



Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 31 de mayo de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato de gestión del Bar Restaurante y Piscina Municipal de xxxx*, 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 8 de mayo de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público del Bar-Restaurante y Piscina Municipal suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. 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 211/2018, 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. Ramos Antón.

**Primero.-** El Pleno del Ayuntamiento de xxxx, en sesión ordinaria celebrada el 29 de abril de 2015, aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que habrá de regir el concurso para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de gestión de servicio público del Bar-Restaurante y Piscina Municipal.

El 1 de julio de 2015 se formaliza el contrato entre el Ayuntamiento y Dña. yyyy.

**Segundo.-** Por Resolución de la Alcaldía de 20 de abril de 2017 se incoa el procedimiento de rescate de la concesión administrativa del servicio público de la piscina municipal, suscrito entre el Ayuntamiento y Dña. yyyy, por razones de interés público, al amparo de lo previsto en los artículos 286.b) y 287.2 y con los efectos previstos en el artículo 288.4 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). Tras la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, el 7 de julio se remitió a este Consejo propuesta de resolución de 28 de junio de 2017.

En el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 327/2017, de 28 de julio, se indicaba que procedía que se declarara la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, al haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 21.3 de la LPAC.

**Tercero.-** En Providencia de la Alcaldía de 12 de abril de 2018 se hace constar que "Vista la necesidad pública y notoria acreditada por parte de este Ayuntamiento (...), de que el uso de la Piscina Municipal redunde en el interés general, además de las peticiones manifestadas por los usuarios a tales efectos que por copia se adjuntan a la presente y abundando todo ello en el criterio seguido por este Ayuntamiento (...) en el ejercicio 2017 buscando siempre y en todo caso a la impecable dotación (sic) del servicio público de Piscina, Bar, Restaurante que en época estival se vuelve esencial en este Municipio de xxxx", se requiere a la Secretaría que emita informe en relación con la legislación aplicable y procedimiento a seguir "para llevar a cabo el rescate de la citada concesión administrativa".

Consta informe de la Secretaria del Ayuntamiento, emitido en la misma fecha, sobre el procedimiento de rescate de la concesión, en el que, además realiza consideraciones genéricas sobre un incumplimiento parcial de la prestación.

**Cuarto.-** Por Resolución de la Alcaldía de 13 de abril de 2018 se incoa procedimiento de rescate de la concesión administrativa del servicio público de la piscina municipal, suscrito entre el Ayuntamiento y Dña. yyyy, por razones de

interés público, al amparo de lo previsto en los artículos 286.b) y 287.2 y con los efectos previstos en el artículo 288.4 del TRLCSP.

**Quinto.-** Consta en el expediente la siguiente documentación:

- Escrito de la Alcaldesa del Ayuntamiento, de 11 de julio de 2017, dirigido a la contratista, con el siguiente contenido "Por medio de la presente le requerimos para que lleve a cabo la prestación inmediata del objeto del contrato Bar-Restaurante del recinto de la piscina municipal, ante la Comprobación que el mismo, no se está prestando en días laborales". (Existe una diligencia firmada a los efectos de acreditar la entrega de dicho escrito a la contratista el día 10 de agosto de 2017).

- Escrito de comunicación de diversas cuestiones relativas a la ejecución del contrato, fechado el 21 de julio de 2017.

- Tres escritos dirigidos al Ayuntamiento (al menos figura en el expediente remitido a este Consejo, en uno de ellos, sin perjuicio de que no consta fecha, la presentación en el Registro del Ayuntamiento el 9 de octubre de 2017) que cuentan con numerosísimas firmas, en los que se hace constar la insatisfacción y malestar de vecinos y veraneantes por "la imposibilidad de disfrutar durante todos los días, de los servicios de restauración de la Piscina Municipal, que se encuentra cerrada de lunes a viernes", solicitando al Ayuntamiento una solución.

- Escrito de la Asociación de Vecinos xxxx, registrado en el Ayuntamiento el 18 de abril de 2018, en el que expresa la inquietud de los vecinos, solicita copia del contrato y que no se vuelva a repetir la forma de apertura durante los meses estivales del bar-restaurant de la piscina pública.

