



Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sr. Píriz Urueña, Secretario en
funciones

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 12 de abril de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. yyyy*, 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 27 de marzo de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato de gestión de servicio público de explotación del camping municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. yyyy*.

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 140/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y 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. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 10 de mayo de 2012 el Ayuntamiento de xxxx1 y D. yyyy formalizan el contrato de gestión de servicio público de explotación del camping municipal, mediante concesión.

En la cláusula segunda del contrato y en la cuarta del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se establece un canon de explotación de 2.500 euros anuales, que se incrementará anualmente conforme al I.P.C. y que deberá abonarse anualmente y en las siguientes fechas: la primera, a la firma del contrato, y las sucesivas, antes del 20 de mayo del año correspondiente. El contrato (no el PCAP) prevé la posibilidad de revisión del precio en caso de acordarse la prórroga del contrato.

De acuerdo con la cláusula cuarta del contrato, "La duración del contrato de gestión del servicio público será de 5 años, con un máximo de quince años incluidas las prórrogas, en los términos establecidos en la cláusula quinta del pliego de condiciones adjunto como documento contractual". La citada cláusula quinta del PCAP establece:

"La duración del contrato de gestión del servicio público de explotación camping municipal, mediante la modalidad de concesión, será de cinco años.

»Podrán existir prórrogas de cinco años siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada. La duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga será de quince años.

»La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes".

El 10 de mayo de 2017 las partes suscriben un documento, denominado "Anexo" al contrato citado, en el que, tras manifestar "no hallarse ninguna de las partes en las causas de incapacidad o incompatibilidad para contratar en la normativa de contratación de las Administraciones públicas", acuerdan:

"La prórroga del contrato de gestión de servicio público de explotación del camping municipal de xxxx1 por un periodo de 5 años en las mismas condiciones que el contrato firmado con fecha 5-5-2012; en consecuencia la prórroga comenzará el día 11 de mayo de 2017 y finalizará el 10 de mayo de 2022.

»La presente prórroga estará condicionada al reconocimiento de la deuda que el adjudicatario tiene con este ayuntamiento por diversos conceptos y al cumplimiento de un plan de pago por esas deudas con estricta sujeción a las siguientes cláusulas [que se enumeran en el documento]”.

Dichas cláusulas se refieren:

1ª.- Al reconocimiento de una deuda del adjudicatario con el Ayuntamiento por un importe de 10.768,69 euros, a fecha 20 de febrero de 2017, en concepto de las tasas de agua y de basuras correspondientes a los periodos entre enero de 2011 y diciembre de 2016.

2ª.- Al compromiso del contratista para el pago de dicha deuda mediante la realización de un plan de pago, con los siguientes vencimientos e importes:

- Desde el 1 de junio de 2017 debe efectuar un pago mensual de “350 euros mínimo”, de tal forma que el 1 de junio de 2018 haya satisfecho la cantidad de 5.400 euros. “El impago de esta cantidad a fecha 1-6-2018 dará lugar a la resolución del contrato”.

- Desde el 1 de junio de 2018 debe realizar un pago mensual de 350 euros mínimo de tal manera que el 1 de mayo de 2019 haya abonado la cantidad de 5.400 euros. “El impago de esta cantidad a fecha 1-5-2019 dará lugar a la resolución del contrato”.

- El incumplimiento del plan de pago mensual “podrá dar lugar a la resolución del contrato si así lo acuerda el órgano de contratación”.

El contratista se compromete “al cumplimiento de las obligaciones de pago que se vayan generando a lo largo del periodo de prórroga obligándose fehacientemente a no generar más deuda añadida”.

Se contempla igualmente que la renta o canon de explotación anual permanece invariable y que “El incumplimiento del adjudicatario de sus obligaciones contractuales de pago durante el periodo de prórroga podrá dar

lugar a la resolución del contrato siempre que así lo acuerde el órgano de contratación”.

Segundo.- El 11 de enero de 2018 el Alcalde, ante “el incumplimiento reiterado en el pago de sus obligaciones” con el Ayuntamiento por el contratista, y “por si los hechos referenciados fueran constitutivos de causa de resolución” del contrato, solicita informe al secretario sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en relación con la resolución del contrato y dispone que se incorpore al expediente “el informe del Oficial Tributario de Recaudación de REGTSA [organismo autónomo de recaudación] en el que se pone de manifiesto el incumplimiento del adjudicatario”.

