

Dictamen núm. 132/2013, relativo a la propuesta de resolución del contrato de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca adjudicado a la UTE D*

I. ANTECEDENTES

1. El 13 de junio de 2013, el Pleno del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca adopta —en sesión ordinaria y por mayoría de sus miembros— un Acuerdo de avocación de competencias al Pleno para la resolución del contrato de gestión indirecta, mediante concesión, de los servicios públicos funerarios y de cementerios y de aprobación inicial del expediente de resolución contractual.

El acuerdo anterior se fundamenta en el informe emitido por el asesor jurídico municipal de 7 de junio de 2013 y en el informe de la secretaria municipal de 12 de junio siguiente, ambos reproducidos, según los cuales la delegación de competencias es revocable por el órgano que la haya conferido en cualquier momento, por lo que propone que el Pleno municipal, titular de las mismas, recupere las competencias relativas a la contratación de la gestión de los servicios públicos funerarios de Ciutadella de Menorca que, en octubre del 2004, delegó en la Junta de Gobierno. El Acuerdo declara también caducado el expediente de resolución contractual anteriormente tramitado —de acuerdo con el informe del Consell Consultiu de 30 de noviembre del 2010—, y ordena, en su punto tercero, reiniciar el procedimiento de resolución del contrato de gestión de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca —adjudicado a la UTE D— por considerar acreditado el incumplimiento grave y culpable por parte del contratista de sus obligaciones esenciales, así como ordena confiscar la garantía definitiva constituida en aplicación del art. 113.4 TRLCAP. Finalmente el acuerdo municipal contiene una Propuesta de resolución «provisional» a elevar al órgano de contratación, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del expediente, con el siguiente contenido:

Primer. Declarar resolt el contracte de concessió adjudicat a la UTE D segons acord de la Junta de Govern de data 1 de desembre de 2004, per a la gestió dels serveis públics funeraris i dels serveis públics de cementiris de Ciutadella, per incompliment greu i culpable de les obligacions essencials del contractista (art. 111.h del RDL 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la llei de contractes de les administracions públiques), causant d'una pertorbació greu i no reparable per altres mitjans (art. 166 del RDL 2/2000) que van comportar la intervenció parcial de la concessió per part de l'Ajuntament de Ciutadella, acordada per la Junta de Govern el 21 de desembre de 2005, concretat en les següents infraccions:

1. Les 19 infraccions greus en matèria sanitària, article 35 apartat *b*) punts 1 i 2 i en la Llei 5/2003, de salut de les Illes Balears, article 56 apartats *b*) i *e*); en relació amb el Decret 105/1997, de policia sanitària mortuòria, modificat pel Decret 87/2004, en els seus articles 15.6, 20.1, 52.2, 59 i 18, recollides en la Resolució de desestimació

* Ponencia del Hble. Sr. D. Felio José Bauzá Martorell, consejero-secretario.

del recurs d'alçada dictada el 14 de febrer de 2007 per la consellera de Salut i Consum del Govern de les Illes Balears (expedient sancionador X/2006), confirmades per sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (Sala contenciosa-administrativa) núm. 1/2010, de 11 de gener (JUR/2010/91960) que han suposat la imposició d'una sanció a la UTE concessionària de 171.000 euros: [...]

2. Les 4 infraccions recollides en la Resolució del Director General de Salut i Consum del Govern de les Illes Balears, de 23 de maig de 2007, que va resoldre la imposició a la UTE D d'una sanció de 60.000 euros com a autora de quatre infraccions administratives lleus i greus en matèria de defensa del consumidor, resolució anul·lada en alçada per una mera qüestió procedimental però no de fons, a l'haver-se produït la caducitat del procediment sancionador instruït: [...].

3. Les conclusions de l'expedient informatiu municipal conclòs amb la resolució d'Alcaldia de l'Àrea de Sanitat núm. 10 de 2005, de data 13 d'octubre, que segons la Secretària municipal, «...podrien ser manifest d'un incompliment de les obligacions del contracte per part del concessionari del servei».

Segona. Procedir a confiscar la garantia definitiva dipositada pel contractista en compliment de l'article 113.4 del TRLCAP.

Tercera. Procedir al nomenament d'un funcionari municipal encarregat d'aixecar la corresponent acta de traspàs dels béns objecte de la concessió i procedir, així mateix, a la liquidació del contracte i a la determinació dels danys i perjudicis causats a l'Administració per l'incompliment greu i culpable del contractista.

2. De la extensa documental obrante en el expediente se desprenden antecedentes y datos de interés para el análisis de esta consulta, ordenados cronológicamente, y que en resumen son los siguientes:

— El 14 de octubre del 2004, el Ayuntamiento en Pleno acuerda la gestión indirecta, de forma conjunta, mediante concesión administrativa, de los servicios funerarios municipales y del cementerio municipal de Ciutadella de Menorca, ante la falta de medios idóneos municipales para prestar dichos servicios de forma directa. En la misma sesión aprueba, inicialmente, la Ordenanza municipal reguladora de estos servicios y el reglamento municipal del cementerio, y delega, en la Junta de Gobierno municipal: «[...] *totes les competències en general relatives als serveis funeraris i de cementiri a concessionar conjuntament i la seva contractació, i específicament les relatives a l'aprovació dels plecs de condicions administratives i tècniques que regularan el concurs públic per adjudicar el contracte de gestió del servei mitjançant concessió administrativa, la seva licitació, adjudicació, direcció, gestió, interpretació, modificació, rescissió i resolució del contracte [...]*». La aprobación definitiva del Reglamento y de la Ordenanza anteriores se produce el 14 de diciembre de 2004.