- Requerimiento del Procurador del Común, de 30 de abril de 2018, en relación con un escrito de queja, en el que solicita al Ayuntamiento que se informe si el adjudicatario estaba obligado a la apertura del bar-restaurant de la piscina todos los días del mes de julio y agosto de 2017, y si observó alguna deficiencia y medidas adoptadas para lograr su efectivo cumplimiento. Que informe sobre si está prevista la apertura del bar restaurant de la piscina municipal durante los meses de julio y agosto de 2018 y en qué condiciones y, en caso contrario, exponga las razones por las cuales no se ha contemplado

esta obligación en el contrato, que aporte copia del contrato e informe sobre cualquier cuestión.

- Escritos de 27 de abril de la concesionaria en el que señala que "está dispuesta a llegar a un acuerdo", y de 9 de mayo de 2018 (posteriores, por tanto, al inicio del procedimiento de resolución contractual) en el que comparece la adjudicataria con la Alcaldesa y dos Tenientes de Alcalde "para intentar acuerdo en relación con la Gestión del Bar-restaurante piscina municipal".

**Sexto.-** Concedido trámite de audiencia a la adjudicataria, ésta presenta un escrito en el que señala, entre otras circunstancias, lo siguiente:

"Que no se hace especificación alguna ni se motiva de forma expresa, tal y como legalmente está previsto, la Resolución de Rescate que se pretende y ello porque únicamente se adjunta un pliego de firmas sin más explicación al respecto.

»No obstante lo anterior y en base a lo recogido en los tres únicos folios en los que aparecen datos personales y firmas de terceros, decir que en los mismos se hace referencia a los Servicios de Restauración de la Piscina Municipal, alegando un supuesto incumplimiento de los mismos.

»Pues bien, de la lectura del Pliego de Condiciones resultante de la Adjudicación de la Explotación de la Piscina Municipal a favor de la declarante, se deduce que no se ha producido incumplimiento alguno, pues nada se dice en los mismos al respecto del contenido del escrito de firmas antes indicado.

»Para mayor abundamiento, indicar que siempre se ha prestado, de forma diaria y con el mismo horario de apertura de la piscina, el servicio de venta de bebidas y alimentos en el quiosco de la piscina, sin que la prestación de tal servicio sea igualmente obligatoria según el citado pliego".

**Séptimo.-** Consta la remisión de un informe jurídico de la Secretaria del Ayuntamiento, en fecha 15 de mayo de 2018, (el informe en sí carece de fecha), en el que se indica que "es posible resolver el contrato por incumplimiento por parte del contratista del servicio de bar restaurante.

»El procedimiento a seguir para la resolución del contrato será el previsto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...) La resolución deberá acordarse por el órgano de contratación y exigirá el cumplimiento de los siguientes trámites: (...)

En el citado informe se indica que "es más favorable para el Ayuntamiento optar por la resolución del contrato que por el rescate del servicio. Una vez resuelto el contrato vigente, si el Ayuntamiento pretende gestionar directamente el servicio de piscina, deberá aprobar por acuerdo del Pleno el cambio de la forma de gestión del servicio (...). En cuanto al servicio de bar-restaurante de la piscina, éste deberá licitarse de conformidad con las normas y procedimientos de la LCSP".

Finaliza el informe con las siguientes conclusiones: "Primera. Es posible resolver el contrato por incumplimiento por parte del contratista del servicio de bar restaurante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 212.7 del TRLCSP. Segunda. Si se resuelve el contrato por incumplimiento del servicio de bar-restaurante, ello comporta la extinción de todo el contrato y, por tanto, también del servicio de piscina, sin que sea necesario, pues, proceder a su rescate".

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

**Octavo.-** El 28 de mayo de 2018 se remite a este Consejo propuesta de resolución de la Alcaldía, fechada el 25 de mayo de 2018, en la que propone:

"Resolver el contrato de Gestión del Servicio público Bar-Restaurante Piscina municipal (...) por causa de incumplimiento contractual imputable a la contratista subsumible en el artículo 212.7 del TRLCSP que dice literalmente: "Cuando el contratista por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones incluidas en el contrato (cual fue la obligación esencial del mismo de mantener abierto el Bar-Restaurante los días laborales temporada estival 2017) la Administración podrá optar indistintamente por su resolución...