Tercero.- Obra en el expediente el informe del Oficial Tributario de Recaudación de REGTSA, de 10 de enero de 2018, en el que se señala que el 23 de mayo de 2017 se remitió al contratista el fraccionamiento de pago, por importe total de 11.090,88 euros, en el que se estableció un calendario de pago con 32 fracciones mensuales (que se adjunta al informe) y que el contratista solo ha abonado dos mensualidades (el 17 de junio y el 26 de julio de 2017), por lo que queda pendiente un importe de 10.390,88 euros. Y añade que “A partir de la fecha de la formalización del plan de pago se ha devengado nueva deuda por importe de 1.887,76 €, por lo que la deuda total es de 12.278,64 euros”.

Cuarto.- El 11 de enero el Secretario del Ayuntamiento emite el informe solicitado, en el que considera que concurren las causas de resolución previstas en las letras f) y b) del artículo 223 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): en cuanto a la primera, se ha producido un “incumplimiento en el pago de las obligaciones esenciales contractuales calificadas como tales en el documento de fecha 10 de mayo de 2017 Anexo al contrato, mediante el cual se activa la prórroga del contrato de gestión de servicio público de explotación del camping municipal de xxxx1 por un periodo de 5 años en las mismas condiciones que el contrato firmado con fecha 10 de mayo de 2012”; en cuanto a la segunda causa, “debido al incumplimiento reiterado durante un año y a los expedientes de apremio infructuosos del organismo autónomo de recaudación REGTSA, se puede alegar la insolvencia manifiesta del deudor”.

Quinto.- El 12 de enero de 2018 el Pleno del Ayuntamiento acuerda:

1.- Iniciar el procedimiento de resolución del contrato "por incumplimiento e insolvencia del contratista (...), lo que conllevaría la correspondiente incautación de la garantía, si la hubiere, y el resarcimiento de daños y perjuicios si no fuese suficiente la citada garantía".

2.- Dar audiencia al contratista y, en su caso, al avalista o asegurador.

3.- Recabar los informes municipales que sean precisos sobre las alegaciones que puedan presentarse y sobre la valoración de los bienes que puedan revertir al Ayuntamiento si se acordara la resolución del contrato.

Sexto.- Concedido trámite de audiencia al contratista, el 30 de enero presenta un escrito en el que manifiesta que no existen avalistas o aseguradores y alega:

- Que "el Ayuntamiento [le] obligó a firmar el acuerdo de reconocimiento de deuda si quería que el contrato de gestión del camping se prorrogara";

- Que estaba conforme en la deuda sobre "la tasa de recogida de basura", pero no en la relativa al "consumo de agua", ya que, al encontrarse el contador de agua alejado del camping, gran parte de ese consumo "se debe de manera importante a las diversas fugas que ha habido en la tubería que hay entre dicho contador y el propio camping", cuestión sobre la que presentó una reclamación ante el Ayuntamiento –que no se ha resuelto-, y que, dado que el Ayuntamiento no ha rectificado a la baja la deuda por el consumo de agua "para dejarlo en lo efectivamente consumido por el camping", ha optado por no abonar las cantidades a las que se había comprometido en tanto no se acuerde la corrección de la deuda.

Finalmente, realiza una valoración de los bienes de su propiedad que hay en el camping a los efectos de la posible reversión.

Séptimo.- El 6 de febrero el Secretario emite informe en el que se limita a señalar que “no se consideran suficientes las alegaciones presentadas para la paralización de la resolución del contrato”.

Octavo.- El 8 de febrero el Pleno acuerda desestimar las alegaciones por los siguientes motivos:

- En cuanto a la primera, se le ofreció el aplazamiento de pago para posibilitarle saldar su deuda, sin que se le obligara a firmar la prórroga.

- En cuanto a la segunda, “se comprueba que el contador de agua potable del camping, desde hace más de siete años, está instalado a escasos cuatro metros de la valla de la instalación”, por lo que la afirmación del contratista no se ajusta a la realidad.

- Y respecto a la valoración de los bienes, se descarta su reversión porque “no interesan al Ayuntamiento”.