— El 1 de diciembre del 2004, previa tramitación del expediente de contratación, la Junta de Gobierno municipal adjudica el contrato para la gestión de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca a la UTE D y el 8 de febrero del 2005, el contrato se formaliza entre las partes. De su clausulado se desprenden los siguientes datos de interés:

a) El régimen jurídico aplicable a la concesión administrativa que se rige por: el contrato, los pliegos de condiciones económico-administrativas y técnicas (que se unen como Anexo II), la Ordenanza Fiscal y la proposición económica de la concesionaria (Anexos IV y V), la Ordenanza Reguladora de la prestación de Servicios Funerarios y el Reglamento Municipal de Cementerios.

b) Su duración es de 25 años a contar desde su firma (cláusula quinta), por lo que finaliza en febrero del 2030, si bien cabe prórroga provisional.

c) La constitución de aval por la contratista de 60.000 euros en concepto de fianza definitiva (cláusula cuarta).

d) La sumisión expresa de la concesionaria (cláusula octava) a lo dispuesto en «*la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, a la normativa local en vigor y a cualquier otra normativa que afecte a los servicios objeto del contrato y a las cláusulas y estipulaciones que contienen en el pliego de condiciones particulares anexo al documento [...]».*

— Del Pliego de Condiciones Económico Administrativas (Anexo II del contrato) resulta:

I. Objeto del contracte

La licitació té per objecte la contractació de la gestió indirecta del servei de públic funerari i del servei públic del cementiri de Ciutadella de Menorca, sota la modalitat de concessió administrativa, a adjudicar per procediment obert, forma d'adjudicació per CONCURS, amb subjecció a l' establert en aquest plec de clàusules administratives i en el plec de prescripcions tècniques.

II. Àmbit de la gestió

L'àmbit de la gestió que es cedeix és el del servei municipal regulat en les ordenances reguladores dels serveis funeraris i dels serveis de cementiri de Ciutadella que contempla, sense ànim d' exhaustivitat, les següents activitats:

— Els serveis funeraris municipals [...]

— Els serveis de cementiri municipal [...]

III. FORMA D'ADJUDICACIÓ I RÈGIM JURÍDIC

[...] La gestió del servei es regularà per les previsions del present plec de clàusules econòmic administratives particulars, pel plec de condicions tècniques, per l'ordenança i reglament municipal reguladors dels serveis funeraris municipals i dels serveis de cementiri municipal a Ciutadella de Menorca, per les ordenances fiscals de referència, per les ofertes que resultin adjudicades i per tant document contractual, pel RDL 2/2000 de Llei de contractes de les administracions públiques, pel reglament de serveis de les corporacions locals, pel reglament de la policia sanitària mortuòria de Balears i per la Llei 7/1985 reguladora de les bases de règim local.

VII. SITUACIÓ RESPECTIVA ENTRE CONCESSIONARI I L'ADMINISTRACIÓ.

— L'Ajuntament és titular dels serveis que es presten de forma indirecta, ostentant el servei la qualificació de públic municipal, la qual cosa justifica el control i la inspecció del servei en tot moment, [...].

VIII. DRETS I OBLIGACIONS DEL CONCESSIONARI I L'AJUNTAMENT

[...] Aquests drets i obligacions tenen el caràcter de mínimes i a més seran d'aplicació les ordenances i reglament municipal reguladors dels serveis funeraris municipals i dels serveis de cementiri municipal, les ordenances fiscals de referència, el RDL 2/2000 de Llei de contractes de les administracions públiques, el reglament de serveis de les corporacions locals, i la Llei 7/1985 reguladora de les bases de règim local.

X. EXTINCIÓ DE LA CONCESSIÓ DEL SERVEI.

Són causes d'extinció de la concessió, a més de les establertes pels articles 111 i 167 del RDL 2/2000 de la llei de contractes de les administracions públiques, i concordants del reglament de serveis de les corporacions locals:

— **Resolució per incórrer el concessionari en infracció molt greu de les obligacions essencials** previ procediment amb advertència fefaent de les concretes deficiències i concessió expressa d'un termini prudencial, d'acord amb la naturalesa de les deficiències, per poder subsanar-les, una vegada que hi hagi transcorregut el termini i no s'hagin subsanat.

XI. SANCIONS PER INCOMPLIMENTS DEL CONCESSIONARI.

1. Les infraccions comeses pel concessionari en la prestació del servei seran sancionades per la Corporació en funció del seu estat de gravetat.

[...]

3. Es consideraran també infraccions i les corresponents sancions les recollides en l'ordenança i reglament reguladores del servei funerari i del servei de cementiri municipal i com a tal podran ser aplicades.

— Del Pliego de Prescripciones Técnicas también resulta:

I. ÀMBIT DE LA GESTIÓ.

L'àmbit tècnic de la gestió que es cedeix és el del servei municipal regulat en les ordenances reguladores dels serveis funeraris i dels serveis de Cementiri de Ciutadella, que es consideren CONDICIONS TÈCNIQUES del concurs i document contractual a tots els efectes. [...]

— Del Reglamento municipal de Cementerios de Ciutadella de Menorca (Anexo X del contrato):

Article 80

Constituiran infraccions administratives molt greus les següents conductes:

[...]

i) Dur a terme la pràctica d'actuacions conceptuades com a servei públic per aquest Reglament sense les degudes autoritzacions expedides per les autoritats competents, o incomplint les normes establertes al respecte en aquest Reglament, en el de Policia sanitària mortuòria de la CAIB o en la resta de la normativa aplicable.

