Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 0 9 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de diciembre de 2024.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Ingenio en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución contractual del contrato administrativo denominado «SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES», formalizado con (...), correspondiente al LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS (EXP. 674/2024 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio el 24 de octubre de 2024 (con registro de entrada en este Consejo consultivo el 25 de octubre de 2024), tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución formulada por el citado Ayuntamiento en cuya virtud se plantea la resolución del contrato administrativo denominado *«SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES»*, formalizado con (...), correspondiente al LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS.

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de *« (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa»* [art. 11.1.D, apartado c) LCCC].

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

En este sentido, el art. 191.3, letra b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -en adelante, LCSP- (texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del presente Fundamento Jurídico), señala que *« (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista»*. Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista- y que determinan la preceptividad del Dictamen de este Consejo Consultivo.

El 6 de junio de 2024 la empresa contratista presenta alegaciones, en las que hace constar su oposición a la resolución del contrato.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico de aplicación a la presente resolución contractual, habiéndose adjudicado el contrato administrativo de referencia el día 14 de diciembre de 2023, queda regido sustantivamente por la LCSP y, procedimentalmente, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, dado que el procedimiento de resolución del contrato se inició el día 4 de junio de 2024, bajo la vigencia de la LCSP, procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al *«procedimiento de ejercicio»* de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites éstos que aparecen debidamente cumplimentados en el expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la garantía depositada. Trámite éste que no ha sido observado en el expediente administrativo, por cuanto conforme a la cláusula 13 de Pliego de cláusulas administrativas particulares, no se exige el depósito de garantía definitiva, por lo

que no existiendo avalista o asegurador no es necesario efectuar dicho trámite de audiencia.

Asimismo, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 109.1, apartado c) RGLCAP, que prevé la emisión preceptiva del informe de los Servicios Jurídicos. Trámite que ha sido convenientemente observado en la instrucción del procedimiento de resolución contractual.

5. En cuanto al plazo máximo para resolver -y notificar- se ha de señalar que la resolución de incoación del presente procedimiento administrativo se adoptó el día 4 de junio de 2024, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor -el 1 de enero de 2024- de la Ley 7/2023, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2024, cuya disposición adicional sexagésimo tercera titulada «*Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública*», establece que *«Los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones».*

De esta manera, el plazo máximo para instruir, resolver y notificar la resolución que ponga fin al presente procedimiento de resolución contractual es de ocho meses. En consecuencia, habiéndose incoado -de oficio- las presentes actuaciones el día 4 de junio de 2024, se entiende que el procedimiento administrativo de referencia caducará el 4 de febrero de 2025.

6. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190, 191.4 y 212.1 LCSP). En este caso, el contrato que se pretende resolver fue adjudicado por Decreto de la Alcaldía n.º 2023-8591, de fecha 14 de diciembre de 2023, correspondiéndole, en consecuencia, a este órgano la competencia para resolver el procedimiento administrativo de referencia.

II

En lo que se refiere a los antecedentes al procedimiento que nos ocupa y que están documentados en el expediente remitido, constan la relación de los mismos en

la Resolución de inicio y en idénticos términos en la Propuesta de Resolución, siendo los siguientes:

1. Mediante Resolución de Alcaldía n.º 2023-5848, de fecha 13 de septiembre de 2023, se aprobó el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto simplificado sumario del contrato denominado *«SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS - MEDIANTE LOTES»,* así como, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y de Prescripciones Técnicas Particulares.

En cuanto al plazo de ejecución del contrato la cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas particulares dispone:

«5.1.- Duración Inicial: El contrato tendrá una duración inicial para el Lote 1 de CINCO (5) SEMANAS y para el Lote 2 de DIEZ (10) SEMANAS a contar dentro de los tres días siguientes a su formalización. A tal fin se suscribirá un Acta de Inicio, dentro del citado plazo.

5.2.- Prórroga del contrato: Este contrato no es prorrogable».

Según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) el Lote 1 se corresponde con el suministro e instalación de un aparato de entrenamiento de musculación «multiestación de poleas de 9 puestos» que irá ubicado en el Centro Deportivo Ingenio-Sala de Musculación.

Según la cláusula 3 del PPT el plazo de entrega para el lote 1 será de 5 semanas desde la formalización del contrato, y «en dicho plazo deben ser entregados al Ayuntamiento de Ingenio, en perfectas condiciones técnicas y administrativas para su uso de acuerdo con la legislación vigente.

