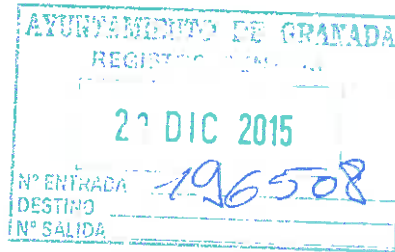




CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA



JUNTA DE ANDALUCIA	
S	Consejo Consultivo de Andalucía
L	201531600002153 22/12/2015
D	Registro General HORA
A	Servicios Centrales 10:09:11
Granada	

ASUNTO: Expediente sobre resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal Periodista Antonio Prieto.

Se remite, con devolución de copia del expediente, dictamen aprobado por unanimidad por la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, **en el plazo de 15 días desde la adopción de la resolución consultada**, ésta se comunicará al Consejo Consultivo.

Si, posteriormente, se siguiese algún proceso judicial sobre este mismo asunto se ruega la remisión a este Consejo de la copia de la sentencia judicial que en el mismo recaiga.



Granada, 21 de diciembre de 2015
EL PRESIDENTE

Fdo. : 

EXCMO. SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE GRANADA.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

DICTAMEN Nº 871/2015

OBJETO: Expediente sobre resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal Periodista Antonio Prieto.

SOLICITANTE: Ayuntamiento de Granada.

Presidente:

[Redacted]

Consejeras y Consejeros:

[Redacted]

Secretaria:

[Redacted]

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2015, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 27 de noviembre de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen realizada por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.11 y al amparo del artículo 22, párrafo segundo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo segundo, de la citada Ley, la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la Comisión Permanente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el plazo para su emisión es de quince días.

Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes fácticos:

1.- Tras la tramitación del oportuno expediente, el 5 de diciembre de 2012, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada adjudicó a la entidad UTE: Serviocio, Cultura, Deporte y Recreación, S.L. (Serviocio, S.L.)/CG&Frai 2, S.L. el contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto", por un periodo de 25 años desde la formalización del contrato.

El contrato se formalizó en documento administrativo el 26 de diciembre de 2012.

2.- El 18 de septiembre de 2015, el Responsable de Control de Gestión de Contratos emitió informe, del que destacamos sus conclusiones:

«Mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 5 de agosto de 2015 se incoó un procedimiento para imposición de una penalidad por valor de 5.000 euros, a Serviocio Granada, S.L., con C.I.F. nº B70352661, concesionaria de Contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, relativo a la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto".



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»La causa de la incoación de tal procedimiento es el incumplimiento por parte de la concesionaria de la obligación de ingreso de cuantías correspondientes al canon concesional.

»En efecto, en el informe del Gerente de la Agencia Tributaria de fecha 31 de julio de 2015 que dio origen a tal procedimiento se constata la existencia de los siguientes impagos trimestrales:

»- 1 de octubre de 2013 a 31 de diciembre de 2013 con un importe por la deuda principal de de 44.739,18 euros y con recargo e intereses de demora de 46.976,14 euros.

»- 1 de julio de 2013 a 30 de septiembre de 2013 con un importe por la deuda principal de de 56.250,00 euros y con recargo e intereses de demora de 59.062,50 euros.

»- 1 de enero de 2014 a 31 de marzo de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 70.684,07 euros.

»- 1 de abril de 2014 a 30 de junio de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 69.502,77 euros.

»- 1 de julio de 2014 a 30 de septiembre de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 69.139,89 euros.

»- 1 de octubre de 2014 a 31 de diciembre de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 59.180,63 euros.

»- 1 de enero de 2015 a 31 de marzo de 2015 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 59.180,63 euros.

»En total las cantidades acumuladas de impago desde que se inició la concesión implican una cuantía de 433.726,63 euros.



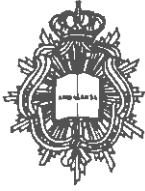
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Mientras que los pagos se han limitado a un ingreso mediante depósito previo de 56.250 euros. Y un pago correspondiente al segundo trimestre del 2013 por importe de 56.250 euros. Con una cuantía total de 112.500 euros.

