



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero
y Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 28 de enero de 2005, ha examinado el *expediente de resolución del contrato de concesión del servicio de las piscinas municipales y quiosco anexo celebrado entre el Ayuntamiento de ffffffff y D. xxxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de octubre de 2004 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de resolución del contrato de concesión del servicio de las piscinas municipales y quiosco anexo celebrado entre el Ayuntamiento de ffffff y D. xxxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de octubre de 2004, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 665/2004, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- Por Decreto de Alcaldía de 26 de julio de 2004, se acuerda incoar el expediente para la resolución del contrato de gestión del servicio de piscinas municipales y quiosco anexo, designar el Instructor del mismo, así



como conceder al interesado –contratista– un plazo de quince días para efectuar alegaciones. Esta resolución se notifica al interesado el día 2 de agosto de 2004.

Segundo.- El Instructor realiza una serie de actuaciones tendentes a recabar toda la documentación sobre el expediente de contratación, siendo expedida por el Secretario del Ayuntamiento el 30 de julio de 2004 una diligencia para hacer constar los documentos de prueba obrantes en las oficinas municipales.

Tercero.- Constan como antecedentes del expediente remitido los siguientes:

A) El contrato administrativo de adjudicación de la concesión administrativa del servicio municipal de las piscinas municipales y quiosco anexo, firmado en ffffff el 30 de junio de 2004, del que resulta –en lo que ahora interesa– que la adjudicación fue acordada con fecha 28 de junio de 2004 por la Comisión de Contratación, por delegación del Pleno; que el adjudicatario, D. xxxxxx, había consignado una fianza definitiva por importe de 1.803,04 euros; así como que la ejecución del contrato comenzaba el día 1 de julio de 2004.

B) El pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, de fecha 14 de junio de 2004, en el que, con carácter general, se establecen los derechos y obligaciones de las partes, se determina el régimen de infracciones y sanciones y se reserva a favor del Ayuntamiento el derecho de declarar el secuestro de la concesión en el caso de infracción de carácter grave, según lo preceptuado en los artículos 133 y siguientes del vigente Reglamento de Servicios de la Corporaciones Locales, así como también la posibilidad de acordar su rescate, en el caso de que la Corporación así lo decida por razones de interés público, para lo que se estará a lo dispuesto en el artículo 52 del mismo Reglamento.

C) Una serie de actas levantadas por los Servicios Oficiales de Salud Pública de la Junta de Castilla y León, de fechas diversas (24 y 30 de junio de 2004 y 15, 19, 21 y 26 de julio de 2004).



D) El certificado, emitido con fecha 6 de julio de 2004 por el Jefe del Servicio Territorial de Sanidad, sobre la idoneidad de las instalaciones para el uso al que van a ser destinadas.

E) La comunicación, de fecha 14 de julio de 2004, remitida por el mismo Servicio Territorial al Ayuntamiento, en la que se informa que en las visitas realizadas a las instalaciones los días 5, 12 y 14 de julio se habían comprobado importantes deficiencias de carácter sanitario, proponiéndose el cierre preventivo temporal de las instalaciones hasta su corrección con el fin de preservar la salud de los usuarios.

Cuarto.- Mediante escrito de fecha 14 de julio de 2004, D. xxxxxx se opone al cierre preventivo temporal de las instalaciones, alegando que las deficiencias denunciadas no le son imputables sino que ya existían en las instalaciones en el momento de hacerse cargo de su gestión.

Quinto.- Mediante escrito de fecha 23 de julio siguiente, el concesionario manifiesta que viene a personarse en el expediente administrativo iniciado por el Ayuntamiento, interesando que se le dé vista de todo lo actuado y destacando que, a pesar de que las deficiencias de las instalaciones no le son en modo alguno imputables, se procedió sin su concurso a la apertura de aquéllas por el Ayuntamiento.

Sexto.- Por certificación del Secretario-Interventor del Ayuntamiento ffffff, de fecha 30 de julio de 2004, se deja constancia de que D. xxxxxx no ha consignado la fianza definitiva correspondiente al contrato.

Séptimo.- Por escrito presentado en la ventanilla única de la Subdelegación de Gobierno el 18 de agosto de 2004, el interesado vuelve a formular alegaciones, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Que no se ha seguido el procedimiento previsto en la normativa de contratación pública en el expediente en que se halla incurso, sino que se ha puesto en marcha "una duplicidad entre un procedimiento sancionador y un procedimiento para el rescate de la concesión administrativa, mezclados ambos con la resolución previa del contrato de concesión".