»Resolución por tanto por incumplimiento parcial o defectuoso del contrato. Causa de resolución reproducida en el actual artículo 192.2 de la LCSP.

»Resuelto el contrato por incumplimiento por parte del contratista (...) ello comporta la extinción de todo el contrato también el Servicio de Piscina, sin que sea necesario proceder a su rescate”.

## **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 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), 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.-** 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.

El procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la

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 cuarta de la LCSP.

En tanto que no se produzca el desarrollo reglamentario de la Ley, previsto en el artículo 212.1 de la LCSP, resultará de aplicación al procedimiento lo dispuesto en el RGLCAP.

El artículo 109 del RGLCAP, sobre el procedimiento para la resolución de los contratos, establece:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista (...) y cumplimiento de los requisitos siguientes:

»a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

»b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

»c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

»d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

»2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

Finalmente, a diferencia de la regulación anterior que no establecía un plazo específico de duración del procedimiento, el artículo 212.8 de la LCSP, determina que el plazo máximo en el que estos procedimientos deberán ser instruidos y resueltos es de ocho meses.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

**3ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de gestión del servicio público del Bar-Restaurante y Piscina Municipal suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. yyyy.

En relación con el procedimiento tramitado deben realizarse varias advertencias. Así, cabe recordar al Ayuntamiento que una adecuada instrucción del procedimiento es necesaria tanto para la correcta satisfacción del interés público afectado, como para la defensa de los derechos de los interesados.

La Administración Pública, como indica el artículo 103.1 de la Constitución, sirve con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Con carácter previo, hay que señalar que no consta en el expediente remitido a este Consejo que se haya dictado resolución declarando la caducidad del procedimiento anterior de rescate de la concesión, tramitado por la Administración, que fue objeto del Dictamen 322/2017 de este Consejo.

De conformidad con el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, señalando en el párrafo segundo que "En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables".

Asimismo, el artículo 25 de la LPAC, respecto a los procedimientos iniciados de oficio, dispone que "(...) el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: (...).



»b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.

Por lo que afecta a la cuestión examinada, es preciso poner de manifiesto que si bien la Administración en un primer momento acuerda iniciar un procedimiento de rescate de concesión (que ha de obedecer necesariamente a razones de interés público para la gestión directa del servicio, en el que los efectos de la resolución contractual determinan la indemnización al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, en los términos previstos en el artículo 288.4 del TRLCSP), sin embargo posteriormente propone y es voluntad de la Administración consultante la resolución del contrato por incumplimiento del concesionario, lo cual conlleva unos efectos claramente diferentes y más onerosos para el contratista.

El procedimiento a seguir para la resolución contractual tanto para el supuesto de rescate de la concesión por la Administración como para la resolución del contrato por incumplimiento es el mismo. Ahora bien, no cabe duda de que, a pesar de que en el acuerdo de inicio del procedimiento se aduce el incumplimiento de la contratista indirectamente y sin la argumentación necesaria en este tipo de procedimientos, esta circunstancia produce indefensión al contratista.

El acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato debe resultar suficientemente fundado a los efectos de no provocar indefensión al contratista, y debe establecer cuál sea la causa de resolución invocada de entre las contempladas legalmente, así como los posibles efectos de la resolución contractual.

En el caso de resolución contractual imputable al contratista, en el supuesto de que se proponga la incautación de la garantía, deberá concederse trámite de audiencia al avalista o asegurador, tal y como señala el artículo 109 del RGLCSP (no obstante, en la cláusula decimotercera del PCAP se prevé la constitución de garantía definitiva mediante ingreso en cuenta bancaria).

El trámite de audiencia al concesionario debe realizarse con plenas garantías.

Por otro lado, la propuesta de resolución carece de la debida separación de antecedentes de hecho y fundamentos de derecho y de la necesaria motivación exigible; no se pronuncia sobre las alegaciones formuladas por el concesionario y, pese a proponer la resolución del contrato por incumplimiento, tampoco se pronuncia sobre la procedencia de la incautación de la garantía definitiva o sobre los efectos de la resolución contractual.

