

Expediente Núm. 111/2015
Dictamen Núm. 125/2015

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 esa Alcaldía de 17 de junio de 2015 -registrada de entrada el día 22 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato del servicio de restauración en el Centro Social de Valdesoto, adjudicado a “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Concejalía Delegada de Economía, Hacienda, Organización Municipal, Régimen Interior y Juventud de 8 de octubre de 2013 se adjudica el contrato del servicio de restauración en el Centro Social de Valdesoto.

El día 10 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo. La cláusula segunda del mismo dispone que “el precio del canon del contrato será de seis mil euros anuales”, y la cuarta señala, respecto del plazo de ejecución, que “se establece entre la fecha de formalización del contrato y la fecha en que se autorice la cancelación de la garantía definitiva, siendo el plazo de ejecución material de la prestación objeto de este contrato de 3 años (3), pudiendo ser prorrogado antes de su finalización por tres periodos anuales cuando existe mutuo acuerdo de las partes”. En los antecedentes de este documento se refleja que “se ha efectuado, con fecha 8 de octubre de 2013, el depósito de la garantía definitiva por importe de setecientos cuarenta y tres euros con ochenta céntimos (743,80 €), mediante depósito en la Tesorería Municipal”.

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 17 del pliego de las administrativas particulares, intitulada “obligaciones del contratista”, se establecen, en los apartados 6 y 13, respectivamente, las de satisfacer “todos los gastos que se motiven por impuestos, contribuciones, gravámenes o tasas, así como los del gas, agua, energía eléctrica, teléfono, limpieza y demás suministros o servicios que correspondan al local objeto del contrato”, y el “canon previsto”.

Respecto del abono del canon, señala la cláusula 20 del mismo pliego que “El cobro del canon se efectuará por liquidación, dentro de la primera quincena del trimestre./ El primer pago se generará a partir del inicio de la actividad./ Cuando el local permanezca cerrado por causas imputables al adjudicatario, no se verá exonerado del pago del canon”.

En cuanto a las causas de resolución contractual, la cláusula 30 del pliego citado establece que lo serán “las previstas en el artículo 223 y 308 del TRLCSP”, precisando que “a los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 223.f) y h) se considerarán incumplimientos de

obligaciones contractuales esenciales”, entre otros, “la falta del pago del canon o de cualquier otra obligación de contenido económico establecida en el pliego”.

3. Con fecha 20 de mayo de 2015, la Tesorera del Ayuntamiento de Siero certifica, con el visto bueno de la Concejala Delegada, que el concesionario tiene pendiente el pago de las liquidaciones relativas al canon de explotación del servicio de restauración del Centro Social de Valdesoto correspondientes a los periodos “octubre 2013-octubre 2014, por un importe principal de 2.034,41 euros y 2.048,70 euros”, y “octubre 2014-octubre 2015, por un importe principal de 6.000,00 euros”. La certificación consigna también la deuda “en concepto de suministro de agua, basura, alcantarillado y canon de saneamiento” correspondiente al cuarto trimestre de 2014 del “local en el que se desarrolla dicha actividad, por un importe principal de 125,94 euros”.

4. El día 21 de mayo de 2015, la Jefa de la Sección de Contratación libra un informe en el que manifiesta, “a la vista del (...) emitido por la Tesorera Municipal”, que las obligaciones de abono del canon y gastos derivados de agua y energía eléctrica del local se han incumplido, por lo que procede incoar expediente de resolución contractual.

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. A propósito de esta cuestión señala que, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 225.4 del TRLCSP, el acuerdo de resolución deberá contener pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiera sido constituida”, y que “una vez resuelto el contrato se procederá a la liquidación del mismo, con incautación de la garantía definitiva en caso de incumplimiento culpable, y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. No obstante, considera que “la valoración de los daños y perjuicios

causados por el incumplimiento culpable del contratista conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada. Por ello, lo procedente sería acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista sin incautación automática de la garantía constituida, reteniendo la misma hasta en tanto se determine la diferencia del importe que la Administración ha dejado de ingresar por la resolución del presente contrato y el que se adjudique de nuevo, incautándose en ese momento la cantidad que resulte, sin perjuicio, en su caso, del cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio”.

De acuerdo con lo señalado, y considerando que “queda acreditado el incumplimiento de la obligación esencial por el adjudicatario de abonar el canon fijado en el contrato y otros gastos previstos en el mismo (agua y energía eléctrica), y que el incumplimiento de la empresa contratista se ha de calificar como culpable, toda vez que desde que se firmó el contrato la empresa no ha abonado más que la 1.ª fracción de liquidación, dejando pendiente la 2.ª y 3.ª del año 2013-2014, todo el año 2013-2014 (*sic*) y gastos de mantenimiento del local”, propone “iniciar expediente de resolución del contrato, con declaración de retención de la garantía definitiva e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía definitiva retenida, que, entre otros, comprende el importe que la Administración deje de ingresar por la nueva adjudicación del contrato en relación al que ahora se propone resolver, incautándose cuanto se conozca del mismo”, y “dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales”.