Los equipamientos y aparatos serán entregados en las dependencias municipales que se indique en su momento excepto la cortina divisoria que será instalada en el Pabellón (...), debiendo ver que se tendrán que adaptar a las condiciones de acceso al recinto deportivo para su montaje, y luego el aparato de multiestación que irá montado en la sala de musculación del Centro Deportivo Ingenio (...)».

2. Mediante Resolución n.º 2023-8591, de fecha 14 de diciembre de 2023, se adjudica el contrato denominado *«SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – LOTE 1: EQUIPAMIENTO DEPORTIVOS»,* a la empresa (...)

3. Con fecha 15 de diciembre de 2023 se formaliza el contrato administrativo de suministros entre el Ayuntamiento y la empresa contratista.

En la cláusula tercera del citado contrato, en relación con la cláusula 5 del pliego administrativo se establece que el plazo máximo de entrega del suministro

será de CINCO (5) SEMANAS, a contar desde los tres días siguientes al de la firma del contrato. A tal fin se suscribirá un Acta de Inicio, dentro del citado plazo.

4. El acta de inicio del contrato se firma el día 27 de diciembre de 2023, si bien, en su encabezamiento consta la fecha 21 de diciembre de 2023 y en su contenido se estipula que la prestación se inicia el día 19 de diciembre del mismo año.

5. Ante la discrepancia de fechas del acta de inicio, por el responsable municipal del contrato, se emite, en fecha 31 de enero de 2023 informe en el que se hace constar que «*El día 27 de diciembre me hacen llegar nuevamente el acta de inicio firmado con fecha 27, pero con fecha de documento el 21 de diciembre. Y aprovechando la recepción y confirmar la recepción y que puedo trabajar con dicho documento le pregunto los plazos de suministro y a día de hoy no tengo respuesta*».

6. El 22 de febrero de 2024 se emite informe técnico emitido por el Responsable del contrato designado por el órgano de contratación, en que se hace constar:

«En relación al suministro e instalación del Lote 1 Exp. 4671/2023 – Máquina Multiestación de 9 puestos, tengo a bien informar que a fecha de hoy, jueves 22 de febrero de 2024 no se ha entregado por parte de la empresa adjudicataria "(...) con CIF (...)" de dicho equipamiento deportivo, no teniendo ninguna información por parte de ellos de fechas de entregas ni nada al respecto, siendo la única comunicación existente la realizada para la firma del acta de inicio que fue el día 27 de diciembre de 2023».

7. El 19 de abril de 2024 la empresa contratista presenta por registro electrónico escrito en el que indica «teniendo la máquina disponible para su entrega desde el pasado mes de enero y estando a la espera de recibir instrucciones para su envío, esta se ha ido demorando en el tiempo. Por esto, les agradeceríamos no tuvieran en cuenta el retraso en la ejecución del contrato y nos indicaran como proceder para su instalación». Se adjuntan dos fotografías de cajas que supuestamente contiene el equipamiento deportivo objeto del contrato.

8. El 15 de mayo de 2024 se emite informe por la Técnico del Servicio de Contratación municipal en el que se concluye:

«La pertinencia de incoar expediente de resolución contractual por incumplimiento de la obligación principal del contrato denominado "SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES" – "LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS", adjudicado a la empresa (...) con C.I.F. (...). Y, por tanto, opera lo establecido en el artículo 211.1.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las

Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014».

9. El 29 de mayo de 2024 se emite Informe de la Secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en relación con la resolución del contrato.

III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Decreto n.º 3693/2024 de 4 de junio de 2024 de la Alcaldía se acuerda incoar procedimiento de resolución de contrato administrativo de suministro por causa de incumplimiento de la obligación principal por parte del adjudicatario.

2. El 6 de junio de 2024 se notifica a la empresa contratista la citada resolución de inicio y se otorga un plazo de diez días para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

3. La empresa contratista formula las siguientes alegaciones:

«Teníamos la máquina preparada para enviar y montar desde finales de enero. El 16 de abril contactamos telefónicamente con el Ayuntamiento y hablamos con (...) para preguntarle cuándo debíamos llevar la máquina ya que la teníamos preparada de hacía meses y nos dijo que iba a preguntar a contratación. Volvimos a llamar el 19 de abril y desde contratación se nos informó que enviáramos escrito por la sede electrónica del Ayuntamiento, a lo que presentamos la instancia con nº de registro 2024e-re-3698 de fecha 19-04-2024". Solicita "no se proceda a la resolución del contrato de servicio».