— El 9 de junio de 2005, el Pleno del Ayuntamiento acuerda aprobar inicialmente una primera modificación del Reglamento municipal de cementerios de Ciutadella de Menorca y de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa para la prestación de los servicios funerarios y de cementerios municipales. La aprobación definitiva se produce el 27 de agosto de 2005.

— El 21 de diciembre del 2005 la Junta de Gobierno Municipal adopta un acuerdo de asunción temporal (intervención) de los servicios funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca como medida cautelar, tras constatar una serie de irregularidades en la ejecución del contrato por parte de la concesionaria que podían poner en peligro la buena prestación de los servicios y los intereses generales, y que derivaron en un expediente de resolución de discrepancias. A través de este acuerdo el Ayuntamiento asume toda la tramitación administrativa y la gestión económica derivada de la prestación de los servicios funerarios y de cementerio. No consta que la concesionaria interpusiera contra el acuerdo anterior de la Junta de Gobierno ningún tipo de recurso.

— A resultas del acuerdo anterior, se hace necesario determinar el régimen transitorio de funcionamiento de la gestión del servicio y, el 4 de enero del 2006, la Junta de Gobierno municipal aprueba una modificación del contrato, pactada con la UTE concesionaria, consistente en el establecimiento de unas nuevas condiciones económicas, entre las cuales se acuerda que el Ayuntamiento se quede con un 3% de la facturación del servicio para compensar los gastos derivados de la tramitación administrativa y gestión económica.

— El 14 de septiembre de 2006, el Pleno acuerda la aprobación inicial de una segunda modificación del Reglamento municipal de cementerios. La modificación se aprueba definitivamente por el Pleno el 8 de marzo del 2007.

— El 2 de mayo del 2006, el Director General de Salud Pública y Participación de la Conselleria de Salud y Consumo resuelve iniciar un expediente sancionador (exp. SA 44/2006), contra la UTE concesionaria por la presunta comisión en la prestación del servicio de 24 infracciones tipificadas inicialmente como faltas *graves* por contravenir la Ley 14/1995 General de Sanidad, la Ley 5/2003, de Salud de las Illes Balears y el Decreto 105/1997 por el que se aprueba el Reglamento de la policía sanitaria mortuoria.

— El 19 de junio del 2006, la Directora General de Consumo incoa contra la misma UTE otro expediente sancionador (exp. CO 145/2006) por la presunta comisión de diversas infracciones que tipifica como faltas leves o graves conforme a la Ley 1/1998,

del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— El 19 de octubre de 2006, el Director General de Salud Pública y Participación resuelve el expediente SA 44/2006 imponiendo a la UTE D una sanción de multa en cuantía de 231.000 EUROS como autora de VEINTIUNA infracciones administrativas GRAVES en materia sanitaria, tipificadas en la Ley 14/1986 General de Sanidad, artículo 56 apartados *b* («*Aquellas que se produzcan por ausencia de controles y precauciones exigibles en la actividad, la instalación o el servicio*») y *e* («*El suministro de datos falsos o fraudulentos a las autoridades sanitarias o a la inspección sanitaria*»); en relación con el Decreto 105/1997 de Policía Sanitario Mortuoria, modificado por Decreto 87/2004, en sus artículos 15.6, 20.2 y 20.1 (falta de autorización administrativa para exhumación de restos cadavéricos), 52.2, 59 y 18.

— La resolución anterior es recurrida en alzada y el 14 de febrero del 2007, la Consellera de Salud y Consumo desestima el recurso «*confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho*». La resolución desestimatoria del recurso se recurre por la UTE el 11 de abril del 2007 ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

— El 22 de mayo del 2007, el Alcalde del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca resuelve iniciar un expediente de resolución del contrato de gestión indirecta de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca adjudicado a la UTE concesionaria, en base a las infracciones de la normativa reguladora de este tipo de servicios que resultan de los dos expedientes sancionadores anteriores instruidos por la Conselleria de Salud Pública y Consumo del Govern de las Illes Balears así como de un tercer expediente informativo, incoado por la propia corporación municipal (resolución de Sanidad núm.6/2005) a la UTE concesionaria para comprobar las presuntas irregularidades, y que finalizó mediante resolución 10/2005 por la que las confirmaba.

— El 23 de mayo del 2007, la Directora General de Consumo resuelve el expediente CO 145/06 e impone a la UTE una sanción de multa de 60.000 euros como autora de cuatro infracciones administrativas muy graves en materia de defensa del consumidor, tipificadas en la Ley 1/1998. La resolución anterior se recurre por la concesionaria en alzada. El recurso se resuelve por la Consellera de Salud y Consumo mediante resolución de 5 de julio de 2007 por la que se estima el recurso de alzada con base en la caducidad del procedimiento sancionador y se revoca la resolución sancionadora de la Directora General de Consumo por no estar ajustada a Derecho.

— El 2 de octubre del 2007, la concesionaria presenta escrito por el que se opone a la resolución contractual.

— El 4 de junio del 2008 se emite informe jurídico por la secretaria accidental del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca en el que considera acreditados los incumplimientos reiterados de la UTE concesionaria de los servicios públicos funerarios

y de cementerios y los califica de esenciales, si bien propone a la Corporación optar entre exigir el cumplimiento contractual o la resolución.

— El 3 de septiembre de 2009 se emite informe jurídico por el letrado don A. E. donde concluye que hay razones legales para declarar la resolución contractual e indica cuál es el procedimiento a seguir de conformidad con la normativa de aplicación.

— El 21 de diciembre del 2009, el Alcalde del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca solicita a este órgano la emisión de dictamen sobre la resolución del contrato anterior. El mismo día el expediente se devuelve por este órgano consultivo a los efectos de que se tramite todo el procedimiento de resolución contractual conforme dispone el Reglamento General de Contratación.

