

## ACTA SESION AYUNTAMIENTO PLENO DE 13 de JUNIO DE 2016.

En el Municipio de Almuñécar, y en el Salón de Actos de la Casa de la Cultura, siendo las nueve horas treinta minutos del día trece de junio de dos mil dieciséis, se reúne el Ayuntamiento Pleno en sesión extraordinaria, primera convocatoria, bajo la presidencia de la Sr<sup>a</sup> Alcaldesa D<sup>a</sup> Trinidad Herrera Lorente con asistencia de los concejales D. Francisco Rafael Alba Casares, D. Luis Francisco Aragón Olivares, D. Juan Carlos Benavides Yanguas, D. Rafael Caballero Jiménez, D<sup>a</sup> Inmaculada Callejas Albalá, D. José Manuel Fernández Medina, D<sup>a</sup> Eva Gaitán Díaz, D. Sergio García Alabarce, D. Emilio González Pavesio, D. Manuel Juárez Ruiz, D. Antonio Laborda Soriano, D<sup>a</sup> María Dolores Manzano Martínez, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Maya Santiago D<sup>a</sup> María del Mar Medina Cabrera, D<sup>a</sup> María Carmen Reinoso Herrero, D. Juan Carlos Rodríguez de Haro, D. Pablo Ruiz Díaz, D. Juan José Ruiz Joya, D<sup>a</sup> Olga María Ruano Jadraque y D. Fermín Tejero Mesa, de la Interventora Accidental D<sup>a</sup> Silvia Justo González y de la Secretaria Accidental D<sup>a</sup> Susana Muñoz Aguilar.

### ORDEN DEL DÍA

**1º.- MODIFICACIÓN CONTRATO CONCESIÓN PARQUE ACUÁTICO.-** Se da cuenta de Dictamen de la Comisión Informativa de Compras, Contratación y Servicios de fecha 9 de junio actual, sobre el Expte. 269/2010.- Modificación no sustancial del contrato de gestión de servicio público consistente en la Explotación y mantenimiento del Parque Acuático [REDACTED].

I.-) Con fecha 1 de diciembre de 2010, esta Administración firmó con la empresa [REDACTED], con CIF. [REDACTED], y domicilio social en [REDACTED], contrato administrativo para la gestión del Servicio Público consistente en la "Explotación y Mantenimiento del parque acuático [REDACTED]", por el canon ofertado de 5.000 Euros anuales, a abonar a la Administración municipal y 46.040,11 Euros anuales de canon correspondiente a la Administración del Estado.

II.-) En fecha 25 de abril de 2014, el Servicio Provincial de Costa en Granada, (Según Resolución de la Consejería de M.A. de fecha 31 de agosto de 2015), informa que la instalación de la nueva atracción **no modifica la superficie ni la finalidad de la misma, pero sí supone un aumento del valor de las instalaciones y por tanto obligaría a la modificación al alza del canon** recogido en el título concesional y la modificación de las características de la concesión de acuerdo con lo permitido por el artículo 156.3 del Real Decreto 1471/1969, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Costa.

III.-) Con fecha 3 de septiembre de 2015, registro de entrada 13280. Se emite Resolución de la Dirección General de prevención y calidad ambiental para **autorizar la MODIFICACIÓN NO SUSTANCIAL de las características de la concesión** otorgada por O.M. de 22 de junio de 2010 "para la adecuación y explotación de un parque acuático en Punta Velilla, en el término municipal de Almuñécar" en la cual se resuelve autorizar al Ayuntamiento de Almuñécar para la realización de la modificación no sustancial de la concesión de unos 33.640 m2 de bienes de dominio público marítimo-terrestre otorgados por Orden Ministerial de 22 de junio de 2010, del entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, contemplados en el proyecto modificado para la "Adecuación y explotación de un Parque acuático en Punta de Velilla".

IV.-) En fecha 25 de febrero de 2016 se emite informe del Teniente de Alcalde, Concejales de Seguridad Ciudadana y Actividades, sobre la necesidad de mejora de las instalaciones del Parque Acuático y el interés general que supondría dicha mejora como atractivo turístico.

