



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 7 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de febrero de 2010.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de La Oliva en relación con la *Propuesta de Resolución del contrato de explotación de la cafetería ubicada en la E.N.C., por impago del precio pactado (EXP. 16/2010 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 12 de enero de 2010, la Alcaldesa del Ayuntamiento de La Oliva solicita preceptivamente por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3, y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con el art. 96.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de aplicación a este caso de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la emisión de preceptivo Dictamen en relación con la *Propuesta de Resolución*, a adoptar definitivamente por la Alcaldesa por avocación de su competencia al respecto, que estaba delegada en la Concejalía competente, de conformidad con el art. 14 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Esta *Propuesta finaliza* el procedimiento tramitado para resolver el contrato de explotación por impago del precio pactado que, a la fecha de redacción de la mencionada Propuesta ascendía a 88.578,33 €, cantidad que en "irá aumentando (...)" no sólo en función del canon correspondiente, sino con las penalidades señaladas en

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

la legislación y en los pliegos aplicables a este caso”, según se lee en el Resuelvo de la referida Propuesta.

La resolución contractual se plantea, pues, básicamente como respuesta al incumplimiento del contratista de una de las obligaciones esenciales del contrato, cual es el de abonar el precio pactado, nunca abonado desde que aquél asumió la ejecución del contrato. Se cita en el escrito de solicitud de Dictamen como fundamento resolutorio el art. 96.1 TRLCAP, que se refiere a la “resolución por demora” en la ejecución del contrato; lo que no parece ser el caso, pues tal demora se refiere al pago, que es una de las “obligaciones contractuales esenciales” del contratista, cuyo incumplimiento el art. 111.g) TRLCAP considera como causa de resolución contractual.

II

El análisis de la cuestión de fondo obliga a considerar ciertas cuestiones previas, de carácter formal, pero de incidencia clara en el procedimiento tramitado y en el alcance de la resolución contractual que se nos plantea.

En efecto, el Resuelvo de la Propuesta de Resolución contiene tres apartados. El primero suspende el expediente de resolución contractual “hasta que se reciba el correspondiente Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias; por el segundo se requiere a cada contratista “para que lleve a cabo el ingreso” de lo que se debe al Ayuntamiento (88.578 €) y procedan a la “entrega del local”, con el apercibimiento de que irá aumentando la deuda no solo en función del “canon correspondiente sino con las penalidades señaladas en la legislación y en los pliegos aplicables a este caso”; el tercero, finalmente, ordena la notificación al interesado de la “presente Resolución”, lo que en efecto tuvo lugar en el 30 de diciembre de 2009, según resulta de la diligencia de recibí que obra al pie de la mencionada Resolución.

Aparentemente, no estamos ante una Propuesta de Resolución, sino ante lo que parece una Resolución administrativa definitiva que ha sido notificada a la parte. En esta tesitura, la intervención de este Consejo ya no puede ser previa a la toma de la decisión en garantía de la legalidad y los derechos de la parte. Sería posterior a la misma y de naturaleza distinta de la que corresponde a la función consultiva que este Organismo desempeña. Lo que, a su vez, podría suponer la invalidez de la Resolución adoptada, al no haber sido solicitado Dictamen sobre su Proyecto como está exigido legalmente.

La Administración pretende resolver el contrato adjudicado por incumplimiento por parte del contratista de una de las obligaciones esenciales del contrato, aunque hay otras obligaciones menores, debiendo abonar el canon que, en los Pliegos, se ha fijado como de abono anual (Cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).

En realidad, ha de señalarse que, firmado el contrato, el contratista no pagó cantidad alguna en todo el tiempo que se ha estado ejecutando el contrato adjudicado, pues de *la Resolución* resulta que se adeuda al Ayuntamiento el canon desde el comienzo de la ejecución (11.578,33 € en el año 2007; 38.500 en el año 2008; y 38.500 en el año 2009).