»La naturaleza de la imposición de penalidades en el ámbito de la contratación administrativa no se identifica con el ejercicio de la potestad sancionadora, cuyos principios y procedimiento de imposición vienen regulados por Título IX, en sus Capítulos I y II, artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

»La penalidad en la contratación administrativa se conceptúa como una pena convencional de carácter sancionador reconocida en el seno de una relación contractual de supremacía especial y no general, que como tal habrá de regirse por las normas reguladoras de las obligaciones y, en especial, de los contratos sinalagmáticos.

»De forma unánime, doctrina y jurisprudencia consideran que la penalidad administrativa participa de la naturaleza de la pena convencional regulada en el art. 1.152 del Código Civil, definida como "una convención principal, que se integra por la promesa de realizar una prestación ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido" (T.S.-S. de 17 de octubre de 1957) o como "la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero que el obligado se compromete a satisfacer (Y) en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación. Por ejemplo, el contratista se obliga a pagar una suma de dinero por cada día que retrase la entrega de la obra



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

que se obligó a construir.” ([REDACTED] Sistema de Derecho Civil, Vol.II).

»En definitiva, la imposición de penalidades pretende coadyuvar al contratista para el cumplimiento del contrato. En ese sentido el artículo 212.7 del Texto Refundido de la ley de contratos del sector público señala que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

»Ahora bien, una vez comunicado el decreto antedicho y transcurrido el plazo señalado en el mismo para que se procediera a la realización de alegaciones o justificaciones por parte de la contratista, no se ha procedido por parte de la misma a cuestionar la realidad de los hechos descritos en el procedimiento o bien a justificar que se ha procedido al pago y a la puesta al día o actualización en el pago del canon concesional. Así el informe de la Agencia Tributaria de fecha 23 de septiembre señala que desde el día de 31 de julio de 2015, fecha de su anterior informe, no se ha ingresado cuantía alguna de los cánones debidos.

»La cuestión estriba en determinar si el uso de los instrumentos que el legislador ha puesto en mano de la Administración en forma de penalidades para impulsar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista va a conseguir los efectos que se pretenden o bien debería acudir a otros procedimientos. A la vista de la ausencia de actividad de la sociedad contratista en orden a corregir su actuación



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

ingresando la creciente suma correspondiente al canon impagado, incluso conociendo la existencia de un procedimiento de imposición de penalidad contractual en marcha, permiten cuestionar seriamente que la imposición de penalidades de 5.000 euros, impulsen a la empresa al pago de cuantías del orden de 225.000 euros.

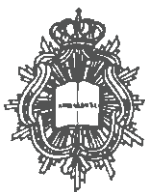
»Ello lleva a plantearse la necesidad de iniciar un procedimiento de resolución contractual que, aunque desde luego, se trata de un procedimiento excepcional y al que por supuesto debe acudir en última instancia, su utilización puede ser deseable a la vista de la necesidad de preservar el interés público cuya persecución debe alumbrar en todo momento la actuación de la Administración Pública. Se trata de ultimar la extinción de una concesión para, en última instancia, licitar un nuevo procedimiento que sustituya a un contratista incumplidor por otro que ejecute el contrato en las condiciones definidas en la licitación.

»Con respecto a las causas de resolución del presente contrato concurren las siguientes:

»Primera.- La comisión por el concesionario de uno o más incumplimientos de los calificados como muy graves por el punto 22 de este anexo, facultarán al Ayuntamiento de Granada a resolver el contrato si así lo estima oportuno.

»Segunda.- El impago de dos o más trimestres consecutivos del canon concesional.