Noveno.- Notificado dicho acuerdo al contratista, el 1 de marzo éste presenta alegaciones en las que indica que el Ayuntamiento ubicó el contador de agua junto a la valla del camping en noviembre de 2014 (anteriormente estaba a 250 metros de distancia), sin que cumpla los requisitos exigidos por el código técnico de edificación; que no se ha resuelto el conflicto relativo a la deuda por consumo de agua y que el Ayuntamiento no ha facilitado el mapa de aguas de la zona exterior del camping, que permita justificar el consumo y fugas de agua, y que el canon de explotación se ha abonado todos los años.

Décimo.- El 5 de marzo el arquitecto de la Mancomunidad de xxxx2 (a la que pertenece el Ayuntamiento) emite un informe en el que detalla la calificación urbanística y los datos catastrales del inmueble en el que se ubica el camping y manifiesta que no ha podido comprobar las instalaciones y el cumplimiento de la normativa vigente ni valorar las instalaciones y bienes del camping al no permitir el adjudicatario la entrada a éste.

Obra en el expediente otro informe del arquitecto, de 10 de marzo, relativo al contador del agua y su ubicación, en el que señala que tal contador “es el mismo que se colocó cuando se inauguró el camping, si bien anteriormente se encontraba en otra ubicación bastante alejada del camping,

habiéndose cambiado esta hace unos años para aproximarla al recinto del camping”. Y añade que el contador funciona correctamente en la actualidad y no ha sido preciso su sustitución o arreglo desde su puesta en funcionamiento.

Figuran asimismo los justificantes de ingreso del canon de explotación.

Decimoprimer.- El mismo 10 de marzo de 2018 se formula propuesta de resolución, en el sentido de resolver el contrato por incumplimiento reiterado del contratista de las obligaciones esenciales del contrato, como es el incumplimiento del plan de pago de la deuda pendiente, a que se condicionó la prórroga del contrato, incumplimiento que “puede continuarse y repetirse en el tiempo incidiendo negativamente en el interés público e incluso puede llegar, como no, a afectar al desenvolvimiento de la prestación del servicio”.

Decimosegundo.- Por escrito de la Alcaldía, de 12 de marzo de 2018, se suspende el plazo máximo para dictar y notificar la resolución.

Consta la notificación al contratista el 17 de marzo de 2018.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para su 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 TRLCSP (aplicable por razones temporales al procedimiento), 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.

Es cierto que el contratista manifiesta de forma expresa su oposición a la resolución del contrato, pero también lo es que sus alegaciones se dirigen a impugnar, no tanto la resolución, sino el importe de la deuda reclamada por la tasa de agua, que califica de excesiva y cuyo impago fundamenta la resolución contractual pretendida, y a indicar las causas, que atribuye al Ayuntamiento, que han ocasionado la indebida cuantificación de la tasa.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen, a efectos de determinar el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, la resolución del contrato administrativo de las consecuencias que se derivan de la resolución, como es la liquidación o las indemnizaciones consiguientes. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de enero y de 26 de marzo de 2012 consideran que debe entenderse que la oposición del contratista, que determina el dictamen preceptivo del órgano consultivo, se refiere a la propia resolución del contrato y no a los efectos de esta, de manera que si el contratista no formula oposición a la extinción del contrato por la causa invocada por la Administración, o si se llegara a un acuerdo sobre ésta, no concurre el supuesto que determina el carácter preceptivo del dictamen.

Conforme a la jurisprudencia y normativa citadas, la oposición expresa del contratista a la resolución del contrato en los términos señalados y la directa conexión entre sus alegaciones y la causa invocada por el Ayuntamiento determina la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo.

2ª.- El contrato se rige por el PCAP, el TRLCSP (aplicable al contrato de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 y 224 del TRLCSP y 109 del RGLCAP.

No obstante, se advierte una aparente confusión en el expediente, ya que mientras en el contrato se indica que el órgano de contratación es el Alcalde, en el encabezamiento del documento de formalización de la prórroga consta que el Alcalde actuaba "autorizado por Acuerdo de Pleno de fecha 28 de abril del año 2017", en los informes del Secretario del Ayuntamiento éste manifiesta que el órgano de contratación es el Pleno del Ayuntamiento (folios 9 y 26 del expediente) y el inicio del procedimiento y la desestimación de las alegaciones del contratista se han acordado por éste. Por ello, deberá clarificarse tal extremo antes de dictar la resolución que proceda.