— El 29 de diciembre del 2010, el Alcalde vuelve a formular la consulta sobre este expediente que se devuelve, al día siguiente, por el presidente del Consell Consultiu sin dictamen debido a la caducidad del procedimiento de resolución contractual.

— El 11 de enero del 2010, el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears resuelve, mediante Sentencia núm. 1/2010, estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la UTE concesionaria contra la Resolución de la Conselleria de Salud y Consumo desestimatoria de su recurso de alzada (SA 44/2006) y declara que la recurrente no cometió dos de las infracciones graves atribuidas que venían tipificadas en el art. 56.e de la Ley de Salud de las Illes Balears, por lo que deja sin efectos las dos multas impuestas de 30.000 euros cada una y anula este punto de la resolución sancionadora, si bien la sentencia añade«[...]confirmando la resolución impugnada en sus restantes pronunciamientos», por lo que declara conforme a Derecho la resolución con respecto a las restantes 19 infracciones graves (que suponen la imposición de una multa de 171.000 euros, en total, a la recurrente).

3. El 1 de julio de 2013 se notifica, tanto a la UTE concesionaria como a la entidad avalista (Banca March), el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca adoptado el 13 de junio anterior sobre avocación de competencias al Pleno para la resolución del contrato de gestión indirecta, mediante concesión, de los servicios públicos funerarios y de cementerios, caducidad del procedimiento de resolución anterior y aprobación inicial de un nuevo expediente de resolución contractual con confiscación de la garantía definitiva depositada por la concesionaria.

4. Dentro del plazo de audiencia otorgado, el 15 de julio del 2013 se registra de entrada en el Ayuntamiento escrito del representante legal de la concesionaria mediante el cual se opone a la resolución contractual propuesta por el Ayuntamiento con base en una serie de cuestiones formales y materiales. Como cuestiones formales alega, en síntesis: que el expediente administrativo es incompleto, nulidad del procedimiento seguido para declarar la resolución contractual por no ajustarse a los pliegos e inexistencia de resolución municipal sobre la recusación planteada respecto de uno de los concejales. Por otro lado, y como cuestiones materiales o de fondo alega:

— La improcedencia de declarar la resolución del contrato de concesión por las mismas causas que ya fueron valoradas por el Ayuntamiento y que fundamentaron la modificación contractual acordada el 4 de enero del 2006.

— La inexistencia de incumplimiento grave o esencial del contrato por parte de la UTE adjudicataria. No cabe confiscar la garantía por inexistencia de daños y perjuicios. La resolución contractual responde a motivos políticos y no a razones de legalidad.

— El flagrante incumplimiento del Ayuntamiento que adeuda a la concesionaria importantes cantidades de dinero por el impago de servicios prestados.

5. Parte de las alegaciones anteriores se valoran por el asesor municipal mediante informe jurídico emitido el 7 de agosto de 2013, en el que concluye, en síntesis, que:

— En el expediente de revisión de oficio reiniciado pueden incorporarse documentos que formen parte del expediente anterior ya caducado, si bien hay trámites que deben efectuarse de nuevo (trámite de audiencia, propuesta de resolución) para mayor garantía del contratista.

— Sobre el procedimiento de resolución contractual sostiene que el Ayuntamiento no ha incumplido la cláusula X del Pliego, por cuanto la advertencia previa de las deficiencias detectadas en la prestación del servicio con plazo de subsanación sólo era de aplicación en caso de no existir una intervención previa municipal de la concesión, como sucedió.

— En cuanto a la modificación contractual acordada en enero del 2006 entre las partes, en modo alguno supuso la subsanación de las deficiencias en la prestación del servicio puesto que respondió a la necesidad de establecer un régimen transitorio mientras durase la intervención municipal del servicio que todavía perdura. Además la intervención no fue impugnada por la concesionaria y respondió precisamente a incumplimientos que se calificaron como *esenciales*.

6. El 11 de septiembre del 2013 se valoran las restantes alegaciones de la concesionaria en informe emitido por la Secretaria municipal quien las desestima por considerar acreditados los incumplimientos esenciales en la prestación del servicio por la concesionaria que derivaron en los dos expedientes sancionadores instruidos por la Conselleria de Salud y Consumo, y por venir constatados también en varios informes jurídicos internos. Rechaza, por otro lado, de forma motivada, la prueba documental propuesta por la concesionaria y consistente en la certificación de las declaraciones del regidor delegado de Cementerios a la COPE por considerarla innecesaria.

7. El 12 de septiembre del 2013 se acuerda por el Pleno municipal la suspensión del plazo de resolución del contrato de concesión administrativa de los servicios públicos funerarios y de cementerios por la solicitud de dictamen al Consell Consultiu, así como se ordena que el acuerdo anterior sea notificado a la concesionaria.

8. El 13 de septiembre siguiente, se registra en esta sede una solicitud formulada por el alcalde del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca a este órgano consultivo de emisión de dictamen sobre la resolución contractual, solicitud que a su vez lleva sello de registro del Servicio de Correos del 12 de septiembre anterior. Vista la solicitud y analizado el expediente adjunto, el presidente del Consell Consultiu lo devuelve, el 24 de septiembre, nuevamente sin dictamen a fin de que sean completados todos sus antecedentes.

