



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Ponferrada (León) el día 2 de diciembre de 2016, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y yyyy, S. L.*, 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 18 de noviembre de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de concesión del aprovechamiento privativo del dominio público para la construcción y explotación de un circuito de velocidad permanente, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y yyyy, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 471/2016, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- Mediante Providencia de la Alcaldía de xxxx, de 8 de septiembre de 2016 se inicia el procedimiento para la resolución del contrato formalizado el 3 de septiembre de 2003, de concesión del aprovechamiento

privativo del dominio público para la construcción y explotación de un circuito de velocidad permanente.

En la providencia se hace constar lo siguiente:

“Visto que realizada la concesión se procedió a la tramitación de las licencias urbanística, autorización uso suelo rústico y actividad, concedidas por esta Administración en julio de 2004. Acto seguido, es decir durante el 2004, inician las obras mediante labores de explanación y movimientos de tierras, dichas obras duran dos o tres meses y se suspenden. Desde dicha suspensión, sin justificación alguna ante este Ayuntamiento, no se ha vuelto a realizar actuación alguna.

»Dado que han pasado más de 13 años desde la firma del citado contrato sin que se haya observado, en ningún momento, una determinación clara e inequívoca de cumplimiento del contratista y visto lo infructuoso de las innumerables entrevistas, conversaciones y encuentros con los responsables y promotores del proyecto y contrato referido, tras los requerimientos oficiales del 07/11/2006 y 19/10/2012 donde se les decía `Siendo esta situación extraña e insostenible, puesto que ocho años paradas las obras no se pueden calificar de otra manera, lo que origina incumplimientos contractuales graves del contrato, pliego, programa de trabajo y documentación técnica aportada, con grave perjuicio para este Ayuntamiento, le requiero para que en el plazo improrrogable de hasta el día 16/11/2012, aporte a este Ayuntamiento la documentación suficiente y acreditativa de los siguientes extremos:

»•Situación actual del proyecto con indicación de lo siguiente: plazo de reinicio de las obras, calendario de ejecución (...) cualquier otro dato de interés que justifique la suspensión mencionada, o bien, que avale la ejecución del proyecto.

»•Situación actual y pasada de la sociedad qqqq, S.L., aportando copia de las cuentas de la misma desde su constitución hasta la fecha actual (...).

» Esta comunicación constituye el último aviso previo al inicio del expediente de resolución contractual, a partir del cual este Ayuntamiento no contemplará ninguna otra opción´

» En definitiva, vista la contumaz paralización del proyecto por parte del adjudicatario de la concesión, lo que origina el incumplimiento palmario y severo del contrato, pliego de cláusulas administrativas, programa de trabajo y documentación técnica aportada, con grave perjuicio para este Ayuntamiento, sin que se atisbe viabilidad alguna al proyecto (...)"

Tras dicha exposición, se indica que se incoa el expediente de resolución del contrato.

Segundo.- El 13 de septiembre el Secretario Interventor del Ayuntamiento emite informe-propuesta en el que se señala que la causa invocada en la providencia de inicio lo constituye "la contumaz paralización del proyecto por parte del adjudicatario de la concesión, lo que origina el incumplimiento palmario y severo del contrato, pliego de cláusulas administrativas, programa de trabajo y documentación técnica aportada, con grave perjuicio para este Ayuntamiento, sin que se atisbe viabilidad alguna al proyecto", por lo que serían de aplicación las causas previstas en el artículo 11, letras e), g) y h) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Asimismo manifiesta que "Además, la resolución del contrato por incumplimiento de la Sociedad concesionaria estaría encuadrado en las causas previstas en la cláusula 47^a.2.b) y c) del pliego de cláusulas económico administrativas de la concesión, del siguiente tenor literal:

»b) Las demoras o retrasos que superen los siguientes plazos del Programa de ejecución, salvo prórrogas expresamente autorizadas:

»- Dos meses en la presentación del proyecto técnico de ejecución del circuito.

»- Un mes en el comienzo de ejecución de las obras.

»- Cuatro meses en los plazos parcial o total de ejecución de las obras.