V.-) En fecha 13 de abril actual, se emite informe del Ingeniero Municipal señalando que se ha realizado consulta para la modificación de la Concesión

existiendo informe de la Junta de Andalucía, Delegación Territorial de Agricultura, pesca y Medio Ambiente en Granada, favorable, en el que se indica que "no existe inconveniente en que sea otorgada la autorización para la modificación no sustancial de las características de la Concesión otorgada. Igualmente, señala que la instalación de la nueva atracción no modifica la superficie ni la finalidad de la misma pero sí supone un aumento del valor de las instalaciones y por tanto obligaría la modificación al alza del canon recogido en el título concesional y la modificación de las características de la concesión.

VI.-) En fecha 24 de mayo de 2016 se emite informe favorable de la Comisión Técnica de supervisión de proyectos.

VII.- En fecha 30 de mayo actual se emite informe de fiscalización de la Intervención Municipal.

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE.-**

- 1) Disposición transitoria primera del TRLCSP, sobre expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.
- 2) Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible que modifica la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.
- 3) Artículos 202, 226, 228.c) y 233 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.
- 4) Artículo 102 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas.

**Primero.-** En cuanto a la normativa aplicable a la presente modificación, adjudicado el contrato el 15 de noviembre de 2010, bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, modificada por la Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible. De conformidad con su disposición transitoria séptima y posteriormente, Disposición Transitoria primera del TRLCSP, que establecía que los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007 que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, es decir, en este caso, la LCSP 30/2007.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que los contratos adjudicados bajo la vigencia de la LCSP se continúan rigiendo con respecto a las modificaciones contractuales por aquella ley, si bien interpretada de acuerdo con los principios que informan la contratación pública según la construcción jurisprudencial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Segundo.-** El artículo 226 de la LCSP establecía que una vez perfeccionado el contrato, el Órgano de contratación sólo podría introducir modificaciones en el proyecto en los casos y en la forma establecida en el artículo 202. Dicho artículo dice que "Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo **por razones de interés público** y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones **no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.**, Su apartado 2º) determina que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual. De otro lado, el art. 228, Derechos del Concesionario, en su apartado c.) establece el derecho del concesionario a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública. Y el artículo 233 deternuna que el órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación de la obra pública, si concurren las circunstancias del artículo 202.

**Tercero.** El artículo 102 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas establece el procedimiento para realizar la

modificación contractual. "Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

#### **INFORME. -**

I.- La tramitación del procedimiento de modificación debe ajustarse a la ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), aprobada por Ley 30/2007, de 30 de octubre, dado que la adjudicación del contrato se produjo el 15 de noviembre de 2010, y por el RGLCAP, aprobado por Decreto 1098/2001, aplicable en la medida en que no se oponga a lo establecido en la referida Ley.

II.- La competencia para modificar el contrato corresponde al Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª de la LCSP.

III.- El artículo 195.3.a) de la LCSP, viene a disponer que el Dictamen del Consejo Consultivo es preceptivo cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a seis millones de euros. En el presente caso no se cumplen dichos requisitos, por tanto no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía. En caso de que exista variabilidad en el canon concesional, lo será a favor de la Administración.

IV.- Como ha señalado reiteradamente el Consejo Consultivo de Andalucía, uno de los principios básicos que presiden las relaciones contractuales es el de invariabilidad de lo pactado -principio ne varietur-, recogido en diversos preceptos de la legislación contractual administrativa, como son los siguientes: artículo 25 de la Ley 30/2007 de CSP, conforme al cual, la Administración podrá concertar los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por convenientes, con los límites impuestos por dichos artículos, y deberá cumplirlos en su propio tenor. No obstante, la referida legislación contempla la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el objeto de los contratos administrativos, potestad denominada "ius variandi" (artículo 194 de la LCSP) y que, como excepción que es al principio de invariabilidad, está sometida a una serie de exigencias, de modo que el "ius variandi" no puede ser entendido como una facultad absoluta de la Administración que le permita en cualquier supuesto y sin necesidad de otra justificación que no sea su propia voluntad, la alteración de lo inicialmente acordado, vinculado al contratista (dictámenes 13, 17 y 22/1994 y 71/1995, entre otros).

En todo caso, haya o no acuerdo entre las partes, todas las modificaciones de los contratos administrativos se han de someter, según puede colegirse de la regulación contenida en los artículos 202 de la LCSP y 102 de su Reglamento, a dos tipos de requisitos, formales y materiales.

Los requisitos formales son la aprobación por el órgano de contratación, la audiencia al contratista y la formalización en documento administrativo, así como los documentos que acreditan el cumplimiento de las circunstancias justificativas de la modificación, cuales son: la Memoria explicativa de la modificación, justificando la concurrencia de los requisitos para ello, y el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, entre otros, si procede.