9. El 20 de septiembre del 2013 se emite por la Intervención municipal informe desfavorable a la alegación de la concesionaria relativa a que el Ayuntamiento le debe, en concepto de abono de servicios pendientes, la cantidad de 667.787,37 euros, por cuanto la cantidad pendiente de pago en concepto de «obligaciones reconocidas» asciende únicamente a 41.536, 45 euros y además no consta que la concesionaria haya solicitado formalmente el abono de las prestaciones anteriores a enero del 2012 de conformidad con lo dispuesto en el RD 4/2012, de 24 de febrero, que regula el mecanismo de pago a proveedores de administraciones públicas, ni conforme dispone el RD 8/2013 actual.

10. Finalmente, el 7 de octubre del 2013 el alcalde de Ciutadella de Menorca formula — mediante oficio registrado en el Servicio de Correos el 8 de octubre—, una nueva petición de dictamen al presidente del Consell Consultiu adjuntando copia del expediente de resolución contractual ya completado y remitiéndose, en cuanto a la Propuesta de resolución, a la formulada con carácter provisional en el Acuerdo plenario de junio de 2013. Su solicitud se registra de entrada en esta sede el 9 de octubre siguiente.

11. El pasado 12 de noviembre de 2013 comparece en esta sede el representante legal de la UTE concesionaria y solicita se le otorgue trámite de audiencia en los términos previstos en el artículo 27 del Reglamento del Consell Consultiu (Decreto 24/2003). En respuesta a su solicitud se le pone de manifiesto el expediente por el plazo máximo de diez días, tal como se desprende de la diligencia extendida por la funcionaria de los Servicios Jurídicos de esta institución.

12. Dentro del plazo de audiencia otorgado, el 22 de noviembre del 2013, se registra de entrada en este organismo escrito de alegaciones formuladas por el representante de la entidad interesada por el que reitera sus alegaciones anteriores —a las que se remite— y añade, como cuestión nueva, que se ha producido la caducidad del plazo máximo legal de que dispone el Ayuntamiento para resolver el procedimiento de resolución contractual y notificar la resolución.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

El Alcalde de Ciutadella de Menorca está legitimado para solicitar el presente dictamen, con carácter preceptivo, y el Consejo Consultivo es competente para emitirlo, de conformidad con los artículos 21.c y 18.12.c de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 59.3 a 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, de aplicación al presente supuesto, precepto que dispone: «3. *No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista [...]*». A la misma conclusión llegaríamos si consideramos lo que dispone el artículo 211.3.a del vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, puesto que se mantiene en los mismos términos.

Por lo expuesto debemos concluir que este órgano de consulta es competente para la emisión de este dictamen, que tiene carácter preceptivo en virtud de los preceptos legales anteriores, porque nos hallamos ante un procedimiento de resolución contractual donde consta expresamente la oposición del contratista.

Segunda

Por lo que respecta al régimen legal de aplicación, conviene recordar que la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público —antes referido—, establece, en su apartado segundo, que los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Esto es justo lo que ocurre en el presente caso, dado que el contrato de servicios que ahora la corporación municipal pretende resolver fue adjudicado a la UTE D el 1 de diciembre del 2004, tal como consta en los antecedentes de este dictamen, con una duración de 25 años a contar desde su firma —por lo que la concesión finaliza en febrero del 2030, si bien cabe prórroga provisional—. No cabe duda, por tanto, que el régimen legal aplicable a este contrato administrativo de gestión indirecta de servicios municipales, mediante concesión, es el que establece la normativa contractual vigente en la fecha de su adjudicación, es decir: el 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 (TR 2/2000, en adelante), el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, así como el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en materia de Régimen Local.

Tercera

Una vez analizado el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca para la resolución contractual de la concesión administrativa de servicios municipales, debemos concluir que el Ayuntamiento, en aplicación de la cláusula X del PCEA, ha tramitado un procedimiento de resolución contractual donde ha seguido, con corrección, todos los trámites exigidos por los artículos 59 del TR 2/2000, 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en materia de Régimen Local. Efectivamente, ha dado puntual cumplimiento a:

— La audiencia por plazo de diez días a la UTE adjudicataria del contrato, que presentó escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución contractual por causa imputable a la misma (art. 109.1.a RD 1098/2001 y 114.2 RDL 781/1986).

— En cuanto al requisito del apartado *b* del art. 109 anterior, consta también en el expediente que la Administración municipal otorgó trámite de audiencia a la entidad avalista (Banca March), a quien se le notificó el acuerdo del Pleno de inicio del expediente de resolución contractual, trámite que resultaba preceptivo por cuanto la propuesta de resolución propone la incautación de la garantía definitiva por incumplimiento culpable imputable al contratista.

— El informe del Servicio Jurídico, (art. 109.1.c RD 1098/2001, 59.2 TR 2/2000) ya que consta en el expediente varios informes jurídicos, entre ellos el emitido por la técnica de la Corporación municipal y por el asesor jurídico.

— El informe del secretario municipal (art. 114.3 RDL 781/1986), también con carácter jurídico.

— El informe de la Intervención municipal (art. 67.2 RDL 2/2000 y 114.3 del RDL 781/1986).

— El dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, trámite este que ahora se evacua (art. 109.1.d RD 1098/2001 y 59.3 TR 2/2000).

En cuanto a la competencia para acordar o decidir la resolución del contrato, el artículo 59.1 del TR 2/2000, de 16 de junio, dispone que el órgano de contratación tiene, entre otras, la prerrogativa de acordar la resolución de contratos y determinar los efectos de ésta. En el caso examinado, el artículo 114.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RDL 781/1986) dispone que: *«El órgano competente para contratar según la Ley ostenta también la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con estricta sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente»*. Pues bien, de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local en la redacción vigente en aquel momento, las competencias para contratar correspondían al Pleno del Ayuntamiento en virtud del art.22.1 *n* —letra

posteriormente derogada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre—, competencias perfectamente delegables, tras la interpretación, «a sensu contrario» del apartado 4 del precepto legal anterior, al no hallarse comprendida en ninguna de las letras que excepciona del apartado 2 anterior.

