

Expediente Núm. 138/2015  
Dictamen Núm. 154/2015

**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 10 de septiembre 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 5 de agosto de 2015 -registrada de entrada el día 12 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 .....

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 26 de mayo de 2015 el Presidente del Patronato Deportivo Municipal de Siero suscribe un 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 ..... 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 .....”.

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



conurrencia 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.** Mediante oficio de 17 de junio de 2015, esa Alcaldía solicita a este Consejo que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

El Pleno del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 2 de julio de 2015, emite dictamen en el que, además de advertir de la existencia de ciertos defectos formales, pone de manifiesto la necesidad de retrotraer el procedimiento al objeto de que la Intervención municipal libre el preceptivo

informe a tenor de lo establecido en el artículo 114 del TRRL, abriéndose seguidamente un nuevo trámite de audiencia y formulando a continuación una nueva propuesta de resolución para recabar finalmente el oportuno dictamen.

**11.** Atendiendo a la petición del Técnico del Patronato Deportivo Municipal, con fecha 9 de julio de 2015 el Interventor Delegado emite un informe en el que pone de manifiesto que “de acuerdo con los datos obtenidos de la contabilidad, el Sr. .... efectuó tres ingresos en concepto de canon por explotación del bar de la piscina climatizada de La Pola Siero:/ Con fecha 1-11-2013 ingresa 1.450,00 euros por el cuarto trimestre de 2013./ Con fecha 15-4-2014 ingresa 1.450,00 euros en el primer trimestre de 2014:/ Con fecha 30-4-2015 efectúa un ingreso de 1.400 euros./ Por lo tanto, el importe total abonado asciende a 4.300,00 euros y la cantidad devengada desde la fecha de entrada en vigor del contrato hasta la de incoación del expediente de resolución del contrato es de 10.938,04 euros por lo que la deuda asciende a 6.638,04 euros”. Finalmente concluye que “se dan las circunstancias previstas en los pliegos del contrato y en la legislación aplicable para que se produzca la resolución del contrato de referencia”.

**12.** El día 15 de julio de 2015, el Presidente del Patronato Deportivo Municipal decreta “retrotraer el expediente de resolución del contrato (...) al momento de omisión de los trámites formales observados por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias”; “rectificar el error constatado (en) la resolución de la presidencia de 26 de mayo de 2015, y fijar la deuda pendiente por parte del adjudicatario en la cantidad de 6.638,04 € a la fecha de incoación del expediente de resolución contractual, ratificando íntegramente lo dispuesto en su parte dispositiva”; “comunicar al contratista que la incoación del expediente de resolución contractual se inició con fecha 26 de mayo de 2015, con indicación de que transcurridos tres meses desde la fecha de inicio del procedimiento sin que haya recaído resolución expresa se producirá su caducidad”; “suspender el plazo de resolución a que se refiere el ordinal

anterior durante el periodo que medie entre la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y su recepción, con un límite máximo de tres meses”; y “dar nuevo trámite de audiencia del contratista por plazo de diez días naturales”. Existe en el expediente constancia de la notificación de esta resolución al interesado con fecha 21 de julio de 2015.

**13.** En un escrito presentado en el registro general del Ayuntamiento de Siero el día 30 de julio de 2015 el interesado se queja de que “al no conocer el contenido del informe no puede proceder a alegar lo que a su derecho convenga”, por lo que solicita que se le remita el informe de Intervención y se le conceda un nuevo plazo de diez días de alegaciones.

**14.** El día 5 de agosto de 2015, el Técnico Jurídico del Patronato Deportivo Municipal suscribe, con el visto bueno de la Secretaria Accidental, una propuesta de resolución en la que, tras señalar que el trámite de audiencia “conlleva poner de manifiesto a los interesados el expediente y hacer efectivo el derecho a obtener las copias necesarias reconocido en el artículo 35 a), lo cual lógicamente presupone un acceso a lo actuado para conocer y examinar su contenido y decidir, en su caso, que documentos se precisan, pero no implica que a la notificación del acto administrativo haya de acompañarse el contenido del expediente, a disposición del interesado durante el plazo conferido para efectuar alegaciones, de modo que la falta de remisión del informe del Interventor junto a la resolución de 15 de julio de 2015 no puede considerarse constitutiva de error u omisión”, propone resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, derivado de la obligación de pagar el canon establecido habiendo mediado dos requerimientos consecutivos.