»c) La suspensión o abandono de las obras por la Sociedad concesionaria durante un plazo superior a un mes. Se presumirá la suspensión cuando sin previa autorización municipal se produzca una reducción del personal o del volumen de la obra ejecutada superior al 50 por 100 en relación con el promedio del último trimestre.

»En definitiva, resultan palmarios los incumplimientos, demoras y retrasos de todos los plazos y compromisos asumidos por el concesionario (...) habida cuenta que han pasado más de 12 años desde la última actuación en ejecución de obra realizada en el año 2004, sin que el circuito de velocidad se haya construido y, por descontado, puesto en funcionamiento o servicio.

»Por tanto, estarían plenamente rebasados y cumplidos todos los plazos estipulados en su cláusula 16ª del pliego que dice: `La sociedad concesionaria vendrá obligada a ejecutar las obras e instalaciones dentro de los plazos parciales y total indicados en el programa de ejecución´ (...)

»Conforme al programa de ejecución presentado por el concesionario, el plazo de compromiso para terminar las obras era de 60 meses desde el 03/09/2003, por tanto, plazo finalizado (sic) el 03/09/2008.

»Las consecuencias de la resolución del contrato están estipuladas en la cláusula 48 del Pliego que dice: "La resolución del contrato por el resto de las causas especificadas en la Cláusula 47ª, si se produce antes de la declaración de comprobación, conllevará:

- Pérdida de la fianza definitiva (123.909,00 €).
- Reversión a la Administración municipal de las obras e instalaciones ejecutadas por la Sociedad concesionaria sin derecho a indemnización
- Indemnización a la Administración municipal por los daños y perjuicios causados de trescientos mil euros".

También pone de manifiesto que habrían resultado liquidables la falta de pago del canon anual de los años 2009 a 2016, por importe de 80.000 euros más IPC, las liquidaciones tributarias correspondientes al ICIO y Tasa Urbanística por importes de 158.000 y 39.000 euros respectivamente.

Tercero.- Notificada al concesionario la providencia de inicio, se le otorga un plazo de audiencia "para que si lo desea se presente en las dependencias de este Ayuntamiento y examine el expediente a los efectos de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, en el plazo de diez días naturales".

Asimismo, la notificación señala de modo expreso: "Se estima que, caso de resolverse el contrato, conforme al artículo 113 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (...), dado que el contrato se resuelva (sic) por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía definitiva por importe de 123.909,00 € constituida en forma de dos avales de fecha 18/08/2003 (...) por importe respectivo de 118.500,00 € y 5.409,00 € y deberá, además, indemnizar al Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados, en la cantidad de 300.000,00 euros, conforme a la indemnización fijada en la cláusula 48 del pliego".

Consta en el expediente la concesión del trámite de audiencia a la entidad avalista.

Cuarto.- El 29 de septiembre de 2016 la entidad concesionaria presenta alegaciones en las que, entre otras cuestiones, señala: "Las obras realizadas, consistentes básicamente en movimiento de tierras y en la explanación de los terrenos, lejos de haber producido perjuicios dejan la zona en situación de resultar muy útiles para cualquier instalación que se proyecte en el futuro y, en última instancia, quedan en mejor disposición también para servir de pastos para el ganado".

Indica igualmente que se han mejorado los accesos y que, gracias a las gestiones realizadas, se consiguió la modificación del trazado de la autovía proyectada; que la construcción de dos pozos de sondeo también reportan un beneficio para el municipio, como la mejora y ampliación que se llevó a cabo de la balsa de recogida de aguas de lluvia para el ganado.

Añade que "los terrenos afectados, han sido mejorados de forma importante durante el transcurso de la concesión, sin que se haya causado ningún perjuicio a ellos ni a los usuarios de los mismos, ni tampoco al Ayuntamiento".

Asimismo, pone de manifiesto las graves circunstancias económicas en las que se encuentra.