El contrato, pues, estaba en situación de incumplimiento y subsiguiente resolución desde hacía tiempo. De hecho, fue el 5 de octubre de 2009 cuando se inicia el procedimiento resolutorio, requiriéndose al contratista al pago de la cifra pendiente y que se elevaba a 88.578,33 € “antes del 31 de diciembre de 2009”. Obviamente, no se produjo el abono, por lo que el procedimiento resolutorio continuó su curso, con alegaciones de la parte en las que interesaba “llegar a un acuerdo pago”, proponiendo una determinada forma de pago (4.467 euros mensuales, a partir del mes de noviembre) “y descontado los eventos que se le hagan al Ayuntamiento”.

El Resuelvo, pues, debiera declarar la resolución del contrato. Sin embargo, lo que decide es, nuevamente, requerir al contratista para que abone la deuda pendiente y proceda a “la entrega del local”, que sería, en efecto, consecuencia de la resolución; pero esta conclusión se desdice por el hecho de que seguidamente se indica que, de no hacerse así, “irá aumentando la deuda”. Obviamente, el procedimiento resolutorio *debe concluir en la resolución del contrato*. Resuelto el contrato, la exigibilidad de las cantidades vencidas y líquidas adeudadas a la Administración pasaría a ser el objeto del expediente de “determinación de daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista”, así como “pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida” (art. 113 TRLCAP).

En este sentido, la Resolución analizada pretende, más que resolver, dar al contratista una nueva oportunidad para que proceda al abono de las cantidades pendientes. Es más, dados los antecedentes e informes previos asumidos por la Resolución, la resolución contractual sería la consecuencia de no atenderse a este

segundo requerimiento de pago, que haría las veces de condición resolutoria; pero esta pretensión no es jurídicamente admisible a la luz de la ordenación de la resolución contractual, especialmente de haberse acordado su inicio. Y, en todo caso, no evitaría que se debiera formular la correspondiente Propuesta pretendiendo tal resolución, a ser dictaminada por este Organismo, una vez desatendido el requerimiento administrativo.

En esta situación, parece claro que, de responder el contratista al segundo requerimiento o aceptar la Administración los términos de acuerdo que expuso, no habría resolución contractual, o ésta sería distinta a la planteada al iniciarse el procedimiento.

En resumidas cuentas, visto el contenido de la Resolución analizada, cabría entender que no se pretende resolver el contrato en estos momentos, lo que es incoherente con la iniciación del correspondiente procedimiento resolutorio. Por tanto, no procede la solicitud preceptiva del Dictamen correspondiente, debiendo antes culminarse la tramitación del procedimiento hasta concluir con la pertinente Propuesta de Resolución, que ha de pronunciarse sobre la resolución contractual y las restantes cuestiones suscitadas durante dicha tramitación y las exigibles para la legislación aplicable.

En este orden de cosas y en coherencia con lo ya expuesto, la Resolución contempla la imposición de penalidades conforme a la legislación de aplicación y los pliegos. Pero dicha legislación contempla tales penalidades como *opción a la resolución* en el contexto de la *demora en la ejecución* del contrato (art. 95 TRLCAP). Así, el Pliego de Cláusulas administrativas particulares prevé en efecto esas penalidades (Cláusula 19), aunque no como opción a la resolución (art. 95.2 TRLCAP), sino como indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración, que es título distinto de resarcimiento (art. 97 TRLCAP). En todo caso, de existir estas penalidades, *su misma existencia supone que el contrato no se ha resuelto*.

CONCLUSIONES

1. La Resolución contractual ha de ser remitida para su Dictamen a este Organismo en fase de proyecto, pronunciándose aquél sobre la pertinente Propuesta resolutoria del procedimiento que se tramite, aquí contractual, siendo inválida de dictarse sin haberse efectuado la preceptiva solicitud.

2. La Resolución analizada presenta las deficiencias expresadas en este Dictamen, debiendo formularse la Propuesta resolutoria de forma que contenga la resolución del contrato de referencia y se pronuncie sobre los demás extremos aquí expuestos, tras lo que habrá de recabarse Dictamen a este Consejo sobre la misma.