»Y ello en aplicación de lo establecido en la cláusula 19 del anexo 1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la letra h) del art. 223 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Con respecto a la primera causa hay que tener en cuenta que el impago de los cánones concesionales acreditados en el informe del Gerente de la Agencia Tributaria de fecha 31 de julio de 2015 se configuran como actuación considerada como muy grave en la cláusula 23.1 párrafo cuarto del PCAP que señala como tal: *El incumplimiento de las condiciones ofertadas que sirvieron de base para la adjudicación. En particular se consideran incluidas dentro de éste apartado la oferta indicada por el licitador en cuanto a los aspectos tenidos en cuenta para los criterios de valoración de las proposiciones, y en particular cualquier minoración en la prestación del servicio respecto de la indicarla en la oferta en esos aspectos.*

»Debe recordarse que uno de los criterios de adjudicación que se tuvieron en cuenta para la adjudicación del presente contrato se determinaba en la cláusula 18 del PCAP como criterio evaluable de forma automática y en concreto se establecía la licitación al alza sobre un canon tipo mínimo de 100.000 euros al año, pudiéndose otorgar una puntuación de hasta 50 puntos.

»La concesionaria obtuvo en este apartado la puntuación máxima, es decir 50 puntos, ofertando un canon por importe de 225.000 euros.

»Es por ello que, con el impago del citado canon, se ha incumplido una de las condiciones ofertadas que sirvieron de base para la adjudicación. Se trata de un incumplimiento de una oferta indicada por el licitador en cuanto a los aspectos tenidos en cuenta para los criterios de valoración de las proposiciones, por lo que se tipifica el mencionado incumplimiento como penalidad muy grave y por ende se incurre en una de



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

las causas de resolución señaladas en la cláusula 19 del anexo 1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares.

»- El impago de dos o más trimestres consecutivos del canon concesional.

»En relación a la segunda causa de resolución, es decir el impago de dos o más trimestres consecutivos del canon concesional, en el informe del Gerente de la Agencia Tributaria de fecha 31 de julio de 2015 se acredita que se han impagado los siguientes trimestres consecutivos.

»-1 de julio de 2013 a 30 de septiembre de 2013

»-1 de octubre de 2013 a 31 de diciembre de 2013

»-1 de enero de 2014 a 31 de marzo de 2014

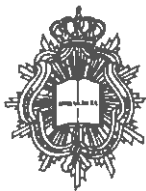
»-1 de abril de 2014 a 30 de junio de 2014

»-1 de julio de 2014 a 30 de septiembre de 2014

»-1 de octubre de 2014 a 31 de diciembre de 2014

»-1 de enero de 2015 a 31 de marzo de 2015

»La gravedad de los incumplimientos no sólo queda definida por tenor literal de las cláusulas incumplidas sino que resulta evidente para cualquier observador imparcial. Los ingresos por canon que ha hecho el concesionario desde el inicio del servicio se limitarían a dos, es decir, ya desde casi el inicio de la concesión la contratista se limitó al pago de dos trimestres, uno correspondiente al primer trimestre de 2013 y otro correspondiente al segundo trimestre de 2013 por valor de 56.250 euros cada uno y a omitir el pago de los siguientes trimestres desde 1 de julio de 2013 a 30 de septiembre de 2013 al 1 de enero de 2015 a 31 de marzo de 2015. El incumplimiento es duradero en el tiempo y a la vista de la actitud de la empresa no parece que eso vaya a cambiar.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Hay que tener en cuenta que la mayor parte de esas deudas concesionales por el discurrir del procedimiento recaudatorio se encuentran en fase de apremio y que hasta la fecha no ha sido posible el cobro de los mismos utilizando los mecanismos que estos procedimientos habilitan a la Administración para su realización. Hay que tener en cuenta que se trata de una empresa creada *ad hoc* para la gestión de este servicio.

»2.- Con respecto a la incautación de la garantía cabe señalar lo siguiente:

»(...)

»Procedería por tanto el inicio de un procedimiento de incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista.

Por todo lo expuesto se propone:

»Primero.- Acordar el archivo de las actuaciones relacionadas con el procedimiento de imposición de una penalidad por valor de 5.000 euros, a Servicio Albayda, S.L., con C.I.F. n B-70352661, concesionaria de Contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, relativo a la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto", por causa de incumplimiento de la obligación contractual de pago del canon concesional.

