restrictivo en la estimación del lucro cesante -que no puede extenderse a las ganancias contingentes o inseguras- no encierra una radical certidumbre, sino una verosimilitud suficiente para que aquellos beneficios puedan ser reputados como muy probables. No resulta indispensable la certeza absoluta sobre la ganancia, algo inalcanzable cuando la misma aún no se ha producido, sino que basta una alta probabilidad, rayana en la certeza, pero en definitiva probabilidad, que la jurisprudencia ha referido como una “cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto” (Sentencia de 1 de febrero de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:187-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Pues bien, en el asunto ahora examinado entendemos que el lucro cesante correspondiente a cuotas futuras del Impuesto sobre Bienes Inmuebles constituye una mera expectativa de ganancia no

indemnizable, dado que resulta evidente que una vez que el Ayuntamiento adquiera la plena disponibilidad de las obras e instalaciones ejecutadas por el contratista -lo que tendrá lugar, según el artículo 264.1 de la LCSP, cuando el contrato se resuelva- podrá, entre otras alternativas, formalizar una nueva concesión sobre las instalaciones en cuestión, transmitirlos o arrendarlos repercutiendo o recaudando, según la opción, el referido impuesto. También podría suceder que el Ayuntamiento decidiera asumir con medios propios la gestión del servicio público o que las instalaciones resultasen destruidas, en cuyo caso el impuesto dejaría de devengarse. Por todo ello, consideramos que el supuesto futuro perjuicio tributario invocado como consecuencia de la resolución del contrato y de la imposibilidad de recaudar devengos futuros (que podría alcanzar también a otros impuestos estatales y locales) constituye una mera expectativa, tiene carácter simplemente contingente y no deriva causalmente de la resolución contractual, por lo que la contratista no está obligada a satisfacer indemnización alguna por este concepto.

Ahora bien, debemos señalar que la adjudicataria está obligada en todo caso a abonar las cantidades ya devengadas -aunque no satisfechas- en concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles, así como de canon concesional de los ejercicios 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, más el recargo de apremio y los correspondientes intereses de demora, siempre que no haya operado la prescripción o no se haya articulado otra forma de extinción de tales deudas (por ejemplo, a través de la compensación). En todo caso, puesto que tales deudas no integran en puridad perjuicios de naturaleza resolutoria vinculados a la resolución del contrato, ya que es evidente que su exigibilidad no depende de que este subsista o se extinga, su cobro deberá seguir el procedimiento recaudatorio correspondiente al margen de la liquidación que proceda de la resolución contractual examinada.

Por el contrario, convenimos con la propuesta de resolución en que la adjudicataria debe responder de los daños que puedan irrogarse a la Administración cuando tenga que hacer frente al reintegro o compensación de las cuotas que en su día abonaron los usuarios a la contratista para poder utilizar las instalaciones, e incluso los vinculados a defectos de las mismas; responsabilidad que será exigible

aun cuando asuma ella la gestión del servicio, la adjudique a un nuevo concesionario o deje de prestarse aquel. En el supuesto que analizamos, y ante la dificultad de anticipar con certeza el importe de las indemnizaciones que deban satisfacerse, estimamos -como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todos, Dictamen Núm. 119/2017)- que puede la Administración retener con carácter cautelar la garantía definitiva hasta que sea posible concretar en términos exactos su cuantía, reflejándolo así motivadamente en la resolución que ponga fin al procedimiento para atender a lo señalado en el artículo 208.5 de la LCSP.

Finalmente, respecto de la liquidación del contrato, hemos de señalar que tratándose de un contrato de gestión de servicios públicos habrá de estarse a lo establecido en el artículo 264.1 de la LCSP, a cuyo tenor, "En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión".

Al respecto, debemos advertir a la autoridad consultante que la regularización, en su caso, de la cantidad a satisfacer por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras habrá de realizarla a través del propio sistema de gestión del impuesto, conforme al cual el reintegro solo procedería en el caso de que las instalaciones ejecutadas por la contratista no alcanzaran el importe de las que, por referencia al presupuesto de ejecución material de la obra, fueron consideradas al efectuar la liquidación provisional del impuesto, sin que proceda, en el marco de este gravamen, minorar la parte de las obras no amortizadas. Tal concepto, en su caso, deberá regularizarse en la propia liquidación de las unidades de obra ejecutadas en los términos previstos en el artículo 264.1 de la LCSP ya citado.

Por último, hemos de señalar que, convenido con el contratista que el abono del precio incluiría también el beneficio industrial, la Administración al efectuar la liquidación no podrá alterar los términos e importes del contrato detrayendo aquel concepto, puesto que el mismo forma parte del presupuesto base de licitación y adjudicación del contrato respondiendo a la legítima expectativa del contratista de

obtener un lucro económico razonable por la ejecución del contrato, formando parte, por tanto, al igual que el resto de gastos generales, de la liquidación que proceda del importe de las obras realmente ejecutadas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de construcción, conservación y explotación de instalaciones deportivas en Perchera-La Braña.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

(P. A. LA LETRADA ADJUNTA A LA SECRETARÍA GENERAL)

Fdo.: Paz de Vera Estrada

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.