- Que en el decreto que es objeto de sus alegaciones se menciona "una notificación que tenía por objeto formular un requerimiento", negando que se le haya notificado nada al respecto.

- Que en ningún momento ha sido requerido para la constitución de la fianza definitiva, pero que en todo caso "no existe problema alguno en consignar la misma".

- Que promueve la recusación del Instructor del expediente.

- Que además de las deficiencias originarias ya alegadas en escritos anteriores, existían otras adicionales.

Termina su escrito solicitando que se practique prueba, para lo cual propone al efecto una serie de medios que habrían de ser aportados por la Administración.

Octavo.- Por Decreto de Alcaldía de 6 de septiembre de 2004, se desestima la causa de recusación alegada por el interesado contra el Instructor del expediente.

Noveno.- Por Providencia de 8 de septiembre de 2004, el Instructor desestima la mayoría de las pruebas propuestas, admitiéndose únicamente la relativa a la remisión al interesado de una copia de las inspecciones realizadas con posterioridad al día 14 de julio de 2004; asimismo, acuerda requerir a Dña. yyyyyy para que presente manifestación por escrito sobre determinados extremos.

En ese estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Décimo.- Por sendos Acuerdos de 18 de octubre y 13 de diciembre de 2004, se requiere a la Corporación local que complete el expediente remitido al Consejo con determinada documentación, suspendiéndose entre tanto el cómputo del plazo para emitir dictamen. La documentación requerida es aportada con fecha 11 de enero de 2005.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 del TRLCAP. En el presente caso, según resulta del expediente remitido, la adjudicación del contrato fue acordada por la Comisión de Contratación, por delegación del Pleno del Ayuntamiento.

3ª.- En la tramitación del expediente de resolución, y sin perjuicio de las consideraciones que luego se expondrán, se ha seguido en lo sustancial el procedimiento previsto en el artículo 109 del RGLCAP.

En particular, por lo que se refiere al carácter preceptivo de la intervención del Consejo Consultivo, consta suficientemente acreditada en las actuaciones la oposición del contratista a que se resuelva el contrato.

No obstante, merece la pena llamar la atención sobre la aparente confusión que se aprecia en la tramitación del expediente entre la potestad sancionadora de la Administración y la prerrogativa de resolución de los



contratos. Así sucede cuando se denomina “inculpado” a quien realmente no es sino el contratista, o cuando en la propuesta de resolución se alude a las actuaciones obrantes en el expediente “sancionador”.

Debe recordarse que la pretensión de resolver el contrato de concesión no se enmarca en el ejercicio de la potestad sancionadora sino en el de la prerrogativa que, con carácter general, se reconoce a favor de la Administración en el artículo 59 del TRLCAP para acordar la resolución de los contratos.

Cada una de estas facultades tiene su propia regulación, que responde además a principios diferentes. Así, mientras que el procedimiento sancionador se construye sobre la base de la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución, trasladándose la carga de la prueba de la comisión de la infracción a la Administración, en el ámbito de la contratación administrativa, y más concretamente cuando se trata del ejercicio de la prerrogativa de resolución por incumplimiento del contratista, no existe tal desplazamiento de la carga de la prueba.

Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de 13 de junio de 1989, en la que se declara que “cuando se produce la extinción del contrato fundándose en el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones derivadas de la norma jurídica y del contrato, al no tratarse de materia sometida al derecho administrativo sancionador, huelgan todas las alegaciones relativas al derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 en relación de que incumbe a la Administración la carga de la prueba de los hechos que en tal caso habrían de sancionarse; pues en materia de resolución del contrato por incumplimiento de las normas y obligaciones contractuales aludidas, si se halla en el expediente objetivamente demostrada la base fáctica precisa y necesaria para acordar la resolución del contrato, tales fundamentos pueden ser destruidos por la parte a quien perjudican, mediante las pruebas que realizadas en forma el expedientado tenga por conveniente”.

Por lo tanto, la actuación municipal proponiendo la resolución del contrato no debe considerarse como una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, sino como expresión de la prerrogativa de



resolver los contratos administrativos que tiene atribuida legalmente la Administración contratante (en este caso el Ayuntamiento de ffffff).