»Segundo.- Acordar el inicio de un procedimiento para la Resolución e incautación de la garantía definitiva del Contrato de Concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto".

»Segundo.- Otorgar un periodo de audiencia a los interesados de 10 días naturales para que aleguen lo que considere procedente"».



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

3.- Consecuente con el informe anterior, el 23 de septiembre de 2015, el Teniente de Alcalde Delegado de Presidencia, Contratación y Transparencia resolvió:

«Primero.- Archivar las actuaciones relacionadas con el procedimiento de imposición de una penalidad por valor de 5.000 euros, a Serviocio Albayda, S.L., con C.I.F. n° B-70352661, concesionaria de Contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, relativo a la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto".

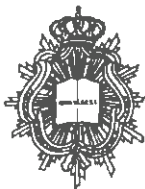
»Segundo.- Iniciar un procedimiento para la Resolución e incautación de la garantía definitiva del Contrato de Concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto".

»Segundo.- Otorgar un periodo de audiencia a los interesados de 10 días naturales para que aleguen lo que considere procedente.»

Consta en el procedimiento notificación a la Serviocio Granada S.L. el 5 de octubre de 2015, a las entidades avalistas Bankia, S.A. y Deutsche Bank, S.A. el 2 de octubre de 2015 y a la entidad Serviocio Cultura y Deporte y Recreación, S.L. el 2 de octubre de 2015.

4.- El 16 de octubre de 2015, la representación de la entidad Serviocio Granada, S.L. presentó el siguiente escrito de alegaciones:

«Previa.- Con carácter previo y a raíz de las omisiones contenidas en la Resolución objeto de las presentes alegaciones, se hace imprescindible realizar un resumen de todos los



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

hechos relacionados con el canon cuyo impago se imputa a la concesionaria.

»El 26 de diciembre del año 2012 el Ayuntamiento de Granada y la entidad Serviocio Albayda, S.L. (actualmente Serviocio Granada, S.L.), firmaron el contrato de concesión para la gestión y explotación del centro deportivo municipal "Periodista Antonio Prieto". En dicho contrato se estableció un canon de doscientos veinticinco mil euros (225.000 euros) anuales a favor del ayuntamiento, pagadero por trimestres adelantados.

»Como consecuencia de la crisis que sumió al sector en los últimos años la concesionaria se encontró en la imposibilidad de proceder al pago de las cantidades devengadas en concepto de canon, motivo por el cual el pasado 16 de marzo de 2015 presentó una solicitud de aplazamiento del pago del mismo.

»A pesar de la solicitud efectuada por la concesionaria, sorpresivamente, el Ayuntamiento de Granada inició la vía de apremio para el cobro del canon cuyo aplazamiento se había solicitado. En contestación a la indebida iniciación del procedimiento de apremio se presentó escrito de oposición, el cual no ha sido contestado.

»Posteriormente se recibió una nueva comunicación del Ayuntamiento de Granada requiriendo a la concesionaria para que completase la solicitud de aplazamiento del pago del canon. Esto es, el propio Ayuntamiento reconoció que la concesionaria había solicitado el aplazamiento del pago del canon, lo que en virtud de la normativa aplicable impide el inicio de la vía de apremio (art. 167.3 letra b) de la Ley General Tributaria). Ese requerimiento fue cumplimentado mediante escrito presentado el 3 de junio de 2015.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»En contra de un normal funcionamiento de la Administración, la Corporación Local a la que me dirijo acordó, de modo incomprensible, el inicio de un procedimiento de imposición de penalidad por causa de incumplimiento de la obligación contractual de pago del canon concesional, cuando dicho pago se encontraba aplazado.

»El Ayuntamiento, sin ningún rubor ni respeto por la legalidad, inició un procedimiento de penalidad por impago de un canon cuyo aplazamiento había sido solicitado por la concesionaria y cuando todavía no había sido resuelto por el Ayuntamiento, esto es, en un momento en el que no existía obligación de pago de dicha cantidad por cuanto el aplazamiento no se había denegado y en consecuencia la deuda no era exigible.