**15.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de agosto de 2015, el 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 al efecto una copia autenticada del expediente.

Con posterioridad a tal solicitud de consulta, se remite a este Consejo copia de un oficio que el Presidente del Patronato Deportivo Municipal dirige al contratista el día 20 de agosto de 2015, mediante el que pone en su conocimiento que “con fecha 5 de agosto y registro de salida de 10 de agosto del corriente, se ha solicitado al Consejo Consultivo de Asturias la emisión de dictamen preceptivo sobre la resolución de contrato administrativo de explotación del bar de la piscina climatizada”.

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 cuando la garantía se haya constituido por estos medios y se proponga su incautación, 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 da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados, debiendo considerarse que no se ha causado indefensión al contratista por no haberle dado traslado del informe de Intervención cuyo contenido ha podido conocer, según destaca la Administración, con motivo del segundo trámite de audiencia celebrado.

Por lo que se refiere al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Decreto del Presidente del Patronato Deportivo Municipal de 26 de mayo de 2015, en la fecha de emisión del presente dictamen habría transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4.ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6.ª-, entre otras). Ahora bien, de la documentación remitida resulta que la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

Finalmente, reiteramos lo ya señalado en nuestro Dictamen Núm. 124/2014 sobre el mismo asunto a propósito de la persona que debe cursar la solicitud de dictamen, que no ha de ser, de conformidad con el artículo 17.b) de nuestra Ley reguladora, el Alcalde en su condición de Presidente del Patronato Deportivo Municipal sino como titular de la Presidencia de la entidad local.

**CUARTA.-** En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Por tanto, son causas de resolución, además de las establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las recogidas los artículos 223 y 308 del citado Texto Refundido, que, por lo que ahora interesa, establece en la letra h) del artículo 223 que lo serán "Las establecidas expresamente en el contrato".

La cláusula 27 del pliego de las administrativas particulares, cuyo contenido tiene carácter contractual a tenor de lo establecido en el artículo 115.3 del TRLCSP, contempla como causa resolutoria el "impago del canon cuando medien dos requerimientos consecutivos", cuyo abono, según resulta de la cláusula 22 del mismo pliego el abono del canon deberá producirse "por trimestres anticipados" y "dentro de la primera quincena de cada periodo".

Constituye un hecho incontrovertido que el contratista no ha abonado más que el canon correspondiente al primer trimestre devengado y debe todos los demás. Resulta asimismo del expediente que se han practicado dos requerimientos consecutivos para el pago.

La realidad de la deuda ha sido asumida por el propio adjudicatario en el escrito de alegaciones presentado durante la sustanciación del primer trámite de audiencia, en el que manifiesta que no pretende "rebatir" su existencia por

más que ponga en cuestión su “cuantía” al haber sido objeto aquella, según afirma, de “fraccionamiento y aplazamiento”.

Respecto de esta última cuestión hemos de destacar que no ha acreditado el interesado que la deuda referida hayan sido efectivamente fraccionada o aplazada. Ahora bien, aunque el fraccionamiento o aplazamiento de aquellas fueran hechos ciertos en ningún caso conllevarían una condonación o minoración del importe total de lo adeudado ni podría invocarlos por ello el contratista incumplidor a modo de atenuantes del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

Por tanto, acreditada la existencia de una deuda en concepto de canon de explotación del servicio cuyo importe supera los 6.000 euros, cuyo abono ha sido requerido en dos ocasiones por parte de la Administración, resulta claro que concurre la causa resolutoria establecida en la cláusula 27 del pliego de las administrativas particulares y, por ello, se da el supuesto de hecho resolutorio que el artículo 223 h) del TRLCSP contempla.