V.- La cláusula 26 del pliego de cláusulas Administrativas "MODIFICACIÓN DEL CONTRATO", establece que "El Ayuntamiento de Almuñécar podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios", conforme dispone el art. 202.2 de la LCSP, y la Resolución de la Dirección General de prevención y calidad ambiental, autoriza la MODIFICACIÓN NO SUSTANCIAL de las características de la concesión.

VI.- Quedan reflejados en el expediente administrativos las circunstancias requeridas para la modificación:

- 1) Resolución de la Dirección General de prevención y calidad ambiental autorizando la modificación.
- 2) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica del mismo.
- 3) Informe del Concejal Delegado de Actividades motivando la modificación.
- 4) Informe del Ingeniero Municipal.
- 5) Informe de fiscalización de la Interventora Municipal.

#### **Conclusión.**

Primero.- Visto lo anterior y cumpliéndose los requisitos exigidos en la LCSP, vigente en el presente contrato, procedería la modificación del contrato, previa aprobación del proyecto modificado por el órgano de contratación, audiencia al contratista por plazo mínimo de tres días y formalización de la modificación en Anexo al contrato en el plazo máximo de 10 días desde que el concesionario preste su conformidad.

Segundo.- Visto que la Resolución de la Dirección General de prevención y calidad ambiental, Resuelve que la nueva instalación **no modifica la superficie ni la finalidad de la misma, pero sí supone un aumento del valor de las instalaciones y por tanto obligaría a la modificación al alza del canon** recogido en el título concesional, procedería **aumentar el canon municipal en el mismo porcentaje que el canon estatal.**

Tercero.- Dar traslado del presente acuerdo a Intervención, Ingeniería, Rentas, Contratación y al concesionario, a los efectos oportunos.

**Vista la propuesta de acuerdo contenida en el Dictamen de la Comisión Informativa de Compras, Contratación y Servicios de 9 de junio de 2016, el Ayuntamiento Pleno, por unanimidad de los 21 miembros presentes que componen la totalidad del Pleno, acuerda:**

1. Aprobar el proyecto de modificación no sustancial del Contrato de concesión para la explotación y mantenimiento del Parque Acuático [REDACTED].
2. Dado que existe conformidad de la Concesionaria, acordar con la Empresa [REDACTED], con CIF. [REDACTED] y domicilio social en [REDACTED], la modificación del Contrato de concesión para la explotación y mantenimiento del Parque Acuático [REDACTED].
3. Visto que la Resolución de la Dirección General de prevención y calidad ambiental, Resuelve que la nueva instalación **no modifica la superficie ni la finalidad de la misma, pero sí supone un aumento del valor de las instalaciones y por tanto obligaría a la modificación al alza del canon** recogido en el título concesional, procedería **aumentar el canon municipal en el mismo porcentaje que el canon estatal.**
4. Redactar anexo al contrato para formalizar la modificación, requiriendo a la empresa adjudicataria para la firma de dicho anexo en un plazo máximo de 15 días, y facultar a la Sra. Alcaldesa para la firma del contrato.
5. Dar traslado del presente acuerdo a Intervención, Ingeniería, Rentas, Contratación y al concesionario, a los efectos oportunos.
6. Acto seguido la Sr<sup>a</sup> Alcaldesa, declaró adoptado el acuerdo.....

**2º.- PETICIÓN INFORME EFECTO NULIDAD CONTRACTUAL CONSEJO CONSULTIVO.-** Se da cuenta de Dictamen de la Comisión Informativa de Compras, Contratación y Servicios de fecha 9 de junio actual, sobre el Expte 369/2008, Devolución aval Contrato gestión recaudatoria del periodo 2009-2013 y requerimiento de documentación.

ANTECEDENTES.-

Informe emitido en fecha 6/05/2013 por el Tesorero Municipal del Iltmo. Ayuntamiento de Almuñécar.  
Informe emitido en fecha 16/9/2014 por el Secretario y Tesorera del Iltmo. Ayuntamiento de Almuñécar.  
Acuerdo Pleno de 22 de abril de 2015.  
Recurso presentado por Recafer Almuñécar UTE en fecha 1 de julio de 2015.  
Acuerdo de Junta de Gobierno local de fecha 27 de agosto de 2015, notificado al Servicio de contratación en septiembre de 2015, dando traslado de Sentencia de nulidad del contrato de servicios con Recafer Almuñécar UTE, de fecha 9 de diciembre de 2014.  
Solicitud de devolución de aval de fecha 30 de octubre de 2015.  
Informe Contratación de 26 de enero de 2016.  
Acuerdo Pleno de 28 de enero de 2016.  
Informe de Tesorería 3/2016 de fecha 15 de febrero de 2016

Visto informe del Asesor Jurídico del Servicio de Contratación y Compras, que concluye:

**Primero.-)** El Ayuntamiento Pleno de fecha **28 de enero de 2016**, a la vista del informe emitido por el Asesor Jurídico de Contratación, transcrito en el apartado Segundo, por unanimidad de los asistentes, aprobó dicho informe, no obstante **en el acuerdo adoptado solo se incorporaron dos de las cuatro conclusiones de dicho informe**, a saber:

**Devolver a la mercantil [REDACTED] los avales presentados** como garantía definitiva del contrato de asistencia técnica y colaboración para la gestión tributaria, la recaudación voluntaria y la recaudación ejecutiva de los tributos y otros ingresos municipales y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 35 de la LCSP, vigente en el presente contrato y la Sentencia nº 3.235 de 9 de diciembre de 2014, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Granada, anulando los pliegos administrativos y técnicos del contrato de servicio de asistencia técnica y colaboración para la gestión tributaria, la recaudación voluntaria y la recaudación ejecutiva de los tributos y otros ingresos municipales, así como el Acuerdo de 18 de diciembre de 2008.

En cuanto a la cesión de datos protegidos, **se certifique por el adjudicatario el cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 4.2 del pliego y la Ley de protección de datos** y se compruebe por el Servicio de Informática que se ha procedido al borrado de ficheros y destrucción de documentación protegida con lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas y la Ley de Protección de Datos.

**Omite el acuerdo de pleno las siguientes conclusiones, de suma importancia para la liquidación del contrato y que resumidamente suponen la "finalización de la liquidación del contrato" y la "petición de posibles daños y perjuicios" si estos se han producido:**

*Dado que el Ayuntamiento Pleno de fecha 22 de abril de 2015 denegó la devolución del Aval constituido por entender que el contrato firmado en 2009 no estaría finalizado hasta que no estuvieran cumplidas las estipulaciones previstas en el mismo y que la Sentencia de nulidad tuvo como causa inmediata la finalización de la relación contractual con la adjudicataria -aunque el contrato había finalizado en marzo de 2013- y dicha declaración de nulidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la LCSP, impone la liquidación de contrato y restitución recíproca de las cosas aportadas por las partes, y si no fuese posible, de su valor, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, procedería:*

Si tenemos en cuenta el informe emitido por el Tesorero Municipal de fecha 6 de mayo de 2013, como liquidación definitiva anual correspondiente al ejercicio 2013, último año de contrato de la adjudicataria, podría entenderse iniciada la fase de liquidación del contrato, aunque no concluida, pues quedaría por dilucidar el resto de obligaciones dimanantes de la nulidad contractual, entre ellas, **la devolución del aval, la entrega de las aplicaciones informáticas** y lo establecido en la cláusula 4.2 del pliego técnico, relativo al **tratamiento de datos protegidos**. Visto que el adjudicatario puso de manifiesto que las expresiones utilizadas en el pliego técnico sobre aportación de aplicaciones informáticas, son "excesivamente genéricas y de imposible cumplimiento", puesto que estas aplicaciones no están valoradas económicamente, y teniendo en cuenta que la cláusula 1.3.9 del Pliego Técnico establece la obligación de ceder al Ayuntamiento las aplicaciones informáticas utilizadas en la ejecución de este contrato, incluido los códigos fuentes, sería necesario que por los servicios informáticos y los técnicos redactores del Pliego de prescripciones técnicas (si ello fuera posible), se determinara qué aplicaciones informáticas son objeto de cesión a esta Administración y su valoración económica, para su reclamación a la adjudicataria, si procediese, y ello en evitación de un enriquecimiento sin causa que de otro modo podría producirse.