En virtud de lo expuesto, puede concluirse que deben retrotraerse las actuaciones a los efectos de que se practiquen los actos de instrucción necesarios, se formule un nuevo acuerdo de inicio suficientemente fundado, cuyo contenido cumpla con todas las garantías exigibles, y previos los actos de instrucción precisos, se dé traslado de las actuaciones al concesionario, a los efectos de que pueda formular las alegaciones y aportar los medios de prueba que estime procedentes. Resulta también obligada la emisión de un informe por la Secretaría y la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, previo a la nueva propuesta de resolución suficientemente fundada que debe formularse.

En cuanto a la causa de resolución alegada por la Administración consultante -esto es, el incumplimiento del contratista-, se realizan las siguientes consideraciones:

El artículo 115.2 del TRLCSP dispone que "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo".

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".

Sobre esta cuestión, en el ámbito de la contratación civil, el artículo 1124 del Código Civil señala que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

El Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene 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".

Ahora bien, es preciso que el incumplimiento del concesionario se acredite en función de lo expresamente pactado en el contrato administrativo, y conviene precisar que la carga de la prueba de los incumplimientos corresponde a la Administración.

En el expediente examinado no existe ninguna mención respecto de la concreta cláusula o documentación contractual de la que derive el incumplimiento que se imputa al contratista, referido a la no prestación del servicio de bar y restaurante a diario (y no solamente los fines de semana). Ni en el acuerdo de iniciación, ni en los informes de secretaría, ni en la propuesta de resolución consta una argumentación suficiente en orden a acreditar el incumplimiento contractual imputado al concesionario.

De acuerdo con la cláusula primera, el objeto del contrato: "la gestión del servicio público de bar-restaurante piscina municipal, cuya codificación es: Explotación del Servicio público de Bar-Restaurante y Piscina Municipal en su caso, temporada estival (mínimo 1 de julio-31 de agosto del ejercicio en curso)". La cláusula quinta establece que la duración será de cinco años con posibilidad de prórroga. La cláusula cuarta que "el presupuesto base de licitación será de 500

euros Bar-Restaurante y 1000 Bar-Restaurante Piscina Municipal". La cláusula séptima, respecto al sobre B, indica en la proposición económica "enterado del expediente para la contratación de la gestión del servicio público del Bar-restaurante temporada estival (1 de junio-30 de septiembre del año en curso) en todo caso, prevaleciendo en todo caso (sic) aquel empresario que se comprometa a gestionar la Piscina Municipal temporada estival (...)". Finalmente, la cláusula decimosexta, referente a los derechos y obligaciones, señala como obligaciones del contratista: "prestar el servicio con la continuidad convenida (...)".

No cabe duda de que la Administración debería haber sido más diligente en la concreción de los extremos de la prestación; no obstante, la actividad contractual debe desenvolverse con arreglo al principio de buena fe, con garantía de la tutela del interés público.

Por otro lado, si bien este Consejo no prejuzga el fondo del asunto, sí deduce de los escritos presentados por los particulares que el concesionario ha venido prestando durante varias temporadas el servicio de bar-restaurante a diario, ya que la ejecución del contrato empieza en el año 2015 y las quejas lo son sólo respecto del año 2017, circunstancia ésta que deberá adverbarse de modo suficiente en el procedimiento.

Sobre esta cuestión, también procede, a la hora de interpretar los contratos administrativos, acudir a los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil.

Además de la interpretación literal, lógica o sistemática del clausulado del contrato, puede acudirse a lo dispuesto en el artículo 1.282 del Código Civil, según el cual: "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato".

Los actos coetáneos y los posteriores a la celebración del contrato pueden resultar determinantes para comprobar cómo las partes vienen a entender lo convenido y tales actos suponen, dada la buena fe contractual que debe predicarse en el desenvolvimiento del contrato, una expresión de la sujeción a actos propios.

La buena fe contractual exige que las partes en el contrato no puedan desconocer las obligaciones contractuales pactadas, cuando su voluntad se expresa y confirma con sus propios actos.

Sin perjuicio de lo señalado, será precisa una adecuada instrucción del procedimiento que pruebe, en su caso, debidamente, el incumplimiento contractual imputado por la Administración al concesionario y su relevancia, así como que se dé la oportunidad al concesionario de alegar y probar todo lo que convenga a su derecho.

### **III CONCLUSIONES**

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

En el actual estado de tramitación, no procede emitir dictamen en el procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público del Bar-Restaurante y Piscina Municipal suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. yyyy.

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