Por otra parte, se advierte coincidencia de apellidos ("yyyy") entre el contratista y uno de los concejales del Ayuntamiento (que en el Pleno votó en contra del inicio del procedimiento de resolución y de la desestimación de las alegaciones del contratista). En el caso de que tal coincidencia derivara de la existencia de parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado entre ambos, debe recordarse que tal circunstancia constituye motivo de abstención previsto en el artículo 23.3.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y que, aunque "La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido", "La no abstención en los casos en que concurre alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda" (apartados 4 y 5 del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

4ª.- El artículo 211 TRLCSP, relativo al "Procedimiento de ejercicio", establece como trámites preceptivos para la resolución de un contrato la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. En el supuesto objeto de dictamen el procedimiento se ha ajustado a lo establecido en el citado precepto.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de gestión del servicio público del camping municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. yyyy.

La Administración consultante considera que concurre la causa de resolución del contrato establecida en el artículo 223.f) del TRLCSP, esto es, el

incumplimiento por el contratista de una obligación esencial del contrato prevista expresamente en el documento de formalización de la prórroga, como es el impago de las cantidades adeudadas en concepto de tasas por el consumo de agua y la recogida de basuras, durante los años de vigencia del contrato, vinculadas al funcionamiento del camping. También se alude, en la propuesta de resolución, a la insolvencia del contratista (artículo 223.b), al no haberse podido realizar el cobro de las deudas, ni en periodo voluntario ni en vía ejecutiva, por el organismo autónomo de recaudación.

Comenzando por esta última causa, la letra b) del artículo 223 exige "La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento". Dado que no consta que esta declaración se haya producido, no cabe apreciar que concurra tal causa de resolución por el simple impago de la deuda.

En cuanto a la primera causa invocada (prevista en la letra f) del artículo 223), en el documento de formalización de la prórroga se condiciona ésta al cumplimiento de un plan de pago de la deuda pendiente del contratista por los conceptos indicados, se fijan unos abonos mensuales y se prevé que la falta de pago de la cantidad de 5.400 euros a fecha 1 de junio de 2018 y de idéntica cuantía a fecha 1 de mayo de 2019 "dará lugar a la resolución del contrato". Igualmente se establece que el incumplimiento por el contratista del plan de pago mensual y de sus obligaciones contractuales de pago "podrá dar lugar a la resolución del contrato" si así lo acuerda el órgano de contratación.

Sobre la causa de resolución contractual prevista en el artículo 223, letra f), del TRLCSP, es reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999), del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo (por todos, dictámenes 1541/2011 o 115/2014), en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de tratarse de un 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 se patentice una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin que baste el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de

1985 o 14 de diciembre de 2001). Asimismo, respecto al incumplimiento como causa de extinción del contrato de gestión de servicios públicos el Tribunal Supremo ha declarado (Sentencia de 25 de septiembre de 1987) 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”.

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 medida”. 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”.

Conforme a dicha doctrina, la obligación de abono de los plazos parciales derivados de un plan de pago de las deudas tributarias del contratista, aunque estén vinculadas a la actividad propia del camping, no puede considerarse una obligación esencial del contrato de gestión del servicio público del camping, máxime cuando ni los pliegos, ni el contrato ni el documento de formalización de la prórroga la califican expresamente como tal (a diferencia del pago del canon de explotación, que sí se consideraría, por su propia naturaleza, como obligación esencial; en este caso, consta el abono del canon, aunque haya sido de forma tardía, por lo que no cabe calificarlo como incumplimiento).

En virtud de lo expuesto, no procede resolver el contrato por las causas alegadas.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el documento de formalización de la prórroga prevé de forma expresa como causa de resolución del contrato el incumplimiento de abonos parciales del plan de pago (a fechas 1 de junio de 2018 y 1 de mayo de 2019). Por ello, conforme a tal cláusula (que no se ha cuestionado por el contratista y que podría calificarse como condición resolutoria del contrato, amparada en los artículos 25.1 y 223.h) del TRLCSP en

relación con el artículo 1.113 del Código Civil), la falta de pago en las fechas mencionadas constituiría causa de resolución.

III CONCLUSIONES

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

No procede resolver el contrato de gestión de servicio público de explotación del camping municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. yyyy, por las causas invocadas por el Ayuntamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el cuerpo del dictamen.

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