Propone al Ayuntamiento la resolución del contrato por mutuo acuerdo y considera que "en orden a justificar las circunstancias que motivan la extinción del contrato que se propone, ni siquiera concurre otra causa de resolución del contrato imputable al contratista, pues el no haber conseguido nuestro propósito no es debido sino a la situación de crisis y a que no se han recibido los apoyos que eran necesarios para el buen fin del proyecto".

Manifiesta que "el artículo 225.1 del TRLCSP determina que cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas. Por consiguiente, serán las partes, Ayuntamiento y Concesionario, los que en base a ese común acuerdo determinen cuáles serán las consecuencias derivadas de la resolución, las obligaciones y derechos de cada uno.

»En los términos expuestos, dejamos constancia ante el Ayuntamiento de que todas las obras e instalaciones llevadas a cabo en el circuito se dejarán a disposición del Ayuntamiento sin plantear ninguna petición de otro tipo salvo la devolución de las fianzas en su día presentadas ante el Ayuntamiento, y que, como se ha dicho, dejamos a la decisión del Ayuntamiento la determinación de si considera de justicia fijar alguna cantidad como compensación por las obras e instalaciones ejecutadas".

Quinto.- El 8 de noviembre el Secretario Interventor emite informe complementario al anteriormente emitido el 13 de septiembre.

Sexto.- El 8 de noviembre de 2016 se formula propuesta de resolución del contrato, en la que se propone:

"Primero.- Resolver el contrato de fecha 03 septiembre de 2003, para la Concesión del Aprovechamiento Privativo del Dominio Público de este Ayuntamiento, para la Construcción y Explotación de un Circuito de Velocidad Permanente, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y la sociedad qqqq, S.L., ante la evidencia de la no voluntad del concesionario de ejecución del contrato, reconocida y manifestada en su escrito de alegaciones, y dado que resultan

palmarios los incumplimientos, demoras y retrasos de todos los plazos y compromisos asumidos por el concesionario tanto en el contrato, pliego de cláusulas administrativas, programa de trabajo y documentación técnica aportada, determinando como causas esenciales incumplidas por el contratista las legales enumeradas y tasadas en el artículo 111 apartados e., g. y h. 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 (versión vigente en la fecha de formalización del contrato), del siguiente tenor literal:

»e. La demora en el cumplimiento de los platos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 71.2, letra d).

»g. El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

»h. Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

»Además la resolución del contrato por incumplimiento de la Sociedad concesionaria estaría encuadra en las causas previstas en la cláusula 47.2.b) y e) del Pliego de cláusulas económico administrativas de la concesión, del siguiente tenor literal:

»b) Las demoras o retrasos que superen los siguientes plazos del Programa de ejecución, salvo prórrogas expresamente autorizadas:

»- Dos meses en la presentación del proyecto técnico de ejecución del circuito.

»- Un mes en el comienzo de ejecución de las obras.

»- Cuatro meses en los plazos parciales o total de ejecución de las obras.

»e) La suspensión o abandono de las obras por la Sociedad concesionaria durante un plazo superior a un mes. Se presumirá la suspensión cuando sin previa autorización municipal se produzca una reducción del

personal o del volumen de la obra ejecutada superior al 50 por 100 en relación con el promedio del último trimestre.

»Segundo.- Acordar la pérdida de la garantía definitiva constituida, conforme al artículo 113 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, dado que el contrato se resuelva (sic) por incumplimiento culpable del contratista y, en consecuencia, incautar la garantía definitiva por importe de 123.909.00 € (...).

»Tercero.- Determinar como indemnización a favor del Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados, la cantidad de 300.000.00 euros, conforme a la indemnización fijada en la cláusula 48 del Pliego, tal y como determina el artículo 112, en relación con el 113, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.

»Cuarto.- Determinar la reversión a la Administración municipal de los terrenos objeto de la concesión, así como de las obras e instalaciones ejecutadas por la Sociedad concesionaria sin derecho a indemnización alguna a tenor de lo indicado en la cláusula 48 del Pliego.

»Quinto.- Iniciar expediente de caducidad de la licencia urbanística y de la extinción de sus efectos conforme al artículo 103.1 de la Ley 5/1999, de 8 de abril de Urbanismo de Castilla y León (...).