»Contra el Acuerdo de incoación del citado procedimiento la concesionaria formuló alegaciones en las que indicaba que se oponía a la imposición de una penalidad por incumplimiento de la obligación del pago del canon, por el motivo anteriormente expuesto, esto es, la solicitud del aplazamiento del pago del canon hacía inexigible la deuda.

»Con fecha 5 de octubre de 2015 la concesionaria recibió una nueva notificación por la que se informaba del archivo de las actuaciones relacionadas con el procedimiento de imposición de la penalidad, e incoar el procedimiento para la resolución e incautación de la garantía definitiva del contrato del Centro Deportivo municipal "Periodista Antonio Prieto".

»En relación con lo anterior resulta imprescindible señalar que con carácter previo a la incoación de los expedientes de penalidad y resolución contractual la concesionaria había presentado ante el Juzgado de lo Mercantil de Granada la comunicación previa del concurso de acreedores y posteriormente la



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

solicitud de concurso de acreedores, ambas circunstancias perfectamente conocidas por el Ayuntamiento constituyendo la causa que provocó la incoación de los citados expedientes, no el inexistente incumplimiento de la obligación de pago del canon.

»Estos hechos son constitutivos de un supuesto de desviación de poder y suponen la adopción de una decisión arbitraria e injusta, al pretender preconstituir de manera artificiosa una causa de resolución preexistente que minore el previsible coste económico que una hipotética resolución contractual derivada del concurso de acreedores puede suponer para las arcas públicas.

»Primera.- Inexistencia de incumplimiento de la obligación del pago del canon.

»Como se ha indicado en la alegación previa, el 16 de marzo de 2015 "Serviciocio Granada, S.L." presentó la solicitud de aplazamiento para el abono del canon por la explotación del Complejo Deportivo Antonio Prieto Castillo como consecuencia de las dificultades económicas por las que atraviesa la entidad derivadas del desequilibrio económico del contrato.

»Mediante esta solicitud se interrumpía la obligación de abono del meritado canon, por lo que no nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. La concesionaria actúa en el ejercicio de un legítimo derecho reconocido en la normativa aplicable, esto es, en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en las que se regula la posibilidad de aplazar las deudas que el administrado mantenga con la Administración.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Con extraordinaria claridad declara la inexistencia de obligación de pago del canon el artículo 52.4, letra a) del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, que establece:

»(...)

»El artículo citado declara, en aquellos supuestos en los que se haya solicitado un aplazamiento, que es con el acuerdo denegatorio cuando surge la obligación de pago, o, como señala el artículo 52, cuando se inicia el plazo de ingreso. Resulta evidente que en tanto no sea resuelta la solicitud de aplazamiento no puede entenderse incumplida la obligación de la concesionaria, ya que el único incumplimiento que se está produciendo es el del Ayuntamiento, en concreto de su obligación de resolver la solicitud de manera expresa, como señala con carácter general el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando establece que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, o en materia tributaria el artículo 103 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

»(...)

»Parece claro que la solicitud de aplazamiento suspendió la obligación de pago, impidiendo tanto que el inicio de la vía de apremio como sucede en la Sentencia citada, como la situación de incumplimiento del contrato.

»Es por todo ello que Serviocio Granada, S.L. no ha incumplido ninguna de sus obligaciones y que por lo que no existe la causa alegada en el Acuerdo de incoación del expediente de resolución.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Segunda.- Improcedencia de la resolución pretendida.

»Igualmente debe reputarse improcedente la resolución contractual que se pretende por el Ayuntamiento de Granada cuando busca un resultado contrario a la normativa aplicable.

»En atención a lo anterior resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece:

»(...)

»La desviación de poder parte de la base de que todo acto administrativo debe dirigirse a la consecución de un fin determinado por la norma que le atribuye facultad para actuar. De este modo si la autoridad u órgano administrativo se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que se adopte en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado.

»El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad, por lo tanto lo que se controla es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma que habilita a la actuación administrativa, en este caso dicho fin habría de ser la imposición de penalidades al contratista con la finalidad de que proceda a rectificar su actuación y proceda a abonar el canon debido.