De conformidad con el Dictamen 76/2013, de 30 de enero del Consejo Consultivo de Andalucía, **hay que entender finalizada la relación contractual y por tanto no cabría "resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista" y por tanto ejecución de aval, ya que como concluye el Dictamen citado "un contrato invalidado no puede resolverse". Lo anterior no significa que no puedan exigirse daños y perjuicios a la empresa, pero ello será posible al margen de un procedimiento de resolución contractual. Por lo que procedería dar traslado al Departamento de Tesorería por si estimara tal necesidad, justificando debidamente y valorando económicamente lo daños que pudieran haberse irrogado.**

**Segundo.-** En cuanto a la aclaración solicitada sobre someter a condición la devolución de los avales hay que señalar que del tenor literal del artículo 35 "... liquidación de contrato y restitución recíproca de las cosas aportadas por las partes, y si no fuese posible de su valor...", el término restitución recíproca puede entenderse como la acción realizada mutuamente entre dos o más sujetos, esto no denota el cumplimiento de uno antes que otro, pero sí podría entenderse que se formalicen en el mismo acto, y por tanto, que se devuelvan los avales y se cumpla por parte del contratista con lo dispuesto en el acuerdo pleno de 28 de enero de 2016.

Asimismo, hay que decir que no existiendo en el TRLCSP, metodología alguna o manera en que deba procederse en el reintegro de las prestaciones, cabe acudir al capítulo VI. "De la nulidad de los contratos" del Código Civil, que en su artículo 1308 establece que mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado no puede el otro ser compelido a cumplir con su parte lo que le incumba.

**Tercero.-** Sobre la petición de reintegro de las cantidades abonadas al Contratista, la Administración incurriría en un enriquecimiento injusto, ya que los servicios han sido prestados por la adjudicataria y liquidados por la propia Tesorería con los precios inicialmente pactados en el contrato. Esto es lo que se desprende de las Sentencias y dictámenes examinados, lo que no implica que se finalice con la liquidación del contrato, con el fin de dilucidar el resto de obligaciones dimanantes de la nulidad contractual, entre ellas, la devolución del aval, la entrega de las aplicaciones informáticas y lo establecido en la cláusula 4.2 del pliego técnico, relativo al tratamiento de datos protegidos.

Y en cuanto a la improcedencia del pago del beneficio industrial, hay que indicar que los dictámenes del Consejo Consultivo 265/2014 y 28/2014, de 22 de enero, así como alguna sentencia del TS aquí mencionada, lo que señalan es que si la empresa procediera irregularmente (caso de contratos realizados prescindiendo de todo procedimiento), no procederá el pago del beneficio industrial, es más si dicha empresa actúa en la creencia que su contrato es totalmente válido y la culpa fuese de la Administración, esta tendrá que indemnizar de los daños y perjuicios que hubiera irrogado a aquella.

Por tanto lo primero que habría que determinarse mediante la liquidación propuesta en el acuerdo Pleno, es a quien es atribuible la nulidad contractual, si a la Administración, a la Empresa o a ambas, ya que sus efectos serían totalmente distintos. Si atendemos al informe 2/2006 de la Junta Consultiva de Contratación de Navarra, en este caso la responsabilidad sería de la Administración.

**Cuarto.-** Ante la multitud de peticiones incluidas en el informe de Tesorería por las innumerables dudas que al parecer le plantea la liquidación del contrato, y teniendo en cuenta que estas derivan de la nulidad del mismo, siendo el Consejo Consultivo de Andalucía competente para dictaminar sobre la nulidad contractual y sus efectos, el órgano de contratación podría, si así lo estimara conveniente, someter al Dictamen de dicho Órgano (aunque se haya resuelto en la vía contenciosa) el presente expediente, con el fin de dilucidar los efectos y consecuencias de la nulidad contractual, la procedencia o no del pago del beneficio industrial o daños y perjuicios, la petición de reintegro del total de las cantidades abonadas a la contratistas, así como todas y cada una de las cuestiones sugeridas en el informe de la Tesorera Municipal.

**Sra Alcaldesa- Presidenta:**

"¿Intervenciones?, Señor Tejero"

**Sr, Tejero, Portavoz de Izquierda Unida:**

" Con respecto a este punto , el dictamen que acaba de leer el Secretario, lo que plantea son un montón de ambigüedades que no se concretan en nada, empezando por la última que dice" que el órgano de contratación podría..., al Consejo Consultivo a tales efectos". En el dictamen hay unas afirmaciones, como que hay enriquecimiento injusto de la administración, como que el culpable, según una resolución del Consejo Consultivo de Navarra, es culpa de la administración, etc... Sí, es verdad, que hay una sentencia que declara nulo el contrato. No hay contrato, no puede haber incumplimiento de contrato, devuélvase cada parte lo que han hecho.