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

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.i),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 apartado tercero, 1.e), del Acuerdo de 6 de

marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

La preceptividad del dictamen resulta de lo previsto en el artículo 211.3.a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), que establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución del contrato, cuando se formule oposición por parte del contratista

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).

El procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria, se rige por la normativa vigente en el momento de incoación del procedimiento, esto es por el TRLCSP. Así resulta de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior"), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera del TRLCSP. En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento relativo a la resolución del contrato de concesión del aprovechamiento privativo del dominio público para la construcción y explotación de un circuito de velocidad permanente, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.L

La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su

cumplimiento, al señalar el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1985 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, (...)".

Por su parte, el Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, 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 mesura". Mantiene además en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, 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".

Por otra parte, es el órgano de contratación quien ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar el verdadero incumplimiento.

En el presente caso, la propuesta de resolución alude a las causas de resolución previstas en las letras e), g) y h) del artículo 111 del TRLCAP, que se refieren a "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 71.2, letra d)", "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales" y "Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato".

La cláusula 4ª del pliego de cláusulas económico administrativas incluye dentro del objeto del contrato, la ejecución de las obras e instalaciones

necesarias para la construcción del circuito de velocidad permanente y la explotación del mencionado circuito.

De conformidad con la cláusula 6ª, la concesión se otorga por un plazo de cincuenta años.

La cláusula 16ª, por su parte, indica que "la sociedad concesionaria vendrá obligada a ejecutar las obras e instalaciones dentro de los plazos parciales y total indicados en el Programa de ejecución".

Por otro lado, la cláusula 47ª determina como causas de resolución por incumplimiento de la concesionaria:

"b) Las demoras o retrasos que superen los siguientes plazos del programa de ejecución, salvo prórrogas expresamente autorizadas:

»- Dos meses en la presentación del proyecto técnico de ejecución del circuito.

»- Un mes en el comienzo de ejecución de las obras.

»- Cuatro meses en los plazos parciales o total de ejecución de las obras.

»e) La suspensión o abandono de las obras por la Sociedad concesionaria durante un plazo superior a un mes. Se presumirá la suspensión cuando sin previa autorización municipal se produzca una reducción del personal o del volumen de la obra ejecutada superior al 50 por 100 en relación con el promedio del último trimestre".

En el presente caso se establece no solamente la obligación de ejecutar las obras conforme al proyecto aprobado, sino también la de cumplir los plazos establecidos para su ejecución, así como la explotación del circuito.

En relación con la demora en el cumplimiento de los plazos, de los datos expuestos en los antecedentes de hecho resulta evidente y palmario que las obras se encuentran paralizadas y que no ha sido posible su ejecución en el tiempo estipulado, por lo que se ha incumplido el plazo de ejecución del

contrato, sin que los problemas alegados por el concesionario puedan justificar tales incumplimientos.

Por ello, transcurrido ampliamente el plazo previsto en el contrato para su realización sin haberse ejecutado, este se encuentra incurso en esa causa de resolución. Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

No se está, por tanto, ante un incumplimiento mínimo que no autorizaría la resolución del contrato, sino que se está en presencia de un incumplimiento de una obligación esencial, cual es la de realizar las obras necesarias para la construcción del circuito de velocidad. Por otro lado, consta que tan sólo se iniciaron las obras mediante labores de explanación y movimientos de tierras, cuya ejecución duró dos o tres meses, suspendiéndose a continuación, sin que exista justificación para la paralización de las obras.

Por otro lado, en relación con el incumplimiento de obligaciones esenciales del contratista, existe una reiterada doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001).

Por otro lado, el Dictamen 443/2009, de 16 de septiembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid señala: "El artículo 111 g) TRLCAP, a diferencia de la actual LCSP que exige en su artículo 206 g) que estas obligaciones esenciales hayan sido calificadas así en los pliegos o en el contrato, no exigía esta concreción, debiendo determinarse cuando una obligación era de carácter esencial en atención a las circunstancias concurrentes, habiendo

declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2002 que "el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial" y debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos".