Finalmente manifiesta que, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.2.a) del TRLCSP, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar el haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración pública, trámite que se sustanciará una vez resulte firme la resolución del contrato que nos ocupa”.

5. Con fecha 25 de mayo de 2015, la Concejala Delegada de Economía, Hacienda, Personal, Organización Municipal y Régimen Interior dicta resolución por la que se acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato por impago del canon y de suministro de agua, basura, alcantarillado y canon de saneamiento del local afecto al mismo, con declaración de retención de la garantía definitiva hasta tanto se determine la indemnización de daños y perjuicios a la Administración. Asimismo, acuerda dar audiencia al contratista por un plazo de diez días naturales a contar desde el siguiente a la recepción de la notificación de esta resolución, significándole que la no presentación de alegación alguna en el plazo concedido se interpretará como no oposición a la resolución del contrato. La resolución se traslada al contratista el día 4 de junio de 2015.

6. El día 12 de junio de 2015, el adjudicatario presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Siero un escrito de alegaciones 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". Niega asimismo que el impago pueda calificarse como culpable, pues -según señala- aquel está provocado "por los incumplimientos y la permisividad" del Ayuntamiento.

Afirma que "se está encontrando con el problema" de que en el Centro Social de Valdesoto "se llevan a cabo, habitualmente, actividades de restauración que invaden las competencias que tiene atribuidas por contrato (...). 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´ (...), con el perjuicio económico que ello conlleva al contratista, que pujó por explotar el servicio de cafetería y restaurante en la creencia 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 adjudicación de la explotación del servicio”.

Significa que “por parte del Ayuntamiento de Siero se exigieron una serie de servicios y dotaciones al contratista para el inicio de (la) actividad que fueron puntualmente instalados. Véase cocina, mobiliario y demás enseres, de acuerdo con lo que establecía la cláusula primera del contrato (...). Precisamente en esa cláusula se establecía, en el primero de sus párrafos, que “el objeto del contrato lo constituye la explotación del servicio de restauración en el Centro Social de Valdesoto”, lo que -estima- “implica la nota de exclusividad dentro del centro, impidiendo la entrada de terceros profesionales que lleven a cabo labores de restauración o venta de comida y bebida en el recinto”, pues “no sería entendible que se obligue al contratista a dotar el local, a su costa, de cuantos elementos sean necesarios para su puesta en funcionamiento como restaurante y a cambio se permitiera la realización de actividades que infringen el objeto del contrato”. Señala que “de la misma forma, en el punto quinto, apartado 5 del contrato, se establece que no se podrán utilizar espacios para la actividad ni almacenamiento que no estén destinados a tal fin”, de lo que deduce, a *sensu contrario*, que “tampoco las asociaciones que tienen concedido el uso del centro social pueden en dichas salas realizar actividades de restauración que están reservadas, en exclusiva, dentro de todo el recinto a quien explota el restaurante y paga un canon por ello”. Subraya que “incluso la Administración contratante, en el apartado 11 de la cláusula quinta, obliga al contratista a cumplir un horario de apertura y cierre que será determinado por la Fundación Municipal de Cultura, y que se debe adaptar a las diversas actividades que llevan a cabo las asociaciones usuarias del centro social”, añadiendo que “el personal de la cafetería tiene que hacer, en ocasiones, funciones de conserje, por no existir dicha figura en el centro y ser el encargado de cerrar el mismo cuando finalizan todas las actividades”; es más, el contratista está obligado a “la limpieza de los aseos (que son comunes

a todo el centro) y reposición de productos higiénico sanitarios”. Entiende que “todo ello no está siendo correspondido con la lealtad que merece, puesto que la única recompensa que encuentra el adjudicatario del servicio es que las asociaciones contratan los eventos de relevancia (donde realmente se puede obtener un beneficio económico rentable) con terceros ajenos al centro”.

Afirma que “las (...) 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”.

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”, toda vez que “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”.

Entiende que “el hecho de que el contratista no haya hecho frente a algunos de los pagos no por ello convierte el incumplimiento en culpable”, ya que fue -según afirma- “forzado por la inactividad de la Administración al permitir agentes externos en el centro”. Añade 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 estaba produciendo”.

Finalmente, solicita que se proceda a “archivar 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"; que se le conceda una "moratoria en el pago de las deudas que a día de hoy se encuentran vigentes", y que se advierta a "las asociaciones usuarias del Centro Social de Valdesoto que la actividad de restauración está concedida en exclusiva (...), estando prohibida la contratación de dichos servicios con profesionales externos al centro".

7. El día 16 de junio de 2015, el contratista presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Siero un escrito al que adjunta la siguiente documentación: 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 ni cuantifica. b) Impresión de cuatro hojas relativas a la Cuenta de pérdidas y ganancias del contratista durante el ejercicio 2014 y el primer trimestre de 2015.

8. Con fecha 17 de junio de 2015, la Jefa de la Sección de Contratación, con el conforme del Secretario General del Ayuntamiento de Siero, suscribe un informe en el que analiza las alegaciones formuladas por el adjudicatario.

En cuanto a la afirmación de que el impago de la deuda se debe a la tolerancia de la Administración, que permite que algunas asociaciones efectúen celebraciones en el centro cuando tiene exclusividad en la prestación del servicio, significa que en "ninguna cláusula del pliego (...) que rigió la licitación (reiteradamente considerado como ley del contrato y al cual el contratista ha prestado su conformidad) se prevé que la actividad objeto de contrato sea con carácter exclusivo en el centro para el adjudicatario del local afecto a cafetería; obviamente sí lo es para el local destinado a cafetería, que es donde el recurrente ejercita su actividad". Manifiesta que el contrato se ejecuta, tal y como señala la cláusula 1 del pliego, en el "local destinado a cafetería", sin que "se pueda hacer extensivo, en modo alguno, a todo el centro social, cuya gestión es exclusiva del Ayuntamiento de Siero", por lo que entiende que el

impago del "canon y el resto de los conceptos (agua, basura, alcantarillado y canon de saneamiento)", obligaciones que se califican como "esenciales" en el pliego, se debe a "una voluntad deliberada del adjudicatario".

En relación con los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato, afirma que "obviamente existiría 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".

Añade que "el hecho de que el adjudicatario del presente contrato lo sea también del de la cafetería de otras dos instalaciones en el concejo nada tiene que ver con el presente, y, si con ello quisiera dejar de manifiesto el gran volumen de trabajo y gastos que ello conlleva, por el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser tenido en cuenta".

Respecto a la "concesión de una moratoria", manifiesta que "habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ordenanza General del Ayuntamiento de Siero, trámite al margen del procedimiento de resolución contractual en el que se incardinan las presentes alegaciones".

Por lo que se refiere a la documentación aportada con fecha 16 de junio de 2015, señala que "nada aporta al respecto la solicitud de fecha 20 de mayo de 2015 ante los Servicios Tributarios del Principado de Asturias de un fraccionamiento de la deuda, y unas hojas donde refleja (la) cuenta de pérdidas y ganancias del año 2014 y parte del 2015, tanto por su forma (una mera solicitud de fecha 25-05-2015 y hojas sin formalidad alguna) como por su contenido, dado el principio de riesgo y ventura que prima en la contratación administrativa de servicios".

Finalmente, sobre la "solicitud de advertencia a las distintas asociaciones de que está prohibida la contratación de servicios ajenos al de su actividad", sostiene que "no es objeto de este expediente".

En suma, entiende que procede “desestimar íntegramente las alegaciones formuladas” y “resolver el contrato” con solicitud de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, “al haberse producido oposición del contratista”, disponiendo la suspensión del plazo con que cuenta la Administración para resolver y notificar el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del dictamen y su recepción.

9. El día 17 de junio de 2015, el Alcalde del Ayuntamiento de Siero propone “desestimar íntegramente las alegaciones” formuladas por el adjudicatario, resolver el contrato “con declaración de retención de la garantía definitiva hasta en tanto se determine la indemnización de daños y perjuicios a la Administración por la diferencia del importe que (...) ha dejado de ingresar por la resolución del presente contrato y el que se adjudique de nuevo”, solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y disponer la suspensión del plazo de tres meses con que cuenta la Administración para notificar y resolver por el tiempo que medie entre la solicitud del dictamen y su recepción. La propuesta se notifica al adjudicatario.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de junio de 2015, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato del servicio de restauración en el Centro Social de Valdesoto, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

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 de la Alcaldía 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 octubre 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 por la Jefa de la Sección de Contratación en su

informe de 21 de mayo de 2015. La omisión de este trámite impide dictar una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de incorporar el informe mencionado, y una vez concedido un nuevo trámite de audiencia al contratista deberá formularse una nueva propuesta de resolución, recabándose seguidamente de este Consejo el preceptivo dictamen.

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.