»Pero es evidente que la finalidad perseguida por parte del Ayuntamiento con la resolución contractual es distinta. No se trata de resolver un contrato como consecuencia de un incumplimiento inaceptable por parte de la concesionaria, ya que dicha situación se resolvería mediante la denegación de la solicitud de aplazamiento, el inicio de la vía de apremio, y en su caso la imposición de penalidades.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Lo que realmente se pretende, en un manifiesto fraude de ley, es evitar los mayores costes que una hipotética resolución del contrato como consecuencia de la situación de concurso de la concesionaria supondrían para el Ayuntamiento, inventando una causa de resolución preexistente a la situación de concurso.

»Este hecho es incuestionable, ya que el Ayuntamiento incoó los expedientes de penalidad y resolutorio una vez conocido la comunicación previa de concurso y la solicitud de declaración de concurso voluntario. Con carácter previo a dichas solicitudes la solicitud de aplazamiento o la falta de pago del canon jamás constituyó un problema para el Ayuntamiento o una causa de resolución del contrato de concesión.

»Todo ello supone la concurrencia de desviación de poder por parte del Ayuntamiento, que trata de resolver el contrato administrativo poniendo al servicio de tal causa un procedimiento resolutorio que debe servir a un fin distinto, esto es, atacar un incumplimiento del concesionario, y no evitar, como pretende el presente expediente resolutorio de manera arbitraria e injusta, que la declaración del concurso despliegue sus efectos.»

5.- El 6 de noviembre de 2015, la Junta de Gobierno Local acordó la suspensión del plazo máximo para resolver por el tiempo que medie entre la petición del dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía y su recepción.

Consta en el procedimiento notificación a Deutsche Bank el 12 de noviembre de 2015, a Administrador Concursal 12 de noviembre de 2015, a CG Frai 2, S.L. 12 de noviembre de 2015, a



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Serviocio Cultura, Deporte y Recreación, S.L. 13 de noviembre de 2015 y a Serviocio Granada, S.L. el 13 de noviembre de 2015.

6.- En la misma fecha, 6 de noviembre de 2015, se recibe por el Ayuntamiento comunicación de Hispacolex Servicios Jurídicos, S.L. relativa a que por Auto de 20 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada se declaró en concurso de acreedores a la mercantil Servicio Granada, S.L.

7.- Finalmente, el 16 de noviembre de 2015, el Responsable de Control de Gestión de Contratos emitió la siguiente propuesta de resolución:

«Primero.- Acordar la resolución del Contrato de Concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto".

»Segundo.- Acordar la incautación de las garantías definitivas constituidas en el Contrato de Concesión para la gestión y explotación del centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto" por importe de 175.000,00 euros.


»Tercero.- Ordenar al contratista la continuidad en la gestión del servicio, quedando obligado a adoptar las medidas necesarias e indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público y ello hasta tanto se formalice, en su caso, un nuevo contrato.»



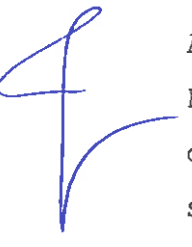

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I



Es objeto del presente dictamen la resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto" en Granada.




Teniendo en cuenta las referencias temporales del caso expuestas en los antecedentes de hecho de este dictamen (el contrato se formalizó el 26 de diciembre de 2012 y el procedimiento de resolución se inició el 23 de septiembre de 2015) las causas de resolución se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la tramitación del procedimiento por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [en adelante RGLCAP (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)], en cuanto no se oponga a dicho texto legal. Asimismo, las obligaciones supuestamente incumplidas, deben analizarse a la luz del citado Texto Refundido y del pliego de cláusulas administrativas; supletoriamente han de considerarse las restantes normas del Derecho Administrativo y, en defecto de este último, resultan de aplicación las normas de Derecho Privado.




CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA


II



El carácter preceptivo del dictamen solicitado resulta del artículo 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el artículo 211.3.a) del TRLCSP, dado que se postula la resolución del contrato con oposición del contratista.



Por otro lado, hay que recordar que el artículo 224.1 del TRLCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso. En el caso que nos ocupa la adjudicación del contrato fue realizada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada.



La tramitación del procedimiento debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 211 del TRLCSP, que sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales. Si se propone la incautación de la garantía y ésta ha sido prestada por medio de avalista o asegurador, se concederá audiencia a éstos por idéntico plazo.

- Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 99 y 213.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Tales trámites han sido cumplimentados en el presente caso, como se desprende de la relación de hechos.

III

La Administración consultante fundamenta la resolución del contrato por incumplimiento por la concesionaria del pago del canon, conforme a lo dispuesto en las cláusulas 4.2, 13 y 19 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación.

De los antecedentes obrantes en el expediente administrativo queda patente el incumplimiento alegado. El Responsable de Control de Gestión de Contratos emitió informe indicando que "en el informe del Gerente de la Agencia Tributaria de fecha 31 de julio de 2015 que dio origen a tal procedimiento se constata la existencia de los siguientes impagos trimestrales:

»- 1 de octubre de 2013 a 31 de diciembre de 2013 con un importe por la deuda principal de de 44.739,18 euros y con recargo e intereses de demora de 46.976,14 euros.

»- 1 de julio de 2013 a 30 de septiembre de 2013 con un importe por la deuda principal de de 56.250,00 euros y con recargo e intereses de demora de 59.062,50 euros.

»- 1 de enero de 2014 a 31 de marzo de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 70.684,07 euros.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»- 1 de abril de 2014 a 30 de junio de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 69.502,77 euros.

»- 1 de julio de 2014 a 30 de septiembre de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 69.139,89 euros.

»- 1 de octubre de 2014 a 31 de diciembre de 2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 59.180,63 euros.

»- 1 de enero de 2015 a 31 de marzo de 2015 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 59.180,63 euros.

»En total las cantidades acumuladas de impago desde que se inició la concesión implican una cuantía de 433.726,63 euros.

»Mientras que los pagos se han limitado a un ingreso mediante depósito previo de 56.250 euros. Y un pago correspondiente al segundo trimestre del 2013 por importe de 56.250 euros. Con una cuantía total de 112.500 euros”.

La concesionaria, por su parte, alega que no ha existido incumplimiento de pago, pues solicitó el aplazamiento del mismo, y que el Ayuntamiento actúa con desviación de poder, al existir otra causa de resolución, previa según la concesionaria, como es que la misma se encuentra incurso en concurso de acreedores.

Respecto a la segunda de las alegaciones, ha de señalarse que consta en el expediente que la mercantil Servicio Granada fue declarada en concurso de acreedores por Auto del Juzgado



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de lo Mercantil nº 1 de Granada de fecha 20 de octubre de 2015.

Siguiendo la doctrina de este Órgano, concurriendo varias causas de resolución, ha de aplicarse la primera que se haya producido en el tiempo, por lo que la que concurre en este caso es la del impago del canon durante dos o más trimestres consecutivos, como se desprende del informe transcrito más arriba.

En lo que al aplazamiento del pago respecta, ha de señalarse, en primer lugar, como pone de manifiesto la propuesta de resolución, que cuando se solicitó por la concesionaria el aplazamiento del pago, el período voluntario de ingreso de las deudas había finalizado, por lo que no resultaba procedente tal aplazamiento.

Pero es que, además, como ya señalara este Órgano en su dictamen 160/2013, "el cobro de la deuda y solicitud de aplazamiento y fraccionamiento es una cosa, y otra completamente distinta es el hecho objetivo de que por parte del concesionario se ha producido un más que evidente incumplimiento de su obligación de pago del canon, sin perjuicio de que la Administración haya solicitado el aplazamiento y fraccionamiento. De esta forma, es legítimo que por el concesionario se solicite el aplazamiento y fraccionamiento, pero ello no redime el incumplimiento contractual que se ha producido, y que legitima a la Administración para acordar la resolución del contrato, máxime cuando respecto de los cánones de 2009 y 2010, no se ha solicitado y, por ende, no se ha concedido, el aplazamiento,



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de tal forma que no cabe cuestionar en modo alguno que, al menos respecto al canon de dos años, existe un incumplimiento de pago". En el presente caso, ni siquiera ha sido concedido el aplazamiento solicitado, porque no se hizo en el momento oportuno, de tal forma que resulta evidente el incumplimiento de pago del canon por parte del concesionario.