4. El 24 de octubre de 2024 se dicta Propuesta de resolución por la que se acuerda:

«PRIMERO: Desestimar las alegaciones presentadas por (...) con C.I.F. (...) Adjudicataria del contrato administrativo denominado "SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES" – "LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS"; contra el Decreto del mismo órgano competente, nº. 2024-3639, de 4 de junio de 2024, de inicio del presente expediente de resolución contractual.

SEGUNDO: Resolver el "LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS" del contrato denominado "SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES" formalizado con (...) con C.I.F. (...), por causa culpable imputable, únicamente, al Adjudicatario y contenidas en los antecedentes y fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, ante el incumplimiento de la obligación principal del contrato, por no materializar la entrega del suministro sin razón justificada al momento del

vencimiento del plazo otorgado para ello conforme a los documentos contractuales de la licitación.

Y, en consecuencia, a tenor de los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración, IMPONER la siguiente penalidad, en consideración al artículo 133 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: (...) 15% de 14.687,85 € (sin IGIC)-Precio de licitación sin IGIC= Penalidad de 2.203,18 €.

TERCERO: DECLARAR DESIERTO el expediente de contratación aprobado mediante Resolución de Alcaldía nº. 2023-5848, de fecha 13 de septiembre de 2023, incoado para el suministro denominado "SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES" – "LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS", por Procedimiento Abierto Simplificado Sumario, pues, no hay más empresas presentadas, admitidas y aceptadas y, en caso, de haberlas, la licitación no puede materializarse en los términos que rigen la licitación, por las razones evidentes y demostradas en la tramitación del presente expediente de resolución contractual».

IV

1. La Propuesta de Resolución declara la resolución del contrato administrativo de suministro al resultar clara, evidente e indubitada, la existencia de causa de resolución del contrato prevista en el art. 211.1.f) LCSP, por incumplimiento de la obligación principal del contrato.

En la propuesta de resolución se fundamenta la resolución contractual en que *«tal y como se desprende de la cláusula 5 del PCAP la ejecución del contrato debió materializarse íntegramente y acorde a las prescripciones técnicas particulares establecidas por el Responsable municipal del contrato, antes del 26 de enero de 2024, considerando el acta de inicio y cinco semanas de duración del contrato desde la misma y; no habiéndose recibido a conformidad por esta Administración, dentro del citado plazo, el suministro objeto de la licitación. Pues, únicamente constan los escritos del adjudicatario del contrato relacionados en el antecedente de hecho octavo, en fechas de abril y junio de 2024, que procuran la entrega tardía del suministro.*

Por tanto, se justifica la resolución del contrato en que el adjudicatario ha dejado de prestar la ejecución del contrato denominado "SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES" – "LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS", sin causa válida ni justificada que pueda ampararse en la normativa contractual ni en el contrato formalizado. Y, ello en base a que no hay constancia documental que antes de la conclusión del plazo para la entrega del suministro, el pasado día 26 de enero de 2024, el adjudicatario adoptara una actitud proactiva y diligente a fin de

dar cumplimiento a sus obligaciones contraídas; ya que únicamente se ha tenido un soporte escrito del devenir de los acontecimientos, por su parte, con sus escritos presentados en fechas 19 de abril y 6 de junio de 2023, registros de entrada nº. 2024-E-RE-3698 y 2024-E-RE-5623. Dichos escritos únicamente evidencian la dejación de la mercantil a fin de entregar el suministro, tal como se ha mencionado con anterioridad; cobrando especial énfasis el informe del responsable municipal del contrato, fecha en febrero de 2024, que referencia no tener conocimiento alguno de la empresa para la entrega de la prestación debida, decayendo, en consecuencia, el argumento de la empresa de disponer del suministro en enero de 2024».

2. Como hemos reiterado en distintas ocasiones (véase, en este sentido, el Dictamen 474/2022, de 7 de diciembre), se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».*

Entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado:

« (…) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato.

Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación", es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de "denominación" que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como trascribe la Propuesta de Resolución, que "por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato».

3. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de suministros en su art. 306 y, en particular, respecto de este contrato, en la cