

Expediente Núm. 275/2006
Dictamen Núm. 212/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de octubre de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 11 de octubre de 2006, examina el expediente relativo a la resolución del contrato administrativo especial para la explotación del servicio de bar de temporada en el edificio de servicios de la playa de

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de junio de 2005, el Alcalde del Ayuntamiento de Castrillón dicta Resolución por la que se adjudica a don el contrato administrativo especial para la explotación del bar sito en el edificio de servicios de la playa de durante las temporadas 2005 y 2006, por un canon de explotación anual de quinientos cincuenta y dos euros (552 €). En dicha resolución se hace constar que el procedimiento de contratación seguido ha sido el abierto, mediante subasta, y que la adjudicación fue propuesta por la Mesa de

Contratación en sesión celebrada el 27 de junio de 2005. En la misma resolución se designa como director facultativo al Jefe de Obras y Servicios.

El 15 de julio de 2005 se formaliza el contrato que tiene por objeto "la formalización de la adjudicación del contrato administrativo especial para la explotación del servicio del bar de temporada en la instalación del edificio de servicios de playa de"; en él se estipula además que "formarán parte como objeto del contrato, constituyendo obligación para el contratista adjudicatario, la custodia de llaves, limpieza, mantenimiento y gestión para el uso público de los servicios higiénicos existentes en la Casa de Servicios con sujeción en todo caso a los precios y tarifas marcados por el Ayuntamiento". El plazo de vigencia del contrato es "de dos años improrrogables, durante el periodo estival desde el 15 de junio al 30 de septiembre de cada temporada./ Este plazo está condicionado a que el Ayuntamiento obtenga la oportuna autorización de la Demarcación de Costas, a la cual también tendrá que someterse el adjudicatario en todos sus términos, incluidos los plazos de vigencia./ El inicio de la temporada correspondiente a 2005 se producirá desde la fecha de firma del presente contrato". En cuanto a las obligaciones del adjudicatario se señala que "estará obligado a mantener, en todo momento, los servicios públicos existentes. Cualquier interrupción imprescindible, que se reducirá al mínimo, ha de ser previamente aprobada por el Ayuntamiento". "El canon único libre es de 1.104 euros que se corresponden con 552 euros anuales y ha sido abonado por el adjudicatario con anterioridad a la firma del presente documento". Asimismo se deja constancia de que, para responder de su cumplimiento, el adjudicatario ha constituido garantía definitiva por importe de cuarenta y cuatro euros con dieciséis céntimos (44,16 €).

Obra incorporada al expediente, entre otra, la siguiente documentación:

a) Pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la subasta para la adjudicación del bar de temporada en el edificio de servicios de la playa de

El artículo (*sic*) 36° del citado pliego dice, en cuanto a la calificación del contrato y su régimen jurídico, que "tiene carácter administrativo especial y se

regirá por lo establecido en este pliego y por el Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y las que resulten aplicables por razón de la materia, entre otros, la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 7/1985, y el Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/86, de 13 de junio, el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre”.

En relación con el objeto del contrato y el plazo de duración, el pliego se pronuncia en idénticos términos a los ya referidos respecto del contenido de la resolución de adjudicación.

El artículo 6° se refiere a las obligaciones de las partes disponiendo que serán, “además de las señaladas en este pliego, las recogidas en el pliego de condiciones técnicas”, y que el contratista “será responsable de los accidentes, daños de cualquier naturaleza y perjuicios que se puedan causar a terceros o al Concejo como consecuencia de la realización de los trabajos objeto del contrato”.

En lo relativo a la resolución del contrato, el artículo 10° señala que “el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato autoriza a la Corporación para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del mismo. Las causas de resolución del contrato se regirán por lo previsto en los artículos 111 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

El contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21°, se ejecutará “a riesgo y ventura del contratista”, estando obligado el adjudicatario a

“mantener, en todo momento, los servicios públicos existentes” según el artículo 22°.

El Ayuntamiento, tal y como señala el artículo 25°, “se reserva el derecho de rescatar la concesión antes de su vencimiento, si lo aconsejan circunstancias de interés público”.

La concesión, según el artículo 26°, se otorga dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros, y podrá ser “revocada unilateralmente por el Ayuntamiento en cualquier momento, sin derecho a indemnización, cuando resulte incompatible con la normativa aprobada con posterioridad o impida la utilización del dominio público para actividades de mayor interés público”.