En definitiva, nos encontramos ante un incumplimiento de la contratista grave y relevante, requisito imprescindible para acordar la resolución contractual por este motivo, como ha puesto de manifiesto tradicionalmente el Consejo de Estado (dictámenes de 1 de marzo de 1979 y 9 de junio de 1988, entre otros) y este Consejo Consultivo (dictámenes 124 y 128/1998, entre otros). En la circunstancias descritas en el expediente, la falta de pago del canon constituye el incumplimiento de una obligación esencial del contratista, causa de resolución contractual prevista en el artículo 223.f) del TRLCSP. Obviamente, como también ha dicho este Consejo Consultivo, la propia naturaleza del contrato hace que el pago del canon constituya una obligación esencial del contrato, cuyo incumplimiento permite aplicar la causa de resolución citada.


IV

Los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista vienen dados por el artículo 225 del TRLCSP, que obliga al mismo a indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, debiendo hacerse efectiva dicha indemnización, en primer término, sobre la garantía que, en su




CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

caso, se hubiere constituido, y ello sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en cuanto al importe que exceda de la garantía incautada.



La propuesta de resolución se atiene a la norma legal citada y en este sentido postula la incautación de la garantía definitiva depositada por el contratista, por importe de 175.000 euros.



En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 288.1 del TRLCSP, *"en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión"*.



CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente el procedimiento de resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal "Periodista Antonio Prieto" en Granada.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

En Granada, a veintiuno de diciembre de dos mil quince.

EL PRESIDENTE LA SECRETARIA GENERAL



Fdo.:

[Redacted signature]

Fdo.:

[Redacted signature]

EXCMO. SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE GRANADA.



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
CONTRATACIÓN

DOÑA [REDACTED] SECRETARIA GENERAL DEL EXCMO.
AYUNTAMIENTO DE GRANADA.

CERTIFICO: A los efectos señalados en el art. 64.1 Decreto 273/2005, de 13 de diciembre por el que se aprueba del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con la solicitud de **DICTAMEN del Consejo Consultivo de Andalucía** sobre resolución del *Contrato de Gestión del servicio público en la modalidad de concesión relativo a la gestión y explotación del centro deportivo municipal "Periodista Antonio Prieto"*, consta informe de fecha 20 de noviembre de 2015, del Responsable de Control de Gestión de Contratos, Don Rosendo Sánchez García, que literalmente dice:

"Expediente 101/2012: Resolución del Contrato de Gestión del servicio público en la modalidad de concesión relativo a la gestión y explotación del centro deportivo municipal "Periodista Antonio Prieto"

A los efectos señalados en el art. 64.1 Decreto 273/2005, de 13 de diciembre por el que se aprueba del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con la solicitud de DICTAMEN del Consejo Consultivo de Andalucía sobre resolución del Contrato de Gestión del servicio público en la modalidad de concesión relativo a la gestión y explotación del centro deportivo municipal "Periodista Antonio Prieto", se informa que todos los documentos recogidos en los índices elaborados por el Responsable de Control de Gestión de Contratos, del Contrato de Gestión del servicio público en la modalidad de concesión relativo a la gestión y explotación del centro deportivo municipal "Periodista Antonio Prieto" y de las piezas separadas del citado contrato de fecha Granada, 20 de noviembre de 2015, son fiel reflejo de los originales que se encuentran en el Archivo del Área de Contratación del Ayuntamiento de Granada."

Y para que así conste, expido la presente de orden y con el Visto Bueno del Excmo. Sr. Alcalde, en Granada a veinte de noviembre de dos mil quince.

Vº Bº
EL ALCALDE,