4ª.- El expediente versa sobre la resolución del contrato de concesión del servicio de las piscinas municipales y quiosco anexo suscrito entre el Ayuntamiento de ffffff y D. xxxxxx.

La concesión es una modalidad de la contratación de la gestión de servicios públicos prevista en el artículo 156 del TRLCAP.

Las causas que invoca el Ayuntamiento para resolver el contrato, tal y como resultan del expediente y se concretan en la propuesta de resolución, son las siguientes:

a) El incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales por parte del contratista (letra g del artículo 111 del TRLCAP).

b) La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva (letra d del mismo precepto citado).

En cualquier caso, la aplicación de las causas de resolución previstas legalmente debe llevarse a cabo en los términos contemplados en el párrafo segundo del artículo 112.2 del mismo TRLCAP, que prevé que la decisión de resolver tiene carácter potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma.

En este caso, es la Administración quien pretende hacer uso de tal facultad. No obstante, en la tramitación del expediente se aprecia cierta confusión entre la intervención o secuestro de la gestión del servicio, su rescate y la resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

En efecto, no sólo el adjudicatario denuncia (en su escrito de 23 de julio de 2004) que el Ayuntamiento, en esa fecha, ya había decidido intervenir la gestión del servicio abriendo las piscinas al uso público sin su concurso, sino que, además, la propia propuesta de resolución plantea no sólo la resolución del contrato por incumplimiento de contratista sino, además, y a continuación,



el “secuestro y rescate del servicio por el Ayuntamiento, procediendo a la gestión directa por el Ayuntamiento (sic)”.

Tal confusión hace aconsejable detenerse, siquiera brevemente, en distinguir entre las figuras legales mencionadas.

Con carácter general debe recordarse que la Administración adjudicataria de un contrato de gestión de servicios públicos retiene en cualquier caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155 del TRLCAP, “los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”.

Una de las manifestaciones –quizá la más intensa– de ese poder de policía consiste en la “intervención” del servicio, contemplada en el artículo 166 del TRLCAP, así como en el artículo 186 del RGLCAP, regulación a la que debe reconducirse el “secuestro” contemplado en el añejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), a la vista de lo establecido en la letra f), apartado 1, de la disposición derogatoria única del RGLCAP.

El aludido artículo 166 del TRLCAP dispone que “si del incumplimiento por parte del contratista se derivare perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca”.

Por parte, el artículo 186 del RGLCAP se limita a prever que “cuando se acuerde la intervención del servicio, de conformidad con el artículo 166 de la Ley, corresponderá al órgano de contratación que hubiese adjudicado el contrato el nombramiento del funcionario o funcionarios que hayan de desempeñar las funciones interventoras y a cuyas decisiones deberá someterse el contratista durante el período de intervención”.

Como puede apreciarse, la normativa en materia de contratación administrativa no especifica cuáles son las medidas en que ha de concretarse la “intervención” de la gestión del servicio, sino que deja amplia libertad a la Administración competente para adoptar aquellas que entienda que son más



oportunas en función de la propia naturaleza de los servicios de que se trate y de las circunstancias que concurren en cada caso.

En cualquier caso, la “intervención” del servicio tiene como finalidad fundamental garantizar la continuidad en su prestación (perturbada gravemente como consecuencia del incumplimiento del concesionario), así como un carácter esencialmente transitorio, debiendo terminar bien con la resolución del contrato, bien con la reposición del concesionario en la gestión, dependiendo de cuál sea la entidad del incumplimiento y sus consecuencias en el normal funcionamiento del servicio intervenido.

Distinta de la intervención es el rescate, en cuya virtud la Administración adjudicataria decide, por razones de interés público, la extinción anticipada de una concesión para gestionar directamente el servicio. Como tal, el rescate no constituye una consecuencia de la resolución sino que es, en sí misma, otra de las causas por las que puede resolverse el contrato de gestión de servicios públicos (según determina el artículo 167 del TRLCAP), además de por el incumplimiento del contratista (en los términos previstos en el artículo 111 del TRLCAP).

Por ello, carece de sentido que en la propuesta de resolución se aluda al rescate como una medida posterior a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista. Al contrario, una vez resuelto (eventualmente) el contrato como consecuencia de tal incumplimiento, ya no existe gestión alguna que rescatar para llevarla a cabo de manera directa por parte del Ayuntamiento.

