

Expediente Núm. 110/2015
Dictamen Núm. 124/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de julio de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. I. de 17 de junio de 2015 -registrada de entrada el día 19 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de explotación de la cafetería de la piscina climatizada de Pola de Siero, adjudicado a “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 8 de agosto de 2013 se adjudica el contrato de explotación de la cafetería de la piscina climatizada de Pola de Siero.

Al día siguiente se formaliza el contrato en documento administrativo. La cláusula segunda del mismo establece que “el precio o canon del contrato será

de cinco mil ochocientos euros anuales”, y la tercera señala, respecto del plazo de ejecución, que “comenzará el 12 de agosto de 2013 y tendrá una duración de cuatro años, hasta el 11 de agosto de 2017, sin perjuicio de las dos prórrogas anuales previstas previa solicitud del adjudicatario con dos meses de antelación y la aprobación expresa del órgano de contratación, sin que el plazo de ejecución total pueda ser superior a seis años”. En los antecedentes de este documento se refleja que el adjudicatario ha constituido la garantía definitiva “en metálico” por importe de 958,68 €.

2. Obran incorporados al expediente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por los que se rige la contratación. En la cláusula 22 del pliego de las administrativas particulares se establece que “el canon será satisfecho por el adjudicatario por trimestres anticipados al Patronato Deportivo Municipal de Siero, pago que se efectuará dentro de la primera quincena de cada periodo”. La cláusula 27 del mismo pliego contempla como causa de resolución contractual, además de las previstas en el artículo 223 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el “impago del canon cuando medien dos requerimientos consecutivos”, y precisa que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar al Patronato Deportivo Municipal de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.

3. Mediante escrito de 20 de febrero de 2014, el Presidente del Patronato Deportivo Municipal de Siero recuerda al contratista que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 22 del pliego de las administrativas particulares, debe abonar el canon de explotación por trimestres anticipados y dentro de la primera quincena de cada periodo, y le comunica que, “comoquiera que ha transcurrido con creces el plazo estipulado para efectuar el ingreso correspondiente al primer trimestre de 2014 (...), en caso de no satisfacer la

deuda se le girará la oportuna liquidación con los recargos e intereses a que hubiere lugar”.

4. Con fecha 23 de marzo de 2015, el Presidente del Patronato Deportivo Municipal de Siero remite un nuevo requerimiento al contratista en el que le indica que, “dado que a fecha de hoy, y a pesar del requerimiento efectuado, constan pendientes de pago todos los trimestres devengados con excepción del primero, se le comunica que en el improrrogable plazo de diez días a contar desde el siguiente al que reciba la presente comunicación deberá saldar la deuda (...). Si incumple de nuevo el plazo señalado se iniciará expediente de resolución contractual al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, que prevé como causa de extinción el impago del canon cuando medien dos requerimientos consecutivos, ello sin perjuicio de la obligación por su parte de hacer frente al abono de los daños y perjuicios que se le irroguen a la Administración, y de la obligación de saldar la deuda pendiente, para lo cual se le girará la oportuna liquidación con los intereses y recargos a que hubiere lugar”.

5. El día 19 de mayo de 2015 suscribe un informe el Técnico del Patronato Deportivo Municipal, con el visto bueno de la Secretaria-Delegada. En él pone de relieve que el contratista adeuda 8.090 euros en concepto de canon de explotación correspondiente a la “parte proporcional de la deuda del tercer trimestre de 2013 y a los trimestres completos devengados hasta la fecha”, y manifiesta que “los impagos señalados constituyen motivo suficiente para incoar expediente de resolución contractual al amparo de lo dispuesto en el artículo 223.h) 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, que señala como causas específicas `las establecidas expresamente en el contrato´”.

Tras hacer alusión a los diferentes trámites que engloba el procedimiento de resolución contractual, entre ellos el informe de la Intervención Municipal, analiza los efectos resolutorios y afirma que, acreditado que el incumplimiento de la obligación de abonar el canon “no se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, procede incautar la garantía definitiva y exigir indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de aquella (art. 225 TRLCSP), los cuales comprenden, entre otros, las cantidades que la Administración deje de ingresar por la nueva adjudicación del contrato en relación con el que ahora se propone resolver. Cuando la fianza no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que esté afecta, la Administración reclamará la diferencia mediante el procedimiento de apremio con arreglo a la normativa de recaudación”. No obstante, puesto que “la valoración de los daños y perjuicios casa mal con la brevedad de los plazos a que se somete la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada”, entiende que “lo procedente sería acordar la resolución por incumplimiento culpable sin incautación automática de la garantía, pero disponiendo su retención hasta que se determine la diferencia del importe que la Administración deje de ingresar por la resolución del presente contrato y el importe de la adjudicación que posteriormente se lleve a cabo, momento en el cual se procederá a la incautación, sin perjuicio del eventual cobro de la diferencia mediante el procedimiento de apremio”.

Asimismo, reseña que “el acuerdo final deberá declarar como culpable la causa de resolución a los efectos de la concurrencia de la circunstancia que impide a los empresarios contratar con la Administración”, cuya “apreciación (...) requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento incoado al efecto”.

6. Con fecha 19 de mayo de 2015 el Presidente del Patronato Deportivo Municipal de Siero dicta Decreto por el que se incoa el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la obligación de pagar el

canon establecido habiendo mediado dos requerimientos consecutivos, se declara la retención de la garantía hasta la determinación de los daños y perjuicios derivados de la eventual resolución contractual y se concede audiencia al adjudicatario por un plazo de diez días naturales. La citada resolución se notifica a la Tesorería y a la Intervención Delegada del Patronato, así como al contratista, al que se comunica que la resolución “pone fin a la vía administrativa” y frente a ella podrá interponer recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes, o bien directamente recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

7. El día 12 de junio de 2015, el contratista presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Siero un escrito en el que aduce que la deuda que se reclama “no asciende a las cantidades que se establecen en la resolución, puesto que algunas de ellas ya han sido objeto de fraccionamiento y aplazamiento por el organismo competente”. Niega asimismo que el impago del canon pueda calificarse como culpable, pues -según señala- aquel está provocado “por los incumplimientos y la permisividad” del Ayuntamiento.

Refiere que también es adjudicatario del contrato de explotación de la cafetería sita en el Centro Social de Valdesoto y “se está encontrando con el problema de que en el mencionado local se llevan a cabo, habitualmente, actividades de restauración que invaden las competencias que tiene atribuidas por contrato el firmante de este escrito. Así, y a modo de ejemplo, varias de las asociaciones que hacen uso del centro social llevan a cabo comidas dentro del centro `contratando los servicios de catering de profesionales externos, ajenos al restaurante que tiene la concesión del centro´. No se trata por tanto de hechos puntuales en que los miembros de las asociaciones aporten comida y bebida, sino que estos servicios son contratados expresamente con una empresa externa que se encarga de servirla, con el perjuicio económico que ello conlleva al contratista, que pujó por explotar el servicio de cafetería y

restaurante en la creencia de que las actividades de las asociaciones serían contratadas con él”.

Entiende que “ello sin duda implica una competencia desleal que infringe lo establecido en las bases que dieron lugar a la explotación del servicio”, y aunque reconoce “que estos hechos no afectan directamente a la actividad que nos ocupa en este expediente”, manifiesta que “los mismos repercuten indirectamente en la tendencia negativa que arrastra el adjudicatario, y que viene derivada de los incumplimientos municipales y de las asociaciones usuarias del centro”.

Afirma que “las presentes alegaciones no pretenden rebatir la existencia de la deuda, ni la condonación de la misma (...). El único fin perseguido es, por un lado, solicitar a la Concejalía competente que ponga fin a las prácticas que se están llevando a cabo en el centro y que están ocasionando una clara competencia desleal en perjuicio del contratista y, por otro, la solicitud de una moratoria en el pago del canon, dejando en suspenso el presente expediente de resolución de contrato”.

No obstante, considera que “la posible resolución del contrato por incumplimiento del contratista en ningún caso podría conllevar la determinación de daños y perjuicios a favor de la Administración”, pues “no existiría diferencia alguna en el importe del canon que se dejara de ingresar por la nueva adjudicación en relación al presente contrato, puesto que el actual contratista tiene la obligación de abonar la totalidad de las cuotas mientras esté en posesión de la concesión”. Asimismo, considera que “el hecho de que el contratista no haya hecho frente a algunos de los pagos no por ello convierte el incumplimiento en culpable”, toda vez que este fue -según afirma- “forzado por la inactividad de la Administración al permitir agentes externos en el centro”. Señala a continuación que “si bien estos extremos que ahora se ponen de manifiesto no fueron objeto de queja alguna por escrito, lo cierto es que (...) ya advirtió esta circunstancia a varios responsables municipales que demostraron ser desconocedores de que se estaban produciendo”.

Sostiene que la resolución que se le notifica incurre en “vicio de anulabilidad” al establecer que “la misma pone fin a la vía administrativa y que deja abierto el plazo para la interposición de recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo”, ya que “nos encontramos en plazo de alegaciones, y por tanto no es susceptible de considerarse como finalizadora de la vía administrativa”.

Por último, solicita que se declare la “anulabilidad del acto por defectos en el modo de notificación con infracción del artículo 58” de la Ley 30/1992; que se archive el “expediente” de resolución contractual “por existir causas debidamente justificadas para el impago del canon (...), considerando, por tanto, que el incumplimiento de la obligación de pago es ‘no culpable’”, y que se le conceda una “moratoria en el pago de las deudas que a día de hoy se encuentran vigentes”.

8. Con fecha 15 de junio de 2015, el Técnico Jurídico del Patronato Deportivo Municipal suscribe un informe propuesta, con el visto bueno de la Secretaria-Delegada, en el que analiza las alegaciones formuladas por el adjudicatario.

Respecto de la cuantía de la deuda, señala que “el interesado se limita a mostrar su disconformidad con el cálculo efectuado por la Administración sin aportar argumentos que avalen su criterio ni efectuar cálculo alguno que lo respalde. Añade (...) la existencia de un presunto aplazamiento y fraccionamiento de la deuda cuya concesión no ha quedado acreditada y de la que no se tiene constancia desde la Tesorería del Patronato, de cuya gestión se ocupa el abajo firmante por delegación de la Tesorera municipal. Antes al contrario, existe Resolución de la Concejala Delegada del Área de Economía, Hacienda, Personal, Organización Municipal y Régimen Interior de 20 de febrero de 2015 por la que se desestima la solicitud de fraccionamiento formulada por (el contratista) de la deuda en concepto de canon de explotación del centro social de Valdesoto”.

En cuanto al “carácter no culpable de los impagos del canon”, entiende, “sin entrar al fondo de los argumentos expuestos, que deberían ser objeto de estudio en el procedimiento de que traen causa”, poniendo de relieve que “ni siquiera coinciden las partes, al tratarse de un contrato adjudicado por el Ayuntamiento de Siero, Administración diferente del Patronato Deportivo Municipal, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, aunque dependiente de aquel, y poder adjudicador del contrato frente a cuya resolución se alega”. Añade que el impago del canon “denota por su parte una manifiesta, consciente y reiterada voluntad de no hacer frente a los vencimientos trimestrales que se van sucediendo, a pesar de haber sido requerido para su pago”.

Respecto a los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato, sostiene que “el hecho de que la deuda pendiente será abonada tarde o temprano (...) no obsta a la existencia de un menoscabo económico que se le irrogará a la Administración si, como consecuencia de un nuevo contrato, el canon que pase a percibir sea inferior al fijado en el que ahora se pretende resolver, al margen del tiempo en el que la cafetería permanezca improductiva mientras se tramita un nuevo procedimiento de licitación”.

Sobre “la presunta contradicción entre el ofrecimiento de (la) vía de recurso y el simultáneo plazo de alegaciones, no hay tal confusión a juicio del informante, y mucho menos concurrencia de causa alguna que acarree la anulabilidad del acuerdo. Según el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contra los actos de trámite no cabría recurso alguno salvo que el interesado estime y acredite que concurren las circunstancias previstas, como son: que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos o decidan sobre el fondo del asunto./ Precisamente para evitar la indefensión del ciudadano la ley prevé que como excepción se ofrezca recurso por si el afectado entendiera que procede su

presentación, es decir, le ofrece un plus de garantía, del que puede hacer uso o no. En este caso el interesado ha optado por no presentar recurso y limitarse a efectuar alegaciones, con lo que se continúa el procedimiento hasta su total conclusión. Dicho de otro modo: el ofrecimiento de recurso, de haber sido irregular, redundaría en beneficio del interesado y no le produciría, antes al contrario, la indefensión requerida como presupuesto legal para invocar un vicio de anulabilidad según el artículo 63.2 (de la) LRJPAC. Tampoco merece mayor comentario la afirmación de que el decreto notificado, dado que frente a él pueden formularse alegaciones, no es susceptible de recurso por no agotar la vía administrativa; como es sabido, lo que determina este efecto es la concurrencia de las circunstancias del artículo 109, que en el caso de la Administración local se reconduce al apartado c), al no hallarse los diferentes órganos municipales jerarquizados entre sí, de modo que sus resoluciones y acuerdos, incluso de trámite, ponen fin a la vía administrativa en todo caso; cualidad que se predica de los actos individualmente considerados y no del procedimiento administrativo en su conjunto (...). Por lo que se refiere al Patronato Deportivo Municipal, el artículo 27 de sus Estatutos reguladores corrobora este régimen impugnatorio de sus actos”.

Finalmente, en relación con la “concesión de una moratoria, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ordenanza General del Ayuntamiento de Siero, que exige la presentación de una serie de documentos que el interesado no aporta, para lo cual habrá de concedérsele trámite al margen del procedimiento de resolución contractual en el que se incardinan las presentes alegaciones”.

9. El día 17 de junio de 2015, el Presidente del Patronato Deportivo Municipal de Siero resuelve “solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias con anterioridad a la adopción de acuerdo sobre la resolución del contrato administrativo especial para la explotación del bar de la piscina climatizada de (...) Pola Siero, al haberse producido oposición por parte

del adjudicatario, con suspensión del plazo de tres meses para finalizar el procedimiento durante el periodo que medie entre la solicitud del dictamen y su recepción”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de junio de 2015, el Alcalde, en su condición de Presidente del Patronato Deportivo Municipal, solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de explotación de la cafetería de la piscina climatizada de Pola de Siero, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

Con fecha 19 de junio de 2015, el Presidente del Patronato Deportivo Municipal remite a este Consejo copia de la siguiente documentación aportada por el adjudicatario con posterioridad a la solicitud de consulta: a) Justificante de registro del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, expedido el día 20 de mayo de 2015, relativo a la presentación por parte del contratista de una solicitud de fraccionamiento de una deuda que no se especifica. b) Impresión de dos hojas relativas a la Cuenta de pérdidas y ganancias del contratista durante el ejercicio 2014.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Alcalde del Ayuntamiento de Siero, en los términos de lo establecido en los artículos 17,

apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con la normativa mencionada, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el asunto ahora analizado existe oposición del contratista, quien solicita el archivo del procedimiento de resolución contractual.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo especial.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -8 de agosto de 2013-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19.2 del TRLCSP, el establecido por sus normas específicas, aplicándose en lo no previsto el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo y, supletoriamente, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la

facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos señalados en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía constituida, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este no sea preciso atendida la causa resolutoria. Además, considerando que se trata de una entidad local, según establece el artículo 114 del TRRL, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración no da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados, pues no consta la emisión del informe de Intervención, pese a que su necesidad fue puesta de relieve durante la instrucción del procedimiento en el informe del Técnico del Patronato Deportivo Municipal de 19 de mayo de 2015. La omisión de este trámite, cuya evacuación corresponde a tenor de lo dispuesto en el artículo 28.1 de los Estatutos del organismo autónomo al titular de la Intervención municipal o al funcionario en quien este delegue, impide dictar ahora una resolución que

ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de incorporar el informe señalado, y una vez concedido un nuevo trámite de audiencia al contratista deberá formularse una nueva propuesta de resolución en la que se analice, además, la documentación aportada por el interesado el día 16 de junio de 2015. A continuación deberá recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.

Por otra parte, apreciamos un error en la comunicación al contratista de la fecha de inicio del procedimiento de resolución contractual. Según resulta del expediente remitido, la incoación se produce mediante resolución de 19 de mayo de 2015 y, sin embargo, en la notificación que se le traslada se indica que la orden de inicio ha sido dictada "con fecha de hoy", por lo que, al estar fechado el escrito de comunicación al interesado el día 28 de mayo de 2015, se le induce a error sobre el momento de incoación del procedimiento, lo que deberá subsanarse con ocasión de la nueva tramitación que se efectúe. Como cualquier interesado, el contratista ha de tener constancia de la fecha cierta de incoación del procedimiento, del plazo máximo legalmente establecido para su resolución y notificación y de los efectos del silencio administrativo, pues así lo establece el artículo 42.4 de la LRJPAC. Del mismo modo, también ha de conocer las suspensiones o ampliaciones de plazo que puedan acordarse en el curso de la tramitación del procedimiento, como resulta de lo señalado en el mismo artículo 42, apartados 5 y 6. A mayor abundamiento, cuando se trate de una suspensión -como la que tiene lugar en el procedimiento que analizamos- deberán comunicarse al contratista tanto la fecha en que aquella se inicia como la de reanudación del cómputo del plazo para resolver y notificar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC. En el caso sometido a nuestra consideración tal prescripción no se ha observado, por lo que la suspensión acordada no puede considerarse válidamente efectuada, circunstancia que deberá tener en cuenta la autoridad consultante.

Finalmente, advertimos que es el Presidente del Patronato Deportivo Municipal quien suscribe la solicitud de dictamen a este Consejo. Es cierto que a

tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de los Estatutos del organismo autónomo existe coincidencia personal entre aquella Presidencia y la del Ayuntamiento de Siero, pero de conformidad con el artículo 17.b) de nuestra Ley reguladora la solicitud debió cursarse formalmente por el titular de la Presidencia de la entidad local y no por el Presidente del Patronato.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda indicado en el cuerpo del presente dictamen.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE SIERO.