Sentado esto, solo queda determinar si las alegaciones formuladas por el adjudicatario en descargo de su responsabilidad, autorizan a considerar el incumplimiento como no culpable y permiten, por tanto, “archivar el expediente” de resolución contractual como pretende el contratista.

Aduce aquel que el impago que se le reprocha no sería culpable sino “forzado” por el supuesto incumplimiento contractual antecedente de una entidad con personalidad jurídica distinta (el Ayuntamiento de Siero) en el marco de un negocio jurídico distinto, relativo a la prestación del servicio de restauración del Centro Social ....., cuya resolución se ha instruido de forma paralela a la del que ahora nos ocupa. Entiende que el citado incumplimiento, por afectar negativamente a su situación empresarial, repercute también en la ejecución del relativo a la explotación de la cafetería de la piscina climatizada de Pola de Siero.

No debe ignorar el adjudicatario, sin embargo, que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes y que, por ello, incluso en el caso de que la Administración incumpla sus obligaciones



contractuales, la ley no autoriza al contratista, con carácter general, a abandonar la ejecución del contrato o a incumplir, como medida de presión o reacción frente al incumplimiento de la otra parte, los deberes que le incumben. En efecto, solo excepcionalmente cuando incurra la Administración en alguno de los incumplimientos señalados en los artículos 216 apartados 5 y 6, 223 letra e), 237, 269 letras f) e i), 286 a) y d), 299 y 308 letras a) y b) del TRLCSP, respectivamente aplicables según la clase de contrato de que se trate, podrá reaccionar el contratista frente al incumplimiento de la otra parte, bien suspendiendo la ejecución de la prestación (únicamente en ciertos casos de demora en el pago) o bien solicitando la resolución del contrato y el resarcimiento de los perjuicios sufridos. Cuando aquellos incumplimientos tipificados en la Ley no se produzcan sino que, como sucede en el caso del contrato del servicio de restauración en el Centro Social ....., exista controversia acerca del sentido y alcance de las cláusulas contractuales o respecto de las obligaciones que a una y otra parte corresponden, el contratista podrá, a lo sumo, instar la apertura del procedimiento de interpretación contractual al objeto de que se fijen definitivamente cuáles hayan de ser aquéllas, pero sin que las discrepancias con la Administración acerca del alcance de las obligaciones de ésta le autoricen a desatender las obligaciones asumidas en aquel contrato ni en ningún otro, ni le eximan de las consecuencias legalmente establecidas para el caso de incumplimiento deliberado de los compromisos asumidos.

Por ello, acreditada la desatención voluntaria por parte del adjudicatario de la obligación de abonar el canon fijado en el contrato, procede su resolución por incumplimiento culpable del contratista.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En concreto, establece el apartado 3 del precepto citado que cuando "el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista,

éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

También hemos manifestado que el cumplimiento de tal régimen legal impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados -salvo en supuestos de imposibilidad material-, de forma que para incautar la garantía, total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia.

A la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, y en ausencia de previsión específica sobre el particular en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato, la Administración podrá guiarse por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, a cuyo tenor aquella podrá determinarse “atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

En el caso que analizamos los daños y perjuicios derivados de la resolución contractual se ciñen a la pérdida de ingresos que pudiera sufrir la Administración una vez que se adjudique de nuevo el contrato si el precio ofrecido por el próximo contratista resulta ser inferior al actual. Por considerar que este daño no puede determinarse ahora, propone la entidad consultante retener cautelarmente la garantía definitiva hasta el momento en que se conozca el importe del nuevo canon, solución que estimamos acertada habida cuenta de la actual imposibilidad de concretar el perjuicio señalado, siempre que tal retención se limite al tiempo indispensable para acometer la nueva licitación, y se garantice la participación contradictoria del contratista en la determinación del posible perjuicio.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de explotación de la cafetería de la piscina climatizada de Pola de Siero, sometido a nuestra consulta, con los efectos anteriormente señalados.”

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.