Nosotros entendemos que el informe de Tesorería que ya se ha visto en varias ocasiones, y que en enero se trajo este tema de la devolución de los avales a Pleno, de manera urgente, que se planteó como que era un cumplimiento de sentencia, cuando la sentencia lo que decía era que El contrato era nulo pero no decía que había que devolver los avales. Nosotros entendemos que lo que aquí dice en el dictamen, la empresa hasta ahora no ha querido realizarlo; no ha querido entregar los programas informáticos. No ha habido contrato pero la empresa ha cobrado por un servicio. No ha presentado los tc2 de los trabajadores que tenía. Y yo deduzco del informe de Tesorería que lo que se le ha pedido a la empresa es que presente los gastos que ha tenido de alquiler del local, de contratación de personal, de luz, de agua,.. para que la administración no se enriquezca .., pero la empresa ha cobrado esos cuatro años seiscientos mil euros aproximadamente, y por tanto, los ciento y pico mil euros que hay de avales, a lo mejor no cubren ni siquiera, lo que la empresa tendría que devolver.

El Código Civil, al que se hace referencia en el dictamen dice, que si una parte no puede pedir a la otra. Muy bien, pero es que nosotros no vemos ninguna actitud de resolver esta situación por parte de la empresa porque a todo lo que se le ha pedido ha hecho, al margen de otras matizaciones de afirmaciones a título personal que hay en el

informe de La Tesorera, en las que no voy a entrar, pero por parte de la empresa no hay intención de resolver este tema.

La Tesorera también hace afirmaciones sobre la custodia de esos datos, de los contribuyentes del pueblo y en manos de quien están. Que además no están con el CIF, con el código de la empresa a la que se le adjudicó el servicio. Y por tanto, en el tema de acceso a los datos puede haber alguna irresponsabilidad. En la manera de decir la empresa que han estudiado los datos, ya en Comisión manifesté mis dudas, porque no sé si la Ley de Protección de Datos.. Pero la realidad de hoy es que la empresa dio de baja los usuarios encargados de recoger esos datos, y esos datos no los puede consultar la administración, nuestro Ayuntamiento. Nos extraña muchísimo que el dictamen en vez de salvaguardar todas las cuestiones por parte del Ayuntamiento.., después si hay daños le reclamaremos nosotros, ¿por qué lo han reclamado ellos judicialmente?, porque ellos han ido a juicio cuando la Junta planteó que el contrato era ilegal. Que ya en su día, en la adjudicación, en el 2008, ya manifestamos que teníamos muchas dudas de lo que se estaba haciendo por el tipo de contrato de servicios que se externalizaba.

Por tanto, el dictamen es totalmente ambiguo. No deja claro cuál es el camino que se va a seguir. Se sigue diciendo, " los programas informáticos", los programas informáticos tienen nombre, y creo que están ahí, el que se ha estado utilizando en la recaudación. Es decir, vemos un motón de ambigüedades, no está nada claro, después del Pleno de enero que parecía que era el cumplimiento de sentencia, como aquello fue de urgencia y se nos planteó directamente en el Pleno.., y ahora resulta que la manera de liquidar ese contrato, con el artículo 35, pues sería "restituir a la empresa lo que realmente ha gastado", tiene que justificarlo y devolver cada uno las cosas. Pero parece, o al menos eso es lo que se traduce la lectura de los informes, que la empresa va a seguir poniendo pegas, porque nosotros entendemos que es un chantaje que tres años después, el Ayuntamiento no tenga acceso a los datos de los contribuyentes en esa fecha".