En el presente caso y en aplicación de la previsión legal anterior, el Pleno ejerció su facultad de delegar sus competencias para contratar en la Junta de Gobierno municipal, mediante acuerdo adoptado en octubre de 2004 y reproducido en los antecedentes de este dictamen. De hecho, en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen la concesión administrativa de los servicios municipales funerarios y de cementerios dispone expresamente que es la Junta de Gobierno el órgano de contratación.

No obstante lo anterior, con posterioridad consta también adoptado un nuevo acuerdo municipal, de 13 de junio de 2013, consistente en la *avocación* de competencias al Pleno a los efectos de resolver el contrato de gestión indirecta de servicios adjudicado a la UTE concesionaria, fundamentado en la necesidad de recuperar estas competencias por parte del órgano titular de las mismas. Pues bien, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 13.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (« La delegación es revocable, en cualquier momento, por el órgano que la haya conferido») y 14.1 del mismo texto legal («En los supuestos de delegación de competencias en órganos no jerárquicamente dependientes, el conocimiento de un asunto puede ser avocado únicamente por el órgano delegante»), consideramos ajustado a Derecho el acuerdo de avocación anterior, que además cumple con los requisitos legales que establece el propio art. 14 en su apartado segundo (está motivado y se notificó tanto a la UTE adjudicataria como a la entidad avalista). Debemos concluir, por tanto, que el organismo competente para apreciar, si es el caso, causa justificativa de resolución y liquidación del contrato, como órgano de contratación, es el Pleno del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca, a quien corresponde la titularidad de las facultades de resolución contractual.

Por último, y por lo que respecta al plazo de que dispone la Administración activa para acordar la resolución y notificar, debemos observar, en primer lugar, que de los antecedentes de este dictamen se desprende que, el procedimiento se reinició, una vez caducado el anterior, el 13 de junio de 2013, y que la primera petición de dictamen en el nuevo procedimiento reiniciado se registró de entrada por la corporación municipal en el Servicio de Correos —en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre—, en fecha de 12 de septiembre de 2013 (aún cuando se registrase en esta sede al día siguiente), es decir, faltando sólo un día para el vencimiento del plazo máximo legalmente establecido de tres meses. No obstante lo anterior, también consta acreditado en el expediente que el Pleno del Ayuntamiento adoptó el día 12 de septiembre de 2013 —es decir, dentro del plazo legalmente previsto para resolver que finalizaba el día 13 siguiente— un acuerdo formal de suspensión del procedimiento por el tiempo que mediase entre la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del dictamen. Debemos concluir, por tanto, que en atención a los antecedentes anteriores no cabe duda alguna con respecto a que el procedimiento de resolución contractual incoado por la corporación municipal se halla

todavía dentro del plazo máximo para resolver y notificar, si bien en este punto debemos advertir que, una vez que se reciba en el Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca el presente dictamen restará sólo un día para que el órgano de contratación acuerde la resolución del contrato y notifique dicha resolución, dado que el procedimiento debe finalizar en el plazo máximo legalmente establecido de tres meses (artículo 42.3 de la Ley 30/1992).

Cuarta

En cuanto a la cuestión sustantiva o de fondo, corresponde a continuación pronunciarse sobre si concurre o no la causa de resolución contractual invocada por la Administración municipal para resolver el contrato de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca adjudicado a la UTE D el 1 de diciembre del 2004.

De la propuesta de resolución y de todos los informes técnicos y jurídicos obrantes en el expediente se desprende que la causa invocada por la Corporación municipal para dar cobertura a la resolución es la prevista en el apartado X del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas que rigen la concesión y que dispone textualmente:

X. EXTINCIÓ DE LA CONCESSIÓ DEL SERVEI

Són causes d'extinció de la concessió, a més de les establertes pels articles 111 i 167 del RDL 2/2000 de la llei de contractes de les administracions públiques, i concordants del reglament de serveis de les corporacions locals:

— **Resolució per incórrer el concessionari en infracció molt greu de les obligacions essencials** previ procediment amb advertència fefaent de les concretes deficiències i concessió expressa d'un termini prudencial, d'acord amb la naturalesa de les deficiències, per poder subsanar-les, una vegada que hi hagi transcorregut el termini i no s'hagin subsanat.

Debemos observar aquí que esta causa de resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales viene a reproducir la que viene prevista también, en términos similares, en el artículo 111.g 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, precepto que incluye —dentro de las causas generales de resolución de todos los contratos administrativos— la siguiente: «g) *El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*». No obstante, debemos observar que la cláusula X del PCEA añade unos requisitos adicionales específicos para declarar resuelta la concesión y consistentes en la previa advertencia al concesionario de las deficiencias detectadas por la Administración municipal y el otorgamiento de un plazo para subsanarlas, extremos que más adelante abordaremos.

Previamente debemos recordar en este punto que el ejercicio de la potestad resolutoria de la Administración es una de las prerrogativas que le atribuye expresamente el artículo 59.1 del TR 2/2000 de Contratos de las Administraciones Públicas y que no es más que una manifestación más del «ius variandi», si bien tanto la doctrina (dictámenes

del Consejo de Estado núm. 1208/2008 y 1336/2005) como la Jurisprudencia la configuran como una facultad o remedio *excepcional* que debe responder siempre a razones de *interés público*.