En cuanto a la reversión, dice el artículo 27° que “al término de la adjudicación la totalidad de las obras e instalaciones fijas realizadas sobre el dominio público municipal revertirán al Ayuntamiento y se entregarán en perfecto estado de conservación y libres de gravámenes y cargas”.

b) Pliego de cláusulas técnicas que han de regir la licitación, por subasta, para la adjudicación del contrato administrativo especial para la explotación del servicio de bar de temporada en la instalación del edificio de servicios de la playa de

En relación con el plazo de ejecución precisa que el inicio de la temporada correspondiente de 2005 quedará condicionada a la fecha de adjudicación y otorgamiento del contrato “sin que de ello deriven modificaciones en los importes y obligaciones respecto de las proposiciones presentadas y del acto de adjudicación”.

La cláusula octava se refiere a los derechos y obligaciones del adjudicatario. En cuanto a los derechos, se señalan los de “utilización de los bienes públicos, para la prestación del servicio”; “a que se le mantenga en el goce pacífico de las instalaciones”; a “ser indemnizado por el rescate de la concesión o la supresión del servicio, siempre que ello se produzca por causas ajenas al mismo y que no se haya llegado al término de la concesión”. Entre las obligaciones destacan las de ocupar una superficie máxima de 16 m², iniciar la

prestación del servicio una vez formalizado el contrato y no interrumpirla hasta su finalización, hacerse cargo de la “conservación de las instalaciones en las debidas condiciones”, atender “con la máxima diligencia el servicio concedido” y “guardará la máxima corrección con el público usuario”. Asimismo, las de responsabilidad por “los accidentes, daños de cualquier naturaleza y perjuicios que se puedan causar a terceros o al Concejo como consecuencia de la realización de trabajos objeto del contrato”, a cuyo efecto está obligado a suscribir una póliza de responsabilidad civil frente a terceros, pago del canon y de cuantos tributos graven el ejercicio de la actividad, y obligación de abandono del local “en el plazo de los quince días siguientes a su terminación”.

En las cláusulas novena a decimoprimeras se establece un régimen sancionador “por incumplimiento de las obligaciones enumeradas en estos pliegos”.

La cláusula decimosegunda enumera las prerrogativas de la Administración entre las que destacan la de acordar la resolución, “imponer al concesionario las correcciones o multas pertinentes por razón del incumplimiento de sus obligaciones”, “rescatar la adjudicación”, “suprimir el servicio” y “acordar y ejecutar el lanzamiento, en vía administrativa, con pérdida de la fianza constituida si el concesionario no abandona las instalaciones en el plazo fijado al efecto”.

En cuanto a las causas de resolución, señala la cláusula decimotercera que “será causa de resolución el incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones cuando diere lugar a grave perjuicio sin que proceda en este caso derecho a indemnización./ Asimismo, son causas de resolución del contrato las previstas en el art. 111 del R. D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como aquellas que en su caso se establezcan expresamente en el contrato y cualesquiera otras determinadas en la legislación vigente”.

2. Con fecha 5 de junio de 2006, el Jefe de Obras y Servicios del Ayuntamiento emite informe en el que señala lo siguiente: “cúmpleme informar que de acuerdo a las diversas inspecciones realizadas durante el periodo que debería estar abierto el bar de referencia (periodo comprendido desde 01 de junio a 01 de octubre de 2005) se ha podido comprobar que éste no realizó su apertura”.

3. Por Resolución de 27 de junio de 2006, se inicia el expediente para la resolución del contrato por causa de no haber abierto el bar durante el periodo comprendido desde el 15 de julio hasta el 30 de septiembre de 2005, lo cual “supone el incumplimiento de la principal obligación esencial del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 111.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. En la misma resolución se acuerda requerir informe de la Secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir; otorgar al adjudicatario el plazo de diez días naturales para que formule “aceptación u oposición, así como las alegaciones que estime convenientes”, y solicitar, en su caso, dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