5ª.- El examen de las distintas causas de resolución del contrato que se invocan a lo largo del expediente obligan a determinar cuál de ellas concurre en primer lugar, porque ésta será la que resulte de aplicación preferente sobre las demás, determinando, por lo tanto, las consecuencias que ha de llevar aparejada la resolución (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997).

En la propuesta de resolución se invocan dos incumplimientos distintos para resolver el contrato:



a) Las deficiencias advertidas por los técnicos de la Dirección General de Salud Pública. Tales deficiencias, según resulta de la comunicación del Jefe del Servicio Territorial de Sanidad, consistían en la ausencia de desinfectante, en lo incorrecto del grado de alcalinidad/acidez del agua, en la existencia de partículas en suspensión en la película superficial de los vasos, en no estar correctamente relleno el libro de registro, en la ausencia de cloro residual en el vaso polivalente, en el anclaje incorrecto de la rejilla de desagüe del otro vaso, así como en el hecho de encontrarse el nivel máximo de la piscina de adultos por debajo del rebosadero (con lo que se impedía la evacuación de impurezas contenidas en la película superficial del vaso).

b) La falta de prestación de garantía definitiva.

La propuesta de resolución alude también al rescate del servicio, el cual aparece configurado legalmente, según se ha expuesto, como otra de las causas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos. Sin embargo, el rescate se plantea por el propio Ayuntamiento consultante como una consecuencia posterior a la resolución del contrato, por lo que sólo procedería tomarlo en consideración una vez descartada la concurrencia de los incumplimientos del contratista a los que se alude en la propuesta de resolución.

En este sentido, las deficiencias en la prestación del servicio a las que se alude en la propuesta de resolución quedan ya acreditadas documentalmente, según resulta de la documentación remitida, con fechas 5, 12 y 14 de julio de 2004. Por su parte, para determinar en qué fecha se produce el incumplimiento del adjudicatario de su obligación de prestar la garantía definitiva, resulta obligado atender al momento en que le fue notificada la adjudicación, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.1 del TRLCAP, tal garantía debió hacerse efectiva dentro de los 15 días (naturales) siguientes. En el presente caso, no consta en el expediente cuándo se produjo tal notificación pero, en su defecto, sí consta que el adjudicatario firmó el documento administrativo de formalización del contrato de concesión el día 30 de junio de 2004, por lo que puede tomarse en cuenta esta fecha como día inicial de cómputo del plazo para la prestación de la garantía definitiva. Con tal *dies a quo*, puede concluirse que el incumplimiento del contratista por la falta de prestación de la garantía



definitiva se produjo el día 16 de julio de 2004, esto es, al día siguiente de vencer el plazo del que disponía para su constitución.

Procede, en consecuencia, examinar en primer lugar si puede apreciarse el alegado incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones relativas al mantenimiento de las instalaciones y, en caso afirmativo, si el mismo tiene la trascendencia suficiente como para poder justificar la resolución del contrato.

Para ello, es preciso tener en cuenta que es criterio jurisprudencial consolidado, además de una postura reiterada en la doctrina legal del Consejo de Estado, que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar su resolución, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento grave o cualificado, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1985, ya tuvo la oportunidad de declarar que "(...) la aplicación del ordenamiento común como supletorio del administrativo y, en particular, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, (...)".

Más específicamente, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, el Alto Tribunal, en Sentencia de 25 de septiembre de 1987, añadía que "no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a los establecidos en la contratación civil".

Por su parte el Consejo de Estado, en su Dictamen nº 41.941, de 1 de marzo de 1979, afirmaba que "la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos



más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida"; y en su Dictamen nº 42.000, de 22 de febrero de 1979, añadía que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

A la vista de tales criterios, y examinada la documentación remitida, debe concluirse que el contratista asumió la gestión del servicio a partir del día 1 de julio de 2004; que aparentemente no realizó protesta alguna en ese momento sobre el estado de las instalaciones; que las instalaciones habían sido objeto de las inspecciones preceptivas, los días 24 y 30 de junio, antes de su apertura al público, siendo informadas favorablemente; que desde un principio comenzaron las irregularidades y deficiencias en el mantenimiento y conservación de las instalaciones, quedando reflejadas en tres actas de inspección levantadas con fechas 5, 12 y 14 de julio, hasta el punto de que llegó a proponerse el cierre provisional; que tras haber sido aparentemente intervenida la gestión del servicio por parte del Ayuntamiento, quedaron inmediatamente subsanadas las deficiencias denunciadas, hasta el punto de que el día 15 de julio se informó favorablemente sobre la reapertura de las instalaciones al uso público por parte de los servicios competentes de Salud Pública; y, por último, que tal situación de regularidad fue confirmada en sendas visitas inspectoras posteriores, realizadas los días 19 y 21 de julio.