Pues bien, de los antecedentes de este dictamen se desprende que el Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca ha iniciado un procedimiento de resolución del contrato de gestión indirecta de los servicios públicos funerarios y de cementerios por incurrir la UTE concesionaria en múltiples irregularidades en la prestación del servicio que la corporación municipal califica de incumplimiento grave de sus obligaciones esenciales, puesto que el propio Pliego de Cláusulas Económico Administrativas ya preveía, en su apartado VIII, que las obligaciones del concesionario *«tenen el caràcter de mínimes i a més seran d'aplicació les ordenances i reglament municipal reguladors dels serveis funeraris municipals i dels serveis de cementeri municipal, les ordenances fiscals de referència, el RDL 2/2000 de Llei de contractes de les administracions públiques, el reglament de serveis de les corporacions locals, i la Llei 7/1985 reguladora de les bases de règim local»*. A su vez, la UTE adjudicataria se opone a la resolución contractual propuesta por el Ayuntamiento por considerar, básicamente, que a través del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de enero del 2006 de modificación contractual se dieron por subsanadas todas las irregularidades o deficiencias detectadas y que, con posterioridad, no ha habido nuevas irregularidades que pudieran calificarse de infracciones graves o esenciales del contrato.

No obstante lo anterior, y muy al contrario de lo sostenido por la concesionaria en su escrito de alegaciones del 15 de julio del 2013, este órgano de consulta considera acreditado, por los datos que se desprenden de los antecedentes de este expediente, los siguientes hechos:

1. Que fueron precisamente las múltiples irregularidades cometidas por la UTE concesionaria durante la ejecución del contrato y advertidas a la misma en el año 2005 por la propia Corporación municipal las que obligaron al Ayuntamiento a intervenir, de forma temporal, el servicio —en ejercicio de las potestades administrativas previstas en el artículo 127.1 3 del Reglamento de los servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955—, mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno local el 21 diciembre del 2005 de asunción temporal de la ejecución directa de los servicios funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca. Tal como se desprende del contenido del citado acuerdo, éste se adoptó como medida cautelar, tras constatar una serie de irregularidades en la ejecución del contrato por parte de la concesionaria que ponían en peligro la buena prestación de los servicios y los intereses generales, y que derivaron en un expediente municipal informativo que se resolvió en este sentido. A través de este acuerdo el Ayuntamiento asumió, de forma provisional, toda la tramitación administrativa y la gestión económica derivada de la prestación de los servicios funerarios y de cementerio. Contra el acuerdo anterior no consta, en el expediente, que la UTE concesionaria interpusiera recurso alguno.

2. Que fue a resultas del acuerdo de intervención municipal anterior cuando resultó necesario determinar el régimen transitorio de funcionamiento de la gestión del servicio,

lo que así se llevó a cabo mediante un posterior acuerdo de la Junta de Gobierno local de día 4 de enero del 2006. A través de este acuerdo la Junta pactó con la concesionaria una modificación del contrato, que respondía —como se desprende del propio contenido del acuerdo obrante en el expediente— a la necesidad de establecer ese régimen transitorio mientras durase la intervención municipal del servicio y que se tradujo en unas nuevas condiciones económicas, entre las cuales se acuerda incluso que el Ayuntamiento se quede con un 3% de la facturación del servicio para compensar los gastos derivados de la tramitación administrativa y gestión económica. En este punto debemos recordar que el propio artículo 166 del TRLCAP también habilitaba a la Administración Pública a la intervención del servicio adjudicado *«Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato hasta que aquélla desaparezca»* y además añade: *«En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado»*. Por tanto, en el presente caso debemos observar que no nos hallamos ante un supuesto de asunción directa de la gestión del servicio motivada por razones de interés público independientes de la culpa del concesionario —lo que obligaría al Ayuntamiento a indemnizar a este último, por aplicación del art. 127.2.3 del RSCL—, ni ante el rescate de la concesión o la supresión directa del servicio, sino que nos hallamos ante un supuesto donde la intervención municipal —que tiene un carácter temporal y que continua vigente en la actualidad a la espera de resolverse el contrato— responde ciertamente a una serie de incumplimientos contractuales derivados de infracciones graves imputables única y exclusivamente a la concesionaria, que han puesto en peligro los intereses generales municipales y que han obligado al Ayuntamiento a tramitar el presente procedimiento de resolución contractual. De hecho, el primer acuerdo municipal que se adoptó sobre inicio del procedimiento de resolución contractual data del año 2007 y tal como se desprende de su contenido, ya venía fundamentado en incumplimientos por parte de la concesionaria de sus obligaciones contractuales esenciales a resultas de dos expedientes sancionadores instruidos por la Conselleria de Salud y Consumo contra la UTE por la comisión de varias infracciones de normativa sanitaria y de consumo,—calificadas inicialmente como graves— y a resultas también de la incoación de un expediente informativo municipal, para comprobar las presuntas irregularidades en la prestación del servicio, y que finalizó mediante resolución 10/2005 por la que se confirmaron.