4. El 28 de junio de 2006 la Secretaria General del Ayuntamiento de Castrillón elabora informe en el que señala que “la no apertura del establecimiento en el periodo de tiempo estipulado supone un incumplimiento total de las obligaciones contractuales del adjudicatario que además ha ocasionado un grave perjuicio para los intereses municipales ya que se ha dejado sin servicio a la citada playa durante el periodo de máxima afluencia de personas, puesto que como establece la cláusula primera del contrato firmado por el adjudicatario con este Ayuntamiento, es objeto del contrato no sólo la explotación del servicio de bar de temporada, sino también la custodia de llaves, limpieza, mantenimiento y gestión para el uso público de los servicios higiénicos existentes en la Casa de Servicios./ Este incumplimiento autoriza al Ayuntamiento a acordar la resolución del contrato”. Señala además el informe que “por lo que respecta a los efectos de la resolución del contrato, cuando la misma tenga lugar 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. Debe señalarse que el informe técnico no hace mención ni valoración económica de los posibles daños y perjuicios (...), debiendo requerirse al técnico director facultativo del contrato para que efectúe una valoración de dichos daños y perjuicios./ Además la cláusula novena del citado pliego de prescripciones técnicas en relación a lo dispuesto en la cláusula octava, y, en orden a evitar el incumplimiento de la citada obligación dispone que "el incumplimiento de la cláusula a) dará lugar a una sanción que será igual a la parte proporcional del canon de adjudicación prorrateado entre los meses que restan desde el cierre hasta el fin de la concesión, no teniendo derecho, además el adjudicatario a la devolución del canon de adjudicación".

5. Recibida por el adjudicatario la notificación del inicio del procedimiento para la resolución del contrato el 6 de julio de 2006, presenta, el día 17 del mismo mes, escrito de oposición a la resolución propuesta en el que señala que el bar "fue abierto en el periodo que transcurre entre el 15 de julio y el 15 de septiembre de 2005 un total de 22 días, días que se corresponden fundamentalmente con fines de semana. Los días 15, 16, 17, 22, 23, 24, 30, 31 de julio; 1, 5, 6, 7, 9, 13, 14, 15, 20, 21, 27, 28 de agosto y 3, 4 de septiembre la instalación permaneció abierta", argumentando que "la playa de es una playa de escasa afluencia de público, como puede demostrar el hecho de que sólo cuente con servicio de salvamento de playas los fines de semana a diferencia del resto de playas del concejo que cuentan con él todos los días. El hecho de esta escasa afluencia de público hace innecesario aparte de escasamente rentable la apertura a diario de la instalación. La afluencia y por tanto la demanda de servicios en dicha playa es escasísima en los días entre semana. Sin embargo esta situación varía notablemente en fines de semana así como días con especiales condiciones meteorológicas".

6. Con fecha 3 de agosto de 2006, el Jefe de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Castrillón elabora informe de valoración de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual. Dicha valoración incluye noventa euros (90 €) correspondientes a “gastos de la tramitación de la resolución del contrato”. Forman parte asimismo de la valoración, los gastos de publicidad de la licitación en el BOPA y el canon correspondiente a la Demarcación de Costas, este último “pendiente del importe por la D.C.”

7. El 14 de septiembre de 2006, el Alcalde del Ayuntamiento de Castrillón formula Propuesta de Resolución del contrato “por causa de no haber abierto el bar durante el periodo comprendido desde el 15 de julio hasta el 30 de septiembre de 2005, lo que supone el incumplimiento de la principal obligación esencial del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 111.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. La resolución del contrato “comportará la incautación de la garantía definitiva así como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a este Ayuntamiento en lo que excedan del importe de la garantía incautada a cuyos efectos se instruirá el oportuno expediente”.

Con fecha 26 de septiembre de 2006, el Interventor informa favorablemente la Propuesta de Resolución de fecha 14 de septiembre por considerar que “la no apertura de la instalación correspondiente a fecha entre 15 de julio y 30 de septiembre de 2005, primer año de la concesión”, constituye “sin duda un incumplimiento grave de sus obligaciones, según cláusula octava, letra a) de las obligaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación con la cláusula segunda del mismo”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2006, registrado de entrada el día 11 de octubre, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato

administrativo de explotación del bar de temporada en la playa de, suscrito entre el Ayuntamiento de Castrillón y don

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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 Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Castrillón, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Con relación a la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación señala, en su artículo 36°, que “tiene carácter administrativo especial y se regirá por lo establecido en este pliego y por el Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y las que resulten aplicables por razón de la materia, entre otros, la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 7/1985, y el Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/86, de 13 de junio, el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre”.

Pese a que los pliegos aprobados para regir la contratación incluyen simultáneamente prescripciones propias de un contrato de concesión demanial (rescate, revocación en cualquier momento sin derecho a indemnización cuando resulte compatible con la normativa aprobada con posterioridad o impida la utilización del demanio para actividades de mayor interés público, reversión, y lanzamiento del adjudicatario si no abandona las instalaciones en el plazo señalado) y obligaciones típicas de un contrato de gestión de servicios públicos (entre otras las de mantenimiento de los servicios públicos existentes en todo momento, atención del servicio concedido con la máxima diligencia y corrección con el público usuario), corroboran su calificación como administrativo especial la denominación que al propio contrato confieren el pliego de cláusulas administrativas, así como el de prescripciones técnicas, y también el anuncio de licitación, la resolución de adjudicación, el mismo contrato, y los informes de Intervención y de Secretaría.

A su vez, la citada calificación se corresponde con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informes 67/99, de 6 de julio de 2000, y 24/05, de 29 de junio de 2005), corroborado por la jurisprudencia más reciente. No obstante, dado que la calificación del contrato en nada afecta a la resolución de la cuestión que se somete a nuestra consideración, no procede efectuar ninguna consideración al respecto.

TERCERA.- En la cláusula decimotercera del pliego de prescripciones técnicas, se establece que “la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del adjudicatario en su caso. La resolución del contrato producirá los efectos previstos en los artículos 113 del R.D. Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo 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 sujetarse a las normas procedimentales que las justifican. Si se

incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación pues, como acabamos de señalar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la ley.

A tenor de lo indicado, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente, el procedimiento ha sido instruido, en lo esencial, con arreglo a lo dispuesto en el apartado segundo de la referida cláusula en relación con el artículo 112.1 del TRLCAP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico (tratándose de una Administración Local, ha de entenderse de la Secretaría respectiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 113, regla 6ª, del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en adelante TRRL). Se han incorporado, asimismo, los informes previos a la decisión de acudir al procedimiento de resolución del contrato, la resolución de inicio del mismo, el informe de Intervención, y la propuesta de resolución. No resulta necesaria la audiencia del avalista o asegurador, pese a que se propone la incautación de la garantía, pues la misma se ha constituido en metálico.

Se ha cumplido con el trámite de audiencia del contratista, expresamente establecido en el artículo 114.2 del TRRL y en el artículo 109.1, letra a) del RGLCAP, el cual manifestó su oposición a la resolución del contrato efectuando las alegaciones que hemos dejado expuestas.

Por último, advertimos que en aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 109 del RGLCAP, conforme al cual todos los trámites de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente, el presente dictamen se emite, dentro del plazo de quince días que para la tramitación urgente de procedimientos dispone el artículo 19 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, aún cuando no se ha recabado con tal carácter, ni se ha manifestado el mismo

durante la tramitación del procedimiento y en la remisión del expediente a este Consejo.

CUARTA.- Los poderes adjudicadores están no sólo facultados, sino también obligados, a velar por que el contrato se ejecute con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, los cuales se consideran documentos contractuales. Ello es así puesto que, en caso de incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

En el análisis de la procedencia de la resolución contractual propuesta por la Administración, hemos de destacar en primer término que el objeto del contrato es la prestación del servicio de explotación de bar en la playa de durante las temporadas estivales correspondientes a los años 2005 y 2006. De conformidad con el contrato suscrito y los pliegos aprobados para regir la contratación, el servicio se prestará en cada temporada desde el 15 de junio hasta el 30 de septiembre (quedando condicionado el plazo correspondiente a la temporada 2005 por la fecha de formalización del contrato que tuvo lugar el 15 de julio), precisando el pliego de prescripciones técnicas que estos plazos son "improrrogables".

En su virtud, a la fecha de solicitud de este Dictamen y, consiguientemente, de su emisión, han concluido las prestaciones objeto del contrato, tal y como han sido definidas en el artículo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en la misma cláusula del Pliego de las Técnicas. Siendo así, no procede acordar la extinción del contrato por resolución, sino que por la Administración contratante se actúe de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 del TRLCAP, dentro del mes siguiente a la realización del objeto del contrato, en orden a verificar si el contratista ha realizado la totalidad de dicho objeto de conformidad con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración. De tal modo que, de no apreciarse y

constatarse el cumplimiento en los términos expuestos, habrá de actuar la Administración atendiendo a lo establecido en el artículo 43.2, letra b) del TRLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución del contrato administrativo especial para la explotación del servicio de bar de temporada en la playa de, suscrito entre el Ayuntamiento de Castrillón y don, sometido a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CASTRILLON.