



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 8 / 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 estación de guaguas de Corralejo, por impago del precio pactado (EXP. 17/2010 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 161.0000 €, cantidad que "irá aumentando (...) no sólo en función del canon correspondiente, sino con las penalidades señaladas en la

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

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 el contratista 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 (161.000 €) 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 ambos casos 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 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 semestral (Cláusula 4 del pliego de Cláusulas Económico Administrativas).

En realidad, ha de señalarse que, firmado el contrato, el contratista no pagó cantidad alguna en todo el tiempo que ha estado ejecutando el contrato adjudicado, pues de *la Resolución* resulta que se adeuda al Ayuntamiento el canon desde el comienzo de la ejecución: 55.200 € en el año 2007; 50.600 € en el año 2008 y 55.200 € 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 161.000 €, en el segundo “antes del 31 de diciembre de 2009”. Obviamente, no se produjo el pago, por lo que el procedimiento resolutorio continuó su curso, con alegaciones de la parte que, a los términos del Acuerdo de inicio, opuso contrapropuestas en las que, sin cuestionar la deuda y por ello la causa resolutoria, interesaba que de la cantidad adeudada se descontaran ciertos importes correspondientes a gastos y servicios realizados para el Ayuntamiento, compensándose las respectivas deudas.

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, aunque sea de forma incoherente con la iniciación del correspondientes 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.

III

Pues bien, el contratista propuso en el trámite de alegaciones, tras el inicio del procedimiento resolutorio, una fórmula de abono de las cantidades pendientes, a la par que, en el contexto de la liquidación de la deuda, manifestaba haber realizado obras por importe de 10.880 €, ingresado 6.282 €, y haber facturado por eventos del Ayuntamiento por importe de 15.404,51 €, es decir, un total a descontar de 32.566,51 €, restando una deuda de 147.435,49 €.

Respecto del fraccionamiento del pago de la deuda, el informe jurídico emitido precisa que "han de ser los órganos administrativos quienes decidan si esta forma de pago se acepta o no"; y, respecto de la compensación, este informe jurídico, previo informe de Intervención, reconoce sólo una deuda de 8.212,75 €, aunque la Resolución (hecho quinto) procede a compensar 10.880 €. Es más, la Resolución dictada estima que la deuda del contratista asciende a 88.578 €, por lo que parece haber una discordancia de datos.

Por su parte, el contratista incluso alegó haber realizado gastos por dotaciones, licencias, obras y pagos de personal por un importe de 15.404,50 €, sin que a esta cuestión se haya hecho referencia en la Resolución aprobada, por lo que debe entenderse que ha sido desestimada la propuesta del contratista. Sin embargo, la

Resolución, pese a su contenido, si pretendiera ser de resolución contractual, debería dar *respuesta expresa a esta propuesta, y efectuar una liquidación exacta del contrato*.

En este orden de cosas y en coherencia con lo ya expuesto, la mencionada 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). En todo caso, de existir estas penalidades, *su misma existencia supone que el contrato no se ha resuelto*.

En esta línea, ha de observarse que el contratista manifestó haber realizado gastos en el local objeto de explotación que, en cualquier caso, interesaron sean compensados con la deuda por impago del canon semestral. El informe emitido al efecto, que asume la Resolución dictada, rechaza la alegación de compensación en la medida que tales gastos son derivados de "la explotación de las instalaciones y servicios" y por ello (Cláusula 12.c.5 del Pliego de Condiciones Técnicas) obligación del contratista, precisándose asimismo que, conforme a la Cláusula 4.2 del Pliego, "todas las actuaciones que se acometan en las instalaciones, así como el equipamiento, revertirán al Ayuntamiento una vez finalizado el plazo de la adjudicación". Además, la Cláusula 4.1 dispone que el contratista ejecutará las pequeñas obras de reforma, adaptación o mejora de las instalaciones incluidas en su oferta "a su costa".

IV

Es cierto que el contrato en cuestión no son de gestión de servicio público (art. 154 y siguientes del citado Texto Refundido), sino que se trata del contratos administrativo a que hace referencia el art. 5.2.b) TRLCAP, calificándolos como especial y, por ello, sometido en primer lugar a sus propias normas con carácter preferente" (art. 7.1 TRLCAP), si las hubiere.

Sin embargo, en ausencia de tales normas y en cuanto contrato administrativo que es, se somete en su preparación, adjudicación, efectos y extinción al TRLCAP aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. Cabe recordar que la antigua Ley de Contratos del Estado (Texto Refundido aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril) solventaba esta cuestión en su art. 4.2ª aplicando "por analogía" las disposiciones de

la Ley relativas a los demás contratos administrativos típicos. El Texto Refundido no era tan preciso, aunque resulta clara la previsión antes expuesta en el citado art. 7.1, siendo el contrato de gestión de servicio público el más asimilable a los aquí afectados.

Precisamente, para los contratos de gestión de servicios públicos, el art. 169 TRLCAP dispone que, en los supuestos de resolución, "la Administración abonará, *en todo caso*, al contratista el precio de las obras e instalaciones, que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión".

Además, en virtud de la antedicha previsión han de tenerse en cuenta los principios de equidad, buena fe, que refuerzan la expresa disposición antes citada del Texto Refundido, pues lo contrario produciría un inaceptable enriquecimiento injusto de la Administración, debiéndose aplicar en este sentido las Cláusulas del contrato.

En todo caso, aun siendo complicada la calificación jurídica del contrato que tenga por objeto la prestación de servicios de cafetería, su naturaleza depende fundamentalmente de *su contenido contractual*. Por eso, aunque inicialmente su ordenación se reconducía a normas de Derecho privado, como figura contractual a caballo entre el arrendamiento de cosa y la prestación de servicios, la STS de 17 de julio de 1995, dictada tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, incluido su art. 7.1 por cierto, ya calificó la contratación de la prestación de servicios en una cafetería de una residencia sanitaria como contrato administrativo, desechando su condición de contrato de Derecho privado.

Por ello, en el caso que nos ocupa y vistos los pliegos de Cláusulas, ha de ratificarse la naturaleza administrativa de los contratos y su similitud al contrato de gestión de servicio público, a todos los efectos, particularmente los antes expuestos.

CONCLUSIONES

1. La Resolución contractual ha de ser remitida para su Dictamen a este Organismo en fase de proyecto, pronunciándose aquél sobre la correspondiente 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 ella.