3. A mayor abundamiento, tampoco se sostiene la alegación de la concesionaria relativa a que mediante la modificación contractual acordada por el Pleno del Ayuntamiento en enero del año 2006 se hubiera puesto fin a todas las deficiencias e irregularidades detectadas y a que en la actualidad *«[...] ni existe ni consta una sola nueva deficiencia o motivo que pudiera justificar la resolución contractual o la falta de subsanación de las deficiencias»*, por cuanto de los propios antecedentes del dictamen se desprende que, con posterioridad al acuerdo anterior de modificación contractual, se incoó por la Conselleria de Salud y Consumo —mediante sendas resoluciones de 2 de mayo y de 19 de junio del 2006— los expedientes sancionadores SA 44/2006 —por infracciones tipificadas inicialmente como graves en materia de sanidad— y CO 145/2006 —por

infracciones tipificadas inicialmente como leves en materia de consumo—. Si bien la resolución sancionadora de este último expediente fue revocada en alzada por una cuestión puramente formal como fue la caducidad del procedimiento, los incumplimientos de la concesionaria se acreditaron a través de las actas de inspección que dieron lugar a la imposición de la multa de 60.000 euros, por lo que la caducidad lo único que impidió, en su momento, fue la imposición de la medida sancionadora. En cuanto al primer expediente sancionador (SA 44/2006), de los antecedentes de este dictamen se desprende que, a través de resolución del director general de Salud Pública y Participación de 19 de octubre de 2006, se impuso a la UTE una Multa de 231.000 euros como autora de veintiuna infracciones administrativas graves en materia sanitaria y que dicha resolución fue posteriormente confirmada en alzada, siendo esta última resolución, de 14 de febrero de 2007, recurrida ante la **Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears que, finalmente, dictó la Sentencia núm. 1/2010, de 11 de enero (RJ/2010/91960)**, por la que estimó parcialmente el recurso contencioso interpuesto por la concesionaria anulando dos de las 21 infracciones graves atribuidas a la concesionaria si bien confirmó la resolución recurrida de la Conselleria en sus restantes pronunciamientos relativos a las restantes 19 infracciones graves en materia sanitaria cometidas por la concesionaria (quien vulneró la normativa autonómica aplicable al ámbito de gestión de este tipo de servicios públicos).

Por todo lo expuesto debemos concluir que, en el presente caso consideramos suficientemente acreditados en el expediente la existencia de incumplimientos contractuales en la prestación del servicio imputables únicamente a la UTE concesionaria y que afectan gravemente a las obligaciones esenciales derivadas del contrato y de los propios Pliegos, que son «lex contractus» o ley entre las partes, como así lo recoge abundante Jurisprudencia. Sin ir más lejos y llegados a este punto interesa de nuevo traer a colación lo dispuesto en el propio PCEA, en su cláusula VIII, que textualmente establecía : *«Aquests drets i obligacions tenen el caràcter de mínimes i a més seran d'aplicació les ordenances i el reglament municipal reguladors dels serveis funeraris municipals i dels serveis de cementeri municipal, les ordenances fiscals de referència, el RDL 2/2000 de Llei de contractes de les administracions públiques, el reglament de serveis de les corporacions locals, i la Llei 7/1985 reguladora de les bases de règim local.»*. A mayor abundamiento, sobre el incumplimiento contractual imputable al contratista de sus obligaciones esenciales son coincidentes también todos los informes jurídicos internos obrantes en el expediente, emitidos por el asesor jurídico municipal, la TAG municipal y el secretario municipal.

Por todo lo anteriormente expuesto este órgano de consulta considera procedente que el Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca resuelva, en aplicación de lo dispuesto en la cláusula X del PCEA, el contrato de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca adjudicado a la UTE D por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales, tal como se desprende de las 19 infracciones graves que resultan acreditadas en el expediente sancionador antes referido de la Conselleria de Salud y Consumo (SA 44/2006), y posteriormente confirmadas mediante Sentencia

dictada por la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears núm. 1/2010, de 11 de enero, por la que se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la concesionaria contra la Resolución desestimatoria del recurso de alzada.

No obstante lo anterior, consideramos también procedente suprimir de la Propuesta de resolución municipal el punto segundo del apartado primero que viene referido a las cuatro infracciones atribuidas a la concesionaria en materia de consumo, por cuanto la resolución sancionadora de la Conselleria de Salud y Consumo fue posteriormente anulada en alzada, tal como hemos avanzado, y se declaró no ajustada a derecho por caducidad del procedimiento.

Quinta

Finalmente, una vez determinada la causa de resolución que precede, y en cuanto a los efectos de la resolución contractual simplemente debe añadirse que el acuerdo de incautación de la garantía definitiva que propone el Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca en el punto segundo de su Propuesta de resolución es conforme a derecho, habida cuenta de que concurre, por lo expuesto en nuestra anterior consideración jurídica, un incumplimiento contractual por causa imputable a la UTE contratista. Así, pese a la reforma operada por la Ley 30/2007, con arreglo al régimen vigente en el momento de adjudicación, la incautación automática de la garantía resulta procedente por aplicación del artículo 113.4 del TRLCAP 2/2000.

Una vez resuelto el contrato hay que abrir el periodo liquidatorio y determinar las responsabilidades e indemnizaciones que correspondan.

III. CONCLUSIONES

1a. El Alcalde del Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca está legitimado para formular la consulta realizada, y el Consejo Consultivo es competente para evacuar este dictamen, que tiene carácter preceptivo.

2a. Es procedente declarar resuelto, por incumplimiento grave por el contratista de sus obligaciones esenciales, el contrato de gestión indirecta, mediante concesión administrativa, de los servicios públicos funerarios y de cementerios de Ciutadella de Menorca adjudicado a la UTE D de conformidad con lo expuesto en la consideración jurídica cuarta de este dictamen.

3a. Resulta procedente la incautación de la garantía definitiva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP aprobado pro RDL 2/2000, de 16 de junio.

4a. La resolución que se adopte especificará si es «de acuerdo con el Consejo Consultivo», o bien «oído el Consejo Consultivo», en aplicación de lo que establece el artículo 4.3 de la Ley 5/2010, de 16 de junio.

Palma, 27 de noviembre de 2013