

**DICTAMEN N° 125 /2011**

**Materia sometida a dictamen:** Resolución del contrato para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público “Complejo Municipal Moli de L’Hereu” suscrito por el Ayuntamiento de Rafales (Teruel).

**ANTECEDENTES**

**Primero.-** Con fecha 20 de septiembre de 2011 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo del día 27 de septiembre), el Consejero de Política Territorial e Interior, remite a este Consejo Consultivo una documentación enviada por el Ayuntamiento de Rafales (Teruel), relativa a la Resolución del contrato administrativo de servicios motivado por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público “Complejo Municipal Moli de l’Hereu”, para la emisión del correspondiente Dictamen.

Previamente a ello, y por escrito de 1 de septiembre de 2011, con registro de entrada en el Gobierno de Aragón de 19 de septiembre de 2011, el Alcalde de Rafales había hecho llegar al Consejero mencionado en el párrafo anterior, la documentación pertinente con el ruego de que la enviara al Consejo Consultivo para la emisión del correspondiente dictamen.

**Segundo.-** En el expediente remitido, que no está ordenado ni foliado y en el que se aprecia la ausencia de un documento contractual importante, como es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, permite apreciar lo siguiente:

a) Con fecha 15 de agosto de 2004, se suscribió un “contrato administrativo de adjudicación de la gestión indirecta mediante concesión del servicio público: “complejo municipal Moli de l’Hereu”. La empresa signataria del contrato, TRM S.L., se obligaba por este contrato a gestionar el “Complejo Municipal Moli de l’Hereu” (compuesto al menos por un hotel y un museo según se deduce de algunas cláusulas del contrato) por un canon de arrendamiento de 12.000 euros más el IVA /año, pagaderos a meses vencidos. El canon se incrementará anualmente teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumo. El plazo de ejecución era de 25 años a partir de la firma pudiendo ser prorrogado por dos períodos anuales por mutuo acuerdo de las partes

b) El siguiente documento (temporalmente hablando y según el criterio cronológico de ordenación de la dispersa documentación existente en el expediente que adopta este Consejo Consultivo) es una certificación del Secretario del Ayuntamiento acreditativa de que el Ayuntamiento Pleno, el día 12 de enero, y ante el incumplimiento de pagos del concesionario, adoptó el acuerdo de rescindir el contrato administrativo comunicándoselo a la empresa indicada y a la vez requiriéndola a que abonara la cantidad e 27.373,814 euros.

c) Existe en el expediente una fotocopia de una comunicación de la empresa al Ayuntamiento, de fecha 29 de enero de 2009, en la que el concesionario le comunica que mediante el pago de distintas facturas se ha totalizado la deuda mencionada en el punto anterior.

d) Existe en el expediente una notificación de 21 de marzo de 2011 a la empresa en la que se le requiere al pago de 6.628,68 euros correspondientes al alquiler del hotel durante los meses de octubre de 2010 a febrero de 2011. Sobre ello existe un informe de la Secretaría, fechado el 4 de abril de 2011, indicando que eso puede constituir una infracción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (que, recordemos, no se ha enviado a este Consejo) y, en consecuencia, “podría suponer un incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales y expresamente establecidas en el contrato”.

e) A la vista de lo anterior el Alcalde requiere al Secretario para que emita informe sobre el procedimiento para la resolución del contrato, lo que éste hace el 11 de abril de 2004 señalando la legislación aplicable al contrato (que sería el Texto Refundido de la Ley de Contratos de

las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en función de lo previsto por la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de septiembre, de Contratos del Sector Público) si bien no indica el apartado concreto que dentro del art. 111 TRLCAP sería aplicable al supuesto que nos ocupa.

f) Consta en el expediente certificación del Secretario acreditativo que el Ayuntamiento pleno, en sesión de 18 de abril de 2011 adoptó el acuerdo de:

“PRIMERO.- Incoar procedimiento de resolución del contrato administrativo de adjudicación de la gestión indirecta mediante concesión del servicio público “complejo municipal Moli de l’Hereu”, lo que conllevaría la correspondiente incautación de la garantía y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía.

SEGUNDO.- Conceder al contratista, conforme dispone el artículo 109.1.a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), un plazo de audiencia de 10 días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de este acuerdo, para que alegue a lo que en su derecho convenga, presentando los documentos y justificantes en defensa de su postura. La no presentación de alegación alguna en el plazo concedido se interpretará como no oposición a la resolución del contrato.

TERCERO.- Conceder audiencia al avalista o asegurador, en el mismo plazo señalado en el punto segundo de esta resolución”.

g) Con fecha 11 de julio de 2011 el Secretario informa “al órgano de contratación” distintas cosas y, entre ellas, que la deuda que la empresa mantenía con el Ayuntamiento el 4 de abril de 2011 ascendía a la cantidad de 8.553,59 euros y que, con posterioridad, se han producido los siguientes pagos:

“Que el día 26-04-2011 se ingresó en la cuenta CAI del Ayuntamiento de Ráfales la cantidad de 1.310,49 en concepto de alquiler mes de Octubre de 2010.

Que el día 5-05-2011 se ingresó en la cuenta CAI del Ayuntamiento de Ráfales la cantidad de 1.310,49 en concepto de alquiler mes de Noviembre de 2010.

Que el día 1-7-2011 se ingresó en la cuenta CAI del Ayuntamiento de Ráfales la cantidad de 1.310,49 en concepto de alquiler mes de Enero de 2011.

Que el día 1-7-2011 se ingresó en la cuenta CAI del Ayuntamiento de Ráfales la cantidad de 1.310,49 en concepto de alquiler mes de Febrero de 2011”.

Por lo que el Secretario informa que ese día se encuentran pendientes de pago por alquileres un total de 6.707,26 euros y por arbitrios 567,87 euros.

h) El Alcalde, por informe de 4 de julio de 2011 (tiene que ser un error, pues el informe del Secretario es de 11 de julio) a la vista de lo anterior “y por si los hechos referenciados fueran constitutivos de causa de resolución por incumplimiento imputable al contratista” solicita informe sobre el procedimiento a seguir para la resolución del contrato.

i) Consta en el expediente remitido que el Pleno celebrado el día 18 de julio de 2011, tomó un acuerdo de resolución contractual semejante en contenido al que anteriormente se ha reproducido de fecha 18 de abril de 2011.

i) Aparece en el expediente un escrito de una persona en representación de la empresa concesionaria fechado el 4 de agosto de 2011 en el que reconoce la deuda de 6.707,26 euros por alquileres y 587,87 euros por arbitrio que no ha podido abonar “debido principalmente a la situación general del país y a otras circunstancias”. Pero señala que “debido a que con motivo de las vacaciones de verano se ha revitalizado el sector” se compromete en firme a abonar, por medio del presente escrito, las cantidades que se señalan a continuación y en los plazos que se indican:

“15 de agosto.....la mitad de la deuda.....3.553,63 euros.

31 de agosto.....la otra mitad.....3.553,26 euros.

22 de agosto.....los arbitrios municipales.....563,87 euros”.

Y añade, además, que “en lugar de optar directamente por la resolución del contrato, se proceda por este ayuntamiento a la tramitación de un expediente para la imposición de sanciones por la demora en el pago”.

**Tercero.-** Consta en el expediente acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 1 de septiembre de 2011 en el que se establece “la siguiente propuesta de resolución para su dictamen por el Consejo Consultivo:

Resolver el contrato administrativo de servicios motivado por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 112 g) y concordantes 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 y artículo 109 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

## CONSIDERACIONES JURIDICAS

### I

La Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón dispone en su artículo 13.2 que “los entes locales, en los supuestos en los que la ley exija dictamen del Consejo Consultivo, cursarán su solicitud de dictamen por medio del Consejero que tenga atribuida la competencia en materia de Administración local”.

Y en relación a la resolución de contratos se dice en el art. 15. 8 de la Ley 1/2009 que el Consejo Consultivo de Aragón emitirá dictamen preceptivo en los casos de:

“Interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista, y en las modificaciones de los contratos, cuando su cuantía conjunta o aisladamente sea superior a un 20% del primitivo contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 euros”.

Es claro que en este supuesto se ha producido oposición del contratista a la voluntad resolutoria del Ayuntamiento, lo que hace necesaria nuestra intervención antes de que se produzca la terminación del procedimiento administrativo por parte del Ayuntamiento.

En cuanto a la atribución orgánica, resulta competente la Comisión del Consejo Consultivo en función de lo indicado en el artículo 20, en su relación con el artículo 19, de la misma Ley 1/2009.

## II

En primer lugar debemos referirnos a las consideraciones de orden formal que se deducen de los distintos documentos que integran el expediente remitido. Tal y como se ha constatado en los antecedentes, el expediente que se nos ha hecho llegar no está foliado ni ordenado, y en el mismo falta un documento contractual fundamental como es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (al que se hace referencia en distintos documentos) que en su momento sirvió para la correspondiente licitación y que en los términos de la legislación contractual forma parte del contrato. No obstante ello, existen suficientes elementos en la documentación remitida como para que pueda emitirse nuestro Dictamen.

En otro orden de cosas cabe constatar que la actuación del Ayuntamiento ha seguido los parámetros de un procedimiento administrativo garantizador, mediante la emisión previa de informes por parte del Secretario del Ayuntamiento y habiéndose procedido al trámite de audiencia al interesado, en el que la representación de la empresa contratista ha razonado sobre la causa de sus retrasos (que centra en la crisis económica y en otras circunstancias), por lo tanto ha hecho constar su oposición a la resolución contractual y ha manifestado su voluntad de continuar el contrato, ofrecido una solución económica a muy corto plazo que supone el abono de todas las cantidades adeudadas y sugerido, incluso, la posibilidad de que el Ayuntamiento procediera a imponerle penalidades por el retraso en los pagos en lugar de optar por la vía resolutoria.

Debe indicarse, por último, que efectivamente y tal y como lo ha decidido el Ayuntamiento de Rafales es aplicable el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dada la

fecha del contrato (15 de agosto de 2004) y lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

### III

Y pasando a las cuestiones de fondo y en relación a la propuesta municipal de resolver el contrato administrativo de concesión del servicio por incumplimiento de una de las obligaciones esenciales de éste (cfr. art. 111 g) TRLCAP), el pago del canon de 12.000 euros anuales más IVA, fijado en 2004 y canon revalorizable en función de la evolución del Índice General de Precios al Consumo, es de advertir lo siguiente:

a) Que la falta de pago es una condición esencial de un contrato como el que se nos presenta.

b) Y que lo es en función de los términos lógicos del contrato que se nos ha puesto a nuestra disposición y ello aun cuando no podamos consultar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que no se nos ha enviado, bastando con las correspondientes cláusulas del contrato de 15 de agosto de 2004.

Ahora bien, y en el caso de la falta de pago del canon, no se puede hacer una aplicación mecánica y sin atención a las circunstancias que en cada caso operen acerca del cumplimiento o incumplimiento, real, de tal obligación con los efectos anudados a la misma tal y como se relaciona en el artículo 111 g) del TRLCAP. Lo que sí que es claramente advertible en la documentación recibida, es que el concesionario, con determinados retrasos, viene cumpliendo regularmente con su obligación de pago desde el año 2004, y que los problemas han comenzado (entendiendo la palabra problemas en relación a los retrasos de varios meses en el pago) en el año 2009. Pero aun desde ese momento el canon ha ido siendo abonado contando con los retrasos indicados. Incluso en el trámite de audiencia a interesados que se ha abierto a finales de julio de 2011, el interesado ha ofrecido una fórmula de pago que se realizaría en quince días del mes de agosto de 2011 quedando todas las deudas existentes en ese momento (de un poco más de 6.000 euros, equivalente a algo menos de la mitad del canon anual) canceladas. Las razones relativas a la crisis económica –como justificadora del retraso- y la revitalización, en verano, del trabajo del hotel – como justificador de la posibilidad de pago, lo que se refuerza porque en el mes de julio se han

pagado varias mensualidades de las debidas- son enteramente razonables. El consiguiente ofrecimiento de pagar las penalidades por demora que procedieran, informa de la buena voluntad del concesionario que debería ser integrada en el proceso de formación de la voluntad definitiva del Ayuntamiento que nos ha hecho llegar la propuesta de resolución contractual.

Porque, evidentemente y aun cuando el TRLCAP no indique más precisiones sobre el particular (que podrían encontrarse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible. Tratándose, como se trata, de un pago, nunca podría pensarse en que basta la mera ausencia del abono de una mensualidad para habilitar ya a la Administración a proceder a la resolución contractual y sin embargo, en términos literales, naturalmente que había existido la ausencia de una obligación esencial. Al contrario, esa falta de pago debe extenderse en el tiempo, dar lugar a una sensación de ausencia de pago y, además, de falta de la voluntad de pagar en cualquier caso y circunstancia, todo ello manifestado y probado en un comportamiento lineal y sin excepciones. En el caso presente es advertible que en modo alguno se ha producido un “abandono” de las obligaciones propias de la concesión que conduzca irremisiblemente a la Administración concedente a la convicción de que no van a poder cumplirse los objetivos de interés público que presidieron, en su momento, la decisión de licitar el contrato y, en concreto, el contrato que nos ocupa.

Las circunstancias de la ejecución del contrato son las que deben de llevar a la convicción de que el contratista ha incumplido reiteradamente sus obligaciones y que, además, en modo alguno muestra la voluntad de reintegrarse al pacífico ejercicio de sus obligaciones y derechos contractuales. En la mayor parte de las ocasiones y tratándose del incumplimiento de la obligación de pago, la propuesta del Ayuntamiento de proceder a la resolución contractual podría estar mucho mejor justificada si fuera acompañada de advertencias e intimaciones previas, incluso de la imposición de penalidades como las que sugiere el contratista y que, suponemos, estarán previstas en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que no se nos ha hecho llegar.

Lo que sí es advertible en el supuesto que nos ocupa es una firme convicción del Ayuntamiento (mostrada en distintos acuerdos de pleno adoptados durante 2011) de proceder, sin más, a la resolución sin intentar antes la imposición de penalidades y sin valorar, tampoco, los pagos sucesivos que se van haciendo del canon fijado aun cuando, ello es evidente, con cierto retraso.



Por todo ello pensamos que no se ha evidenciado en el expediente remitido que se haya alcanzado, ya, el estado de incumplimiento de las obligaciones esenciales a que se refiere el artículo 111 g) TRLCAP y que el Ayuntamiento debería valorar los pagos que siguen produciéndose, aun con retraso, y el ofrecimiento de liquidar la deuda por parte del contratista en la forma en que aparece en su comparecencia en el trámite de audiencia a los interesados. Y en el marco de todo ello, valorarse también la posibilidad de imposición de penalidades en la forma en que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares lo permita.

Es evidente que nuestra opinión se emite en un concreto momento temporal, seguido al envío de una documentación en septiembre de 2011, justo algo más de un mes después de que se haya procedido al abono de varias mensualidades y al ofrecimiento de cancelar en quince días el resto de lo que se debe. En otras circunstancias temporales, con un previo comportamiento municipal como el que se indica en estas páginas y una reiteración en los retrasos en el pago del canon debido, nuestra opinión podría variar. Son las circunstancias concretas del supuesto y no, insistimos, una mecánica y literal interpretación de las normas, sin el adecuado marco de sucesivos que debe valorarse, las que deben conducir, con plena seguridad jurídica, a concordar en una conclusión tan radical como es la de la resolución de un contrato con todas las consecuencias anexas, además, a tal resolución.

En mérito a lo expuesto, la Comisión del Consejo Consultivo de Aragón emite el siguiente DICTAMEN:

Que en disconformidad con la propuesta del Ayuntamiento de Ráfales, no procede apreciar en este momento la concurrencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato a que se refiere el artículo 111 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que, por lo tanto, no procede adoptar la resolución del contrato administrativo para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público “Complejo Municipal Moli de L’Hereu” suscrito por el Ayuntamiento de Ráfales (Teruel)”.

En Zaragoza, a ocho de noviembre de dos mil once.