En virtud de lo expuesto, puede considerarse que el concesionario es el único responsable del incumplimiento. Esta inactividad en la obra supone el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, pues resulta evidente que una de tales obligaciones esenciales la constituye la ejecución de la obra.

En definitiva, es procedente la resolución del contrato por las causas de resolución previstas en el artículo 111.e) g) y h) del TRLCAP.

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, el incumplimiento del concesionario puede ser calificado de culpable.

Respecto de las alegaciones vertidas por la concesionaria, según las cuales, de acuerdo con el artículo 112.4 del TRLCAP "La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato", el fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo impide a la Administración contratante, cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa de la adjudicataria, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, 55.279, de 27 de septiembre de 1990) y este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 610/2009, de 9 de julio y 670/2009, de 30 de julio).

4ª.- Respecto de los efectos de la resolución, ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP, que dispone que "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

No obstante, el Ayuntamiento, con base en la cláusula 48ª del Pliego, referente a los efectos de la resolución del contrato, formula una propuesta de resolución que conlleva la pérdida de la fianza definitiva, la reversión de las obras e instalaciones ejecutadas, sin derecho a indemnización, y la indemnización por los daños ocasionados por un importe de 300.000 euros, por lo que serán estos los efectos que deriven de la resolución del contrato en cuestión.

El artículo 4 del TRLCAP, relativo a la libertad de pactos, determina que "La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla".

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de mayo de 2004, entre otras, se pronuncia sobre dicho principio de libertad de pactos y analiza la posibilidad de que el pliego pueda establecer la improcedencia de indemnización en el supuesto de supresión del servicio. Así señala que "antes que aplicar los artículos 79 y 80 de la LCE o de reconocer el derecho de la empresa concesionaria a la indemnización por las inversiones realizadas en el servicio, ha de atenderse a lo pactado por las partes válidamente.

»En este sentido, el Pliego de Condiciones del contrato, que exige para la prestación del servicio de conducción del correo entre Barcelona y los centros de reparto establecidos en las sucursales 23, 25, 27 y 30 un camión de siete toneladas con furgón cerrado, previene en la cláusula 22 que la Administración se reserva la facultad de modificar el itinerario y horario de la conducción contratada y de "suprimirla" cuando así conviniere al servicio, sin que contra cualquiera de dichos acuerdos el contratista pueda alegar derecho alguno. En el contrato celebrado el 3 de agosto de 1974 el adjudicatario declara que acepta y se obliga a cumplir el servicio con arreglo a todas las condiciones del Pliego.

»Pues bien, en el caso de autos no son aplicables los artículos 79 y 80 de la LCE, ya que la cláusula 22 del Pliego de Condiciones contiene una expresa renuncia del contratista a alegar derecho alguno y, por tanto,

comprende también la renuncia a solicitar una indemnización, en los supuestos de supresión del servicio, como ha acontecido en el supuesto enjuiciado.

»Esta cláusula es perfectamente válida. Se encuentra amparada en el principio de libertad de pactos que se recoge en el artículo 3 de la LCE, no habiendo en ella nada contrario al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En relación con el ordenamiento jurídico, el artículo 6.2 del Código Civil admite como válida la renuncia a los derechos reconocidos por las Leyes (en este caso a la indemnización en caso de supresión del servicio), exigiendo solamente que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros, circunstancias que no se dan en el supuesto que analizamos.

»Por otra parte, tampoco cabe invocar la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de gestión de servicios públicos, ya que la empresa contratista sabía desde el primer momento, al aceptar el Pliego de Condiciones, que en caso de suprimirse el servicio no tendría derecho a indemnización alguna, por lo que sus previsiones debían incluir forzosamente la amortización del material e inversiones realizadas para la prestación del servicio de conducción del correo”.

Por todo lo expuesto este Consejo Consultivo considera conforme a derecho la resolución del contrato en los términos propuestos.

III CONCLUSIONES

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

Procede que se resuelva el contrato de concesión del aprovechamiento privativo del dominio público para la construcción y explotación de un circuito de velocidad permanente, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.L.

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