**Vista la propuesta de acuerdo contenida en el Dictamen de la Comisión Informativa de Compras, Contratación y Servicios de 9 de junio de 2016, el Ayuntamiento Pleno, por mayoría de diecisiete votos a favor de los concejales de los Grupos Popular, Andalucista, Más-Almuñécar-La Herradura y Eva Gaitán, tres abstenciones de los concejales del Grupo Socialista y un en contra del concejal del Grupo Izquierda Unida, acuerda:**

**Primero.- Rectificar el Acuerdo Pleno de fecha 28 de enero de 2016, incluyendo los apartados 3º y 4º del informe de Contratación, transcritos en el apartado "primero" del presente dictamen y que resumidamente suponen: "finalizar la liquidación del contrato" y la "petición de posibles daños y perjuicios" si estos se han producido. Por lo que procedería dar traslado al Departamento de Tesorería por si estimara tal necesidad, justificando debidamente y valorando económicamente lo daños que pudieran haberse irrogado.**

**Determinar qué aplicaciones informáticas son objeto de cesión a esta Administración y su valoración económica, para su reclamación a la adjudicataria, si procediese, y ello en evitación de un enriquecimiento sin causa que de otro modo podría producirse.**

**Segundo.- En cuanto a la aclaración solicitada sobre someter a condición la devolución de los avales hay que señalar que del tenor literal del artículo 35 "... liquidación de contrato y restitución recíproca de las cosas aportadas por las partes, y si no fuese posible de su valor..." , el término restitución recíproca puede entenderse como la acción realizada mutuamente entre dos o más sujetos, esto no denota el cumplimiento de uno antes que otro, pero sí podría entenderse que se formalicen en el mismo acto, y por tanto, que se devuelvan los**



avales y se cumpla por parte del contratista con lo dispuesto en el acuerdo pleno de 28 de enero de 2016.

Asimismo, hay que decir que no existiendo en el TRLCSP, metodología alguna o manera en que deba procederse en el reintegro de las prestaciones, cabe acudir al capítulo VI. "De la nulidad de los contratos" del Código Civil, que en su artículo 1308 establece que mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado no puede el otro ser compelido a cumplir con su parte lo que le incumba.

**Tercero.-** Sobre la petición de reintegro de las cantidades abonadas al Contratista, la Administración incurriría en un enriquecimiento injusto, ya que los servicios han sido prestados por la adjudicataria y liquidados por la propia Tesorería con los precios inicialmente pactados en el contrato. Esto es lo que se desprende de las Sentencias y dictámenes examinados, lo que no implica que se finalice con la liquidación del contrato, con el fin de dilucidar el resto de obligaciones dimanantes de la nulidad contractual, entre ellas, la devolución del aval, la entrega de las aplicaciones informáticas y lo establecido en la cláusula 4.2 del pliego técnico, relativo al tratamiento de datos protegidos.

Y en cuanto a la improcedencia del pago del beneficio industrial, hay que señalar que los dictámenes del Consejo Consultivo 265/2014 y 28/2014, de 22 de enero, así como alguna sentencia del TS aquí mencionada, lo que señalan es que si la empresa procediera irregularmente (caso de contratos realizados prescindiendo de todo procedimiento), no procederá el pago del beneficio industrial, es más si dicha empresa actúa en la creencia que su contrato es totalmente válido y la culpa fuese de la Administración, esta tendrá que indemnizar de los daños y perjuicios que hubiera irrogado a aquella.

Por tanto lo primero que habría que determinarse mediante la liquidación propuesta en el acuerdo Pleno, es a quien es atribuible la nulidad contractual, si a la Administración, a la Empresa o a ambas, ya que sus efectos serían totalmente distintos. Si atendemos al informe 2/2006 de la Junta Consultiva de Contratación de Navarra, en este caso la responsabilidad sería de la Administración.

**Cuarto.-** Ante la multitud de peticiones incluidas en el informe de Tesorería por las innumerables dudas que al parecer le plantea la liquidación del contrato, y teniendo en cuenta que estas derivan de la nulidad del mismo, siendo el Consejo Consultivo de Andalucía competente para dictaminar sobre la nulidad contractual y sus efectos, el órgano de contratación podría, si así lo estimara conveniente, someter al Dictamen de dicho Órgano (aunque se haya resuelto en la vía contenciosa) el presente expediente, con el fin de dilucidar los efectos y consecuencias de la nulidad contractual, la procedencia o no del pago del beneficio industrial o daños y perjuicios, la petición de reintegro del total de las cantidades abonadas a la contratistas, así como todas y cada una de las cuestiones sugeridas en el informe de la Tesorera Municipal.

Acto seguido la Sr<sup>a</sup> Alcaldesa, declaró adoptado el acuerdo.....

No habiendo más asuntos de que tratar, la Sr<sup>a</sup> Presidenta levantó la sesión siendo las nueve horas cuarenta minutos, de lo que yo, el Secretario General, Certifico.

La Alcaldesa,

El Secretario,