

Expediente Núm. 149/2016  
Dictamen Núm. 145/2016

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de junio de 2016, 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 6 de junio de 2016 -registrada de entrada el día 8 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de explotación de la cafetería de una piscina climatizada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 30 de noviembre de 2015, se adjudica el contrato de “explotación del bar de la piscina climatizada de La Pola Siero”.

El día 14 de diciembre del mismo año se formaliza el contrato en documento administrativo. En sus antecedentes se deja constancia de que la adjudicataria -una persona física- manifiesta “no hallarse incurso en causa de

incapacidad o incompatibilidad para contratar con la Administración". Igualmente, se refleja que aquella ha constituido la garantía definitiva "en metálico" por importe de 900 €.

La cláusula quinta recoge que "las causas de resolución del contrato serán las previstas en el artículo 223 (del) TRLCSP (...) y producirán los efectos previstos en el artículo 225. A los efectos de apreciar las causas de resolución establecidas en los apartados f) y h) del artículo 223, se considerarán obligaciones contractuales esenciales", entre otras, la "pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración". Añade 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 de su importe".

**2.** Obra incorporado al expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación. Su cláusula 25 se expresa en los mismos términos que la señalada cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes.

**3.** Mediante escrito de 28 de enero de 2016 -recibido en el Ayuntamiento de Siero el día 2 del mes siguiente-, la Directora General de Patrimonio y Sector Público del Principado de Asturias, "de conformidad con el Decreto 35/2015, de 12 de mayo, por el que se regula la Contratación Centralizada, el Registro de Contratos y el Registro de Documentación Administrativa de Licitadores del Principado de Asturias", comunica al Patronato Deportivo Municipal de Siero "la lista de prohibiciones para contratar inscritas en el ROLECE a fecha 19-11-2015". En el citado listado se incluye a la contratista y se refleja que el acuerdo de prohibición, adoptado el 16 de noviembre de 2015 por el Patronato Deportivo Municipal de Siero, supone la prohibición para contratar con dicho

organismo durante el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2016 y el 28 de enero de 2017.

**4.** El Presidente del Patronato Deportivo Municipal de Siero, mediante resolución de 17 de mayo de 2016, acuerda declarar la caducidad de un expediente anterior instruido con idéntico fin e “incoar un nuevo expediente de resolución” del “contrato administrativo especial de explotación del bar de la piscina climatizada de La Pola Siero”, por “persistir la causa consistente en la pérdida sobrevenida por parte de la adjudicataria de los requisitos para contratar con el Patronato Deportivo Municipal hasta el 28 de enero de 2017”. Igualmente, resuelve otorgar “trámite de audiencia a la interesada por plazo de diez días naturales, con expresa comunicación del plazo máximo de tres meses legalmente establecidos para resolver y notificar el procedimiento desde la fecha de la presente resolución, transcurrido el cual procederá su declaración de caducidad; ello sin perjuicio de una eventual suspensión si se formulara oposición por su parte, que surtirá efectos desde la fecha de remisión del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, y que deberá asimismo serle expresamente comunicada”.

**5.** El día 19 de mayo de 2016, la Secretaria Delegada del Patronato Deportivo Municipal de Siero suscribe un informe en el que manifiesta que “con fecha 2 de febrero de 2016 se recibió escrito del Registro de Documentación Administrativa de Licitadores del Principado de Asturias comunicando la inscripción de la prohibición para contratar durante un año con el Patronato Deportivo Municipal, con efectos desde el 28 de enero de 2016”, de la “adjudicataria del contrato” de explotación del bar de la piscina de La Pola Siero. Añade que “nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida para contratar con la Administración; circunstancia sobre cuyos efectos se ha pronunciado, entre otras instancias, la Junta Consultiva de Contratación de la Generalidad de Cataluña”, que recoge en su

Informe 14/2012 que “las prohibiciones de contratar se configuran legalmente (...) como un impedimento para poder contratar. En consecuencia, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de contratar debe cumplirse, en todo caso, en el momento de presentación de las proposiciones y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato (...). Un supuesto diferente es aquel en que el requisito de incurrir en causa de incompatibilidad se produce con posterioridad a la formalización del contrato. Sobre esta última cuestión se ha pronunciado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 13/2010, de 26 de noviembre. En este informe se manifestó que la normativa sobre contratación pública vigente en aquel momento, que era la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (...), no contenía ninguna previsión en relación con la circunstancia (de) que un contrato válidamente adjudicado resultara posteriormente afectado por una causa que en caso de haber concurrido antes de su adjudicación habría impedido la adjudicación o que si se hubiera adjudicado sería nulo. Esta interpretación no se ha visto modificada con la aprobación y posterior entrada en vigor del TRLCSP, teniendo en cuenta que este texto legal tampoco contiene ninguna previsión sobre este punto, a pesar de las importantes modificaciones introducidas en la LCSP y recogidas en el TRLCSP, especialmente con respecto al régimen de invalidez y a la revisión de decisiones en materia de contratación. Por lo tanto, se puede afirmar que cuando la causa de prohibición de contratar se produce una vez perfeccionado el contrato no invalida la adjudicación ni la formalización, ni tiene ningún efecto en el contrato, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares disponga expresamente otra cosa. Además, debe recordarse que los contratos se resuelven por las causas previstas en la legislación sobre contratación pública, y que entre las causas previstas en el vigente artículo 223 del TRLCSP no se encuentra ninguna que determine la resolución del contrato cuando se produce una causa de prohibición de contratar después de la perfección del contrato. El único supuesto en que la circunstancia mencionada daría lugar a la

resolución del contrato se produciría en caso de que se hubiera previsto de forma expresa en el contrato, de acuerdo con lo que establece el artículo 223.h) del TRLCSP”.

Señala que “la cláusula vigesimoquinta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato (...) señala como causa específica de resolución a los efectos previstos en el apartado h) del artículo 223 (del) TRLCSP -que permite incluir otras diferentes a las enumeradas en el propio precepto- la `pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración ´”.

Considera que “la inscripción de la prohibición en que se halla incurso (la contratista) es determinante de la causa para impugnar la vigencia del presente contrato mediante el procedimiento regulado en los artículos 109 y siguientes del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Se precisa, así, acuerdo de iniciación -constituido por la resolución de la Presidencia de 18 de los corrientes-, trámite de audiencia al contratista (...), el presente informe jurídico y, en caso de oposición por parte del contratista, dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...). Asimismo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, se precisa también informe de Intervención”. Explica que “todos los trámites e informes se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho”, y que “son de aplicación los plazos generales de tramitación, resolución y notificación de tres meses previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...). Por ello, en el supuesto de que se eleve propuesta de resolución al Consejo Consultivo, es preciso hacer uso de la facultad de suspensión del cómputo el plazo previsto en el artículo 45.5.c) (*sic*) (de la) LRJPAC, que habrá de ser notificada a la adjudicataria, teniendo en cuenta que la fecha en que surte

efectos es la del registro de salida de la petición de consulta y no la de la resolución en que se declara aquella”.

En cuanto a la “retención de la fianza”, explica que “el Consejo Consultivo viene sosteniendo el criterio de que no cabe acordarla al inicio del procedimiento de resolución, sin que pueda diferirse la cuantificación de daños y perjuicios a un momento posterior, determinación que deberá realizarse en la medida que sea posible de forma simultánea a la incoación del expediente con garantía en todo caso de la audiencia del contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, estableciendo que es la propuesta de resolución el trámite adecuado para disponer sobre la garantía definitiva. En este sentido, no cabe en el momento actual determinar los costes de la resolución, puesto que ello dependerá de una eventual adjudicación ulterior cuyo precio y fecha de entrada en vigor servirán de referencia para el cálculo de los perjuicios, constituidos por el importe de la diferencia que la Administración deje de percibir en el supuesto de que el canon posterior resulte inferior al vigente, así como por las pérdidas derivadas de la ausencia de ingresos correspondientes al periodo en que la explotación permanezca improductiva durante la licitación. En cualquier caso, no resulta aventurado disponer en su momento la retención total de la garantía depositada por importe de 900 €, puesto que presumiblemente dicha cantidad no cubrirá los ingresos que se dejarán de percibir durante la tramitación del próximo expediente de contratación, cuya duración puede demorarse un mínimo de tres meses con una estimación razonable, considerando que en la actualidad rige un canon anual de 4.500 €, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Por último, manifiesta 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 -artículo 60.2.a) (del) TRLCSP-. En este caso, la culpabilidad resulta manifiesta, pues con anterioridad a la adjudicación, comunicada el 10 de diciembre de

2015, la (contratista) ya era conocedora de hallarse incurso en causa de prohibición para contratar con el (Patronato Deportivo Municipal) desde el 23 de noviembre de 2015, ello sin perjuicio de la firmeza de la correspondiente resolución, necesaria para su inscripción en el registro de documentación administrativa de licitadores y determinante del momento a partir del cual la prohibición despliega sus efectos -artículo 61 bis 3 (del) TRLCSP-, pero que a la postre presumiblemente podría haber conducido a la resolución sobrevenida del contrato cuya tramitación ahora procede incoar”.

**6.** Con fecha 19 de mayo de 2016, el Interventor Delegado del Patronato Deportivo Municipal de Siero emite un informe, “de conformidad con el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local”, en el que señala que, “según se concluye en el informe jurídico (...), procedería la resolución del contrato citado por establecer la cláusula vigesimoquinta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares como causa específica de resolución -a los efectos previstos en el apartado h) del artículo 223 (del) TRLCSP- la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración; circunstancia esta que se produce con la inscripción de la adjudicataria de la prohibición para contratar durante un año con el Patronato Deportivo Municipal con efectos desde el 28 de enero de 2016”.

**7.** El día 30 de mayo de 2016, la contratista presenta un escrito de alegaciones en el registro del Ayuntamiento de Siero en el que manifiesta que estas “deben ser consideradas como oposición a la incoación de expediente de resolución del contrato”.

Entiende que “no concurre circunstancia sobrevenida de prohibición para contratar por dos motivos. En primer lugar, una causa nunca puede ser sobrevenida cuando es anterior a la fecha de contratación”. Señala que “en el

relato de hechos incluido en el informe del Consejo Consultivo de 22 de abril (...) se expone” que, “mediante escrito de 28 de enero de 2016, la Directora General de Patrimonio y Sector Público del Principado de Asturias (...) comunica al Patronato Deportivo Municipal de Siero la lista de prohibiciones para contratar inscritas en el ROLECE a fecha 19-11-2015. En el citado listado se incluye a la contratista y se refleja que el acuerdo de prohibición, adoptado el 16 de noviembre de 2015 por el (Patronato Deportivo Municipal) de Siero, supone la prohibición para contratar con dicho organismo durante el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2016 y el 28 de enero de 2017”. Así, considera que “cuando el Patronato Deportivo Municipal de Siero adjudica el contrato por 4 años a (la contratista) ya conocía que esta podía estar incurso en prohibición para contratar, y sin embargo le adjudicó la concesión de la explotación del bar de la piscina. Recordemos que la resolución de adjudicación es de fecha 30 de noviembre de 2015 y la formalización del contrato de 14 de diciembre. Quiere esto decir que, tanto cuando se adjudicó el contrato como cuando se formalizó por escrito, el Ayuntamiento ya tenía conocimiento de la existencia de una posible prohibición, puesto que el propio Patronato había adoptado el acuerdo de prohibición el día 16 de noviembre de 2015./ Es por ello que se está trasladando hacia la contratista una responsabilidad que correspondía a la Administración, y no era otra que saber que existía una posible causa de prohibición (con independencia de que la causa fuere suficiente o no), y aun así procedió a adjudicar el contrato y posteriormente a firmar el mismo./ Por tanto, no podemos hablar de causa sobrevenida de las establecidas en el pliego de condiciones, sino de causa previa y perfectamente conocida por la Administración contratante, puesto que ella misma había adoptado el acuerdo de prohibición”. Añade que “no existe causa de prohibición para contratar (...), puesto que no existió falsedad a la hora de presentar documentación”, ya que “la adjudicataria cumplía fielmente (...) con los requisitos para contratar”.

Considera que “si el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público hubiera querido recoger expresamente las causas sobrevenidas” como causa de resolución del contrato “lo hubiera hecho así, y no lo hizo, a pesar de la existencia de una reciente reforma. El ejemplo expuesto en el informe municipal relativo a la Junta Consultiva de Contratación de la Generalidad de Cataluña en su informe 12/2012 no es más que un mero ejemplo que no tiene por qué ser extensible a la generalidad de casos”. Manifiesta que “de la redacción del contrato y del pliego de condiciones no se deduce que la prohibición para contratar durante la vigencia del contrato sea una causa determinante de resolución./ El artículo 25 del contrato simplemente se refiere a lo que se consideran obligaciones contractuales esenciales. Y de manera errónea incluye la pérdida sobrevenida de requisitos para contratar. Es decir, trata de enumerar las obligaciones del contratista y de manera defectuosa incluye una prohibición dentro de lo que pretendían ser obligaciones (...). Lo dispuesto en la cláusula 25 es una afirmación genérica frente a otras más específicas, en concreto las contenidas en la cláusula 7.ª del contrato, referida a la capacidad del contratista”, conforme a la cual “cumplía escrupulosamente todos los requisitos para contratar en ambos momentos (finalización de ofertas y momento de adjudicación)”. Añade que “la hipotética incursión en prohibición para contratar (que tendría efectos *ex nunc* y no efectos *ex tunc*) no puede ser considerada como una causa sobrevenida de resolución del contrato./ Y ello porque lo que establece la cláusula 25.ª es la pérdida de ‘requisitos’ para contratar con la Administración, y este no es uno de los requeridos por la cláusula 12.ª del contrato, sino que se trata de una condición de capacidad del contratista que este debe cumplir solamente en dos momentos, cuales son la fecha de finalización de presentación de ofertas y el momento de adjudicación del contrato. En dichas fechas ostentaba dicha capacidad para contratar y no estaba privada de ella”.

Solicita "el archivo del expediente por no concurrir causa de prohibición para contratar, y en caso de concurrir esta no es sobrevenida, sino previa y conocida por la Administración".

**8.** Mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 31 de mayo de 2016, se acuerda "solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias antes de la adopción del acuerdo sobre la resolución del contrato administrativo especial para la explotación del bar de la piscina climatizada de La Pola Siero, al haberse producido oposición por parte del adjudicatario". Igualmente, se dispone la "suspensión del plazo de tres meses para finalizar el procedimiento durante el periodo que medie entre la solicitud del dictamen y su recepción, y comunicar formalmente al interesado la fecha de inicio del cómputo". La interesada recibe la comunicación de la citada resolución el día 2 del mes siguiente.

**9.** El día 3 de junio de 2016, la Secretaria Delegada del Patronato Deportivo Municipal, con el visto bueno del Interventor Delegado, formula propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato por causa culpable de la contratista, al incurrir esta "en la causa de extinción derivada de la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar". Propone, además, "declarar la retención íntegra de la garantía definitiva hasta la determinación de los daños y perjuicios derivados de la eventual resolución contractual, sin perjuicio de la obligación del adjudicatario de hacerse cargo de los gastos que excedan del importe de aquella y que comprenden el importe de la diferencia que la Administración deje de percibir en el supuesto de que el canon posterior resulte inferior al vigente, así como las pérdidas derivadas de la ausencia de ingresos correspondientes al periodo en que la explotación permanezca improductiva durante la licitación que ha de llevarse a cabo".

En cuanto a las alegaciones formuladas, manifiesta que, conforme a lo dispuesto en "el artículo 61 bis 3 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 (...), los efectos de la prohibición de contratar en casos como el que nos ocupa se producirán desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente, la cual fue comunicada el 2 de febrero de 2016, de tal manera que la previa formalización del contrato no supuso que se le trasladara a (la contratista) responsabilidad alguna, sino que, por el contrario, antes de dicha fecha no concurría causa obstativa para la adjudicación a su favor, y si alguna temeridad hubiera existido le sería exclusivamente imputable por haber mantenido su oferta siendo conocedora de la existencia de un expediente para declararla incurso en causa de prohibición para contratar”.

Considera que, “sin perjuicio de la mayor o menor excelencia en la redacción de la cláusula vigesimoquinta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, resulta obvio que la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar como causa de extinción se incardina en el apartado h) del artículo 223 (del) TRLCSP, mientras que el resto de los supuestos enumerados se reconducen a las obligaciones contractuales esenciales a las que se refiere el apartado f) del referido precepto, de tal manera que no se sostiene la afirmación de que ni la normativa sectorial ni el propio contrato recogen como fundamento de la resolución la concurrencia de una causa sobrevenida de los requisitos para contratar; posibilidad avalada, por ejemplo, por la Junta Consultiva de la Generalidad de Cataluña en su informe 14/2012, donde se pronuncia sobre las consecuencias de que el requisito de incurrir en causa de incompatibilidad se produzca con posterioridad a la formalización del contrato, argumento perfectamente extrapolable, en contra de lo alegado, al presente supuesto de hecho”.

Entiende que “no cabe impugnar en este momento la concurrencia de la causa de la prohibición para contratar; declaración firme a todos los efectos e inscrita en el correspondiente registro administrativo (...), sin perjuicio de que tampoco se sostenga la afirmación de que los requisitos de capacidad solo han de cumplirse en el momento de la finalización del plazo de presentación de

ofertas y en el de la adjudicación, como efectivamente señala el punto séptimo de los pliegos, pero sin que ello constituya un *numerus clausus*, porque la propia ley establece múltiples supuestos de resolución por causas sobrevenidas, como, por ejemplo, la muerte o incapacidad del empresario o la extinción de la personalidad en el caso de las personas jurídicas”.

Por último, señala que “en el momento actual de tramitación del expediente no resulta posible determinar los costes que le supondrá a este organismo la resolución, puesto que ello dependerá de una eventual adjudicación ulterior cuyo precio y fecha de entrada en vigor servirán de referencia para el cálculo de los perjuicios, constituidos estos por el importe de la diferencia que la Administración deje de percibir en el supuesto de que el canon posterior resulte inferior al vigente, así como por las pérdidas derivadas de la ausencia de ingresos correspondientes al periodo en que la explotación permanezca improductiva durante la licitación que se llevará a cabo; resultando, asimismo, que procede disponer la retención total de la garantía depositada por importe de 900 €, puesto que presumiblemente dicha cantidad no cubrirá los ingresos que se dejarán de percibir durante la tramitación del próximo expediente de contratación, cuya duración puede demorarse un mínimo de tres meses con una estimación razonable, considerando que en la actualidad rige un canon anual de 4.500 €, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido”.

**10.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de junio de 2016, esa Alcaldía 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 La Pola Siero, adjuntando al efecto una 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 de la 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 -30 de noviembre de 2015-, 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 con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y 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; informe del Servicio Jurídico, y “Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”. En el ámbito de la Administración local, tal y como señalamos en nuestros Dictámenes Núm. 162/2015 y 183/2015, entre

otros, el artículo 114 del TRRL establece como necesarios para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención Municipal.

En el caso que examinamos se ha dado cumplimiento a todos los trámites citados. Así, obra en el expediente la emisión, con carácter inmediatamente posterior a la adopción de la resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento resolutorio, de sendos informes de la Secretaría y de la Intervención Delegadas del Patronato Deportivo Municipal de Siero. Igualmente, una vez formuladas las oportunas alegaciones por parte de la contratista, consta la posición de tales órganos informantes sobre aquellas, materializada en la propuesta de resolución suscrita por la Secretaria Delegada del organismo consultante con el visto bueno de su Interventor.

No obstante, sobre el acuerdo de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 17 de mayo de 2016, por el que se declara la caducidad del expediente anteriormente seguido, se incoa un nuevo procedimiento de resolución contractual y se confiere trámite de audiencia a la interesada, debemos señalar que en el traslado que se le efectúa a esta se indica que el acuerdo adoptado agota la vía administrativa y que contra el mismo cabe la interposición, alternativamente, de recurso de reposición o de recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, únicamente el acto relativo a la declaración de caducidad del primero de los expedientes incoados para la resolución del contrato responde a tales características, puesto que la calificación que se hace de la naturaleza jurídica de los restantes actos aprobados y la indicación de los recursos procedentes contra los mismos no son conformes con su carácter de actos de trámite. Siendo así, como indicamos en nuestro Dictamen Núm. 15/2016, resulta recomendable que en el caso de adopción en un mismo acuerdo de actos jurídicos de distinta naturaleza se proceda a individualizar el señalamiento de la condición de cada uno de ellos para identificar correctamente los recursos que, en su caso, procedan. Igualmente, y en relación con la citada resolución, debemos hacer constar que los traslados de la misma efectuados con fecha 18 de mayo de 2016 informan a

sus destinatarios de que aquella fue dictada “con fecha de hoy”, lo que genera una incongruencia respecto a la fecha cierta de su emisión, que, además, se incrementa si tenemos en cuenta que la fecha automática que aparece en su encabezado superior también hace mención al día 18 de mayo de 2016. Por tanto, deberá aclararse si tal resolución fue dictada el 17 o el 18 de mayo de 2016.

Por último, debemos referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato. Los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al “órgano de contratación”. La adjudicación objeto de este expediente fue acordada por la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal, por lo que será esta quien deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento que ahora se somete a nuestra consideración.

En cuanto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, apreciamos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 17 de mayo de 2016, en la fecha de emisión del presente dictamen aún no había 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 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª, y de 9 de septiembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, entre otras).

**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 legal anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Las causas de resolución previstas con carácter general para los contratos administrativos son las recogidas en el artículo 223 del TRLCSP. La cláusula 25 del pliego de las administrativas particulares y, en los mismos términos, la cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes disponen que “las causas de resolución del contrato serán las previstas en el artículo 223 (del) TRLCSP (...). A los efectos de apreciar las causas de resolución establecidas en los apartados f) y h) del artículo 223, se considerarán obligaciones contractuales esenciales”, entre otras, la “pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración”.

Llegados a este punto debemos recordar la sucesión de hechos que da lugar a la controversia planteada. Mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 30 de noviembre de 2015, se adjudica el contrato de “explotación del bar de la piscina climatizada de La Pola Siero”. El 14 de diciembre del mismo año se formaliza el contrato en documento administrativo. El día 2 de febrero de 2016, el Patronato Deportivo Municipal de Siero recibe un escrito de la Directora General de Patrimonio y Sector Público del Principado de Asturias en el que, “de conformidad con el Decreto 35/2015, de 12 de mayo, por el que se regula la Contratación Centralizada, el Registro de Contratos y el Registro de Documentación Administrativa de Licitadores del Principado de Asturias”, le comunica “la lista de prohibiciones para contratar inscritas en el ROLECE a fecha 19-11-2015”. En el citado listado se incluye a la contratista y se refleja que el acuerdo de prohibición, adoptado el 16 de noviembre de 2015 por el Patronato Deportivo Municipal de Siero, supone la prohibición para contratar con dicho organismo durante el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2016 y el 28 de enero de 2017”.

El Patronato Deportivo Municipal de Siero considera en su propuesta de resolución que la contratista incurre en causa de resolución contractual conforme a lo dispuesto en la "cláusula vigesimoquinta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares", al resultar "obvio que la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar" con la Administración se prevé en aquella "como causa de extinción (que) se incardina en el apartado h) del artículo 223 (del) TRLCSP".

Por su parte, la contratista entiende que "no concurre circunstancia sobrevenida de prohibición para contratar" porque "una causa nunca puede ser sobrevenida cuando es anterior a la fecha de contratación", y "cuando el Patronato Deportivo Municipal de Siero adjudica el contrato por 4 años a (la contratista) ya conocía que esta podía estar incurso en prohibición para contratar (...), puesto que el propio Patronato había adoptado el acuerdo de prohibición el día 16 de noviembre de 2015", y porque "no existió falsedad a la hora de presentar documentación, puesto que la adjudicataria cumplía fielmente (...) con los requisitos exigidos para contratar".

El régimen de las prohibiciones para contratar se contiene en los artículos 60, 61 y 61 bis del TRLCSP, cuya redacción ha sido modificada por la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con efectos desde el 22 de octubre de 2015. El actual artículo 61 bis del TRLCSP establece en su apartado 2 la necesidad de inscribir determinadas prohibiciones para contratar "en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado". Igualmente señala que los "órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del

Sector Público". Su apartado 3 añade que, con carácter general, "los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente". Por su parte, la redacción original del artículo 61 del TRLCSP también condicionaba la eficacia de algunas prohibiciones a su inscripción en el correspondiente registro y establecía la obligatoriedad para las "autoridades y órganos competentes" de notificar "a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas" las resoluciones que dictaran en tal sentido para su "inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que sea procedente".

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone en su artículo 12 la obligatoriedad de inscribir las prohibiciones para contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, concretando en su artículo 13 que las "inscripciones (...) se practicarán de oficio por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa" cuando "la prohibición" se acuerde "en virtud de resolución (...) del órgano competente de otra administración pública", en la que "se ordenará la inscripción en el Registro, que se practicará, sin más trámites". El apartado 2 del mencionado precepto añade que, "Practicada la inscripción de la prohibición, se dará traslado de la misma a todos los Registros Oficiales de Licitadores establecidos por las comunidades autónomas a fin de que puedan hacerla constar en él". El artículo 14 relaciona las prohibiciones que "No producirán efectos hasta su constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado". En el ámbito del Principado de Asturias, el Decreto 35/2015, de 12 de mayo, por el que se regula la Contratación Centralizada, el Registro de Contratos y el Registro de Documentación Administrativa de Licitadores del Principado de Asturias, también regula en su artículo 19 la inscripción de las prohibiciones para contratar, señalando que las "autoridades y órganos competentes deberán comunicar al Registro las sanciones y resoluciones firmes (...) a fin de inscribir la prohibición".

Entre la documentación remitida no consta la Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal de Siero de 16 de noviembre de 2015, por la que se declara a la contratista incurso en prohibición para contratar, por lo que desconocemos la causa que motivó aquella, la redacción del TRLCSP que resultó aplicable a la tramitación del expediente seguido a tal efecto, la fecha de la firmeza de la resolución recaída y cualesquiera otras particularidades. Sin embargo, el hecho cierto es que la citada prohibición obra inscrita en el registro correspondiente sin que, en ningún momento, se cuestione la veracidad de los datos obrantes en tal registro público. Siendo así, el centro de la cuestión gravita en la circunstancia de que el Patronato Deportivo Municipal de Siero conoce el día 2 de febrero de 2016, a través de escrito remitido por la Directora General de Patrimonio y Sector Público del Principado de Asturias, que la prohibición acordada está inscrita en el "ROLECE", donde se dispone que su fecha de inicio es el 28 de enero de 2016. Resulta obvio, entonces, que la misma no estaba operativa ni en la fecha de adjudicación del contrato ni en la de su formalización -30 de noviembre y 14 de diciembre de 2015, respectivamente-. Por ello, no asiste la razón a la contratista cuando considera que la causa de resolución argumentada por la Administración no puede calificarse de "sobrevenida", sino de "causa previa y perfectamente conocida por la Administración contratante, puesto que ella misma había adoptado el acuerdo de prohibición". De otro lado, no se cuestiona en ningún momento -como manifiesta aquella- "falsedad a la hora de presentar documentación", ya que, como ella misma señala, "cumplía fielmente (...) con los requisitos exigidos para contratar".

Planteada la cuestión en tales términos, debemos calificar, indubitadamente, como sobrevenida la pérdida de los requisitos de la contratista para contratar con el Patronato Deportivo Municipal de Siero. Sobre los efectos de tal circunstancia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus Informes 52/2007, de 24 de enero de 2008, y 52/2008, de 2 de diciembre de 2008, señala que "el artículo 62.b) de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas (...) declara la nulidad de pleno derecho de los contratos en que el adjudicatario estuviese incurso en alguna de las prohibiciones o causas de incompatibilidad para contratar (...). Sin embargo, esto será de aplicación al caso en que la causa de nulidad concurriese en el momento de celebrarse el contrato". Cuando "la causa ha sido sobrevenida" la citada Junta Consultiva considera que "el contrato originariamente era plenamente válido", y señala que "conviene tener en consideración a este respecto el hecho de que la Ley no prevé la circunstancia de que un contrato válidamente constituido resulte posteriormente afectado por una causa que, de haber concurrido en el momento de la celebración, habría determinado la nulidad de carácter absoluto". Por tanto, la aparición posterior de una prohibición para contratar no surte efectos en un contrato válidamente celebrado. Ahora bien, tal y como señala la Administración consultante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su Informe 14/2012, de 30 de noviembre, contempla como excepción a tal principio "que el pliego de cláusulas administrativas particulares disponga expresamente otra cosa"; razonamiento con el que nos mostramos de acuerdo en la medida en que supone la manifestación de la voluntad de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del TRLCSP.

Pues bien, tal es el caso que no ocupa. Así, la cláusula 25 del pliego de las administrativas particulares del contrato dispone que, "a los efectos de apreciar las causas de resolución establecidas en los apartados f) y h) del artículo 223, se considerarán obligaciones contractuales esenciales", entre otras, la "pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración". La claridad del tenor literal de la cláusula no deja lugar a dudas sobre la voluntad de las partes de proceder a la resolución contractual en el caso de que, de forma sobrevenida, se procediese a la pérdida "de los requisitos para contratar", entre los que se encuentra la incursión de la contratista en causa de prohibición, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 del TRLCSP. Frente a ello, la interesada alega que "el artículo 25 del contrato

(sic) simplemente se refiere a lo que se consideran obligaciones contractuales esenciales. Y de manera errónea incluye la pérdida sobrevenida de requisitos para contratar. Es decir, trata de enumerar las obligaciones del contratista y de manera defectuosa incluye una prohibición dentro de lo que pretendían ser obligaciones”. Efectivamente, el artículo 223 del TRLCSP establece como causas de resolución de los contratos, en su apartado f), el “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, y en su apartado h) las “establecidas expresamente en el contrato”. Por su parte, la cláusula 25 del pliego de las administrativas particulares del contrato relaciona una serie de “obligaciones contractuales esenciales”, entre las que se encuentra la “pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar”, y señala que tal enumeración lo es “a los efectos de apreciar las causas de resolución establecidas en los apartados f) y h) del artículo 223”. Al respecto, la propuesta de resolución indica que, “sin perjuicio de la mayor o menor excelencia en la redacción de la cláusula vigesimoquinta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, resulta obvio que la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar como causa de extinción se incardina en el apartado h) del artículo 223 (del) TRLCSP, mientras que el resto de los supuestos enumerados se reconducen a las obligaciones contractuales esenciales a las que se refiere el apartado f) del referido precepto”. A pesar de que la redacción de la referida cláusula 25 adolece de falta de claridad, al no separar de forma adecuada las causas de resolución correspondientes al apartado f) del artículo 223 del TRLCSP y las correspondientes al apartado h) del mismo precepto, insistimos en que es suficiente para manifestar la voluntad clara de las partes de proceder a la resolución del contrato en caso de pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar, por lo que en modo alguno puede ser calificada como “errónea” o “defectuosa”; máxime cuando los efectos de la resolución derivada de los mencionados apartados f) y h) resultan coincidentes, a tenor del artículo 225 del TRLCSP.

En cuanto a los citados efectos de la resolución contractual, la propuesta de resolución formulada, tras precisar que “en el momento actual de tramitación del expediente no resulta posible determinar los costes que le supondrá a este organismo la resolución, puesto que ello dependerá de una eventual adjudicación ulterior cuyo precio y fecha de entrada en vigor servirán de referencia para el cálculo de los perjuicios”, propone “declarar la retención íntegra de la garantía definitiva hasta la determinación de los daños y perjuicios derivados de la eventual resolución contractual, sin perjuicio de la obligación del adjudicatario de hacerse cargo de los gastos que excedan del importe de aquella y que comprenden el importe de la diferencia que la Administración deje de percibir en el supuesto de que el canon posterior resulte inferior al vigente, así como las pérdidas derivadas de la ausencia de ingresos correspondientes al periodo en que la explotación permanezca improductiva durante la licitación que ha de llevarse a cabo”. En el Dictamen Núm. 98/2016, emitido con ocasión de un expediente anterior instruido con idéntico fin, ante la ausencia de un pronunciamiento expreso sobre los efectos de la resolución y la existencia de posiciones confusas a lo largo del procedimiento, recordamos a esa Administración nuestra postura sobre el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, del que concluimos que la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En este sentido, el Patronato Deportivo Municipal de Siero manifiesta ahora la imposibilidad de cuantificar en este momento los daños y perjuicios irrogados por la contratista, por lo que propone la retención de la fianza constituida. Sobre este extremo, debemos poner de relieve la incongruencia de la cláusula 25 del pliego de las administrativas particulares al señalar inicialmente que “las causas de resolución del contrato (...) producirán los efectos previstos en el artículo 225” e indicar más adelante 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 de su

importe". En nuestro Dictamen Núm. 43/2015 tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre la existencia de cláusulas similares a la segunda parte de la citada, cuya validez amparamos -a pesar de su contradicción con la interpretación que este Consejo mantiene del artículo 225 del TRLCSP- al considerar las mismas "como manifestación de la voluntad contractual de las partes". Sin embargo tal voluntad resulta en este caso confusa, por cuanto la propia cláusula 25 del pliego se remite indistintamente a ambos sistemas. Siendo así, nos parece prudente la postura adoptada por la propuesta de resolución, por lo que nos mostramos conformes con ella.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable de la contratista, del contrato de explotación de la cafetería de la piscina climatizada de La Pola 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.