En consecuencia, queda probado que ha existido un incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario del servicio, sin que pueda atribuirse virtualidad alguna a sus alegaciones sobre la circunstancia de que las supuestas deficiencias de las instalaciones ya existían en el momento en que asumió su gestión porque del expediente administrativo resulta lo contrario.

Desde otro punto de vista, tal incumplimiento debe calificarse suficientemente relevante como para determinar la resolución del contrato, pues determinó que llegara incluso a proponerse el cierre provisional de las instalaciones por no resultar garantizadas las mínimas condiciones sanitarias y de seguridad para los usuarios. Quedó con ello afectada la continuidad en la



prestación, que constituye uno de los principios básicos que debe regir la gestión de los servicios públicos. A mayor abundamiento, y por la propia naturaleza del servicio gestionado (una piscina al aire libre y su quiosco anexo), tal continuidad resultaba especialmente necesaria dada la brevedad del período de uso y disfrute de tal servicio, limitado al período estival.

En consecuencia, la resolución del contrato que se pretende por el Ayuntamiento, basada en el incumplimiento por parte del adjudicatario de sus obligaciones de mantenimiento de las instalaciones, debe entenderse no sólo suficientemente justificada sino también proporcionada a la entidad o gravedad de tal incumplimiento.

6ª.- Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, y aun cuando no resulte estrictamente necesario, merece la pena detenerse brevemente sobre la segunda causa de resolución que se invoca en la propuesta relativa a la falta de prestación de la garantía definitiva.

Tal incumplimiento aparece expresamente previsto el artículo 111.d) del TRLCAP como una de las causas de resolución de los contratos administrativos.

Es cierto que, de acuerdo con lo previsto el artículo 54.2 del mismo texto legal, la constitución de la garantía definitiva constituye un requisito previo de la formalización del contrato y que esto no sucedió en el presente caso, a pesar de que en el documento administrativo de formalización se indique que “el adjudicatario D. xxxxxx, consigna una fianza definitiva por importe de 1803,04 € (...)”.

También es cierto que tales circunstancias no liberaban automáticamente al adjudicatario de su obligación de constituir la garantía definitiva, porque el cumplimiento de esta obligación no precisa un requerimiento específico de la Administración contratante, tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones (por todos, Dictamen nº 409/2002, de 21 de marzo de 2002).

Ahora bien, no es posible obviar que la propia Administración consintió la formalización del contrato aun sin haberse constituido la garantía definitiva, que consintió incluso que comenzara su ejecución, así como que el adjudicatario ha



manifestado su voluntad de prestar la referida garantía. Tales circunstancias convierten en contraria al principio de buena fe que debe regir las relaciones entre las partes la pretensión de resolver el contrato por este motivo en los estrictos términos en que se plantea.

En consecuencia, y sin perjuicio de la consideración jurídica anterior, cabe afirmar que no procedería en ningún caso resolver el contrato por el incumplimiento del contratista de su obligación de constituir la garantía definitiva.

7ª.- El artículo 113.4 del TRLCAP establece 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”.

Por lo que se refiere a la eventual incautación de la garantía, tal medida no resulta procedente en el presente caso porque no existe garantía provisional (el pliego de cláusulas administrativas particulares no la exigía), porque no llegó a prestarse la garantía definitiva y porque en tal carencia concurrió la actuación poco diligente de la propia Administración contratante.

Por lo que se refiere a la eventual indemnización de los daños y perjuicios que puedan haberse ocasionado al Ayuntamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 113 del RGLCAP dispone que “en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

En el presente supuesto la propuesta de resolución remite la determinación de tales daños y perjuicios a un momento posterior, por lo que el Consejo tan sólo puede recordar que, según reiterada jurisprudencia, sólo pueden ser tomados en consideración aquellos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros.



III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

1^a.- Procede resolver, en los términos expuestos, el contrato administrativo de concesión del servicio de las piscinas municipales y quiosco anexo suscrito entre el Ayuntamiento de ffffff y D. xxxxxx.

2^a.- No procede la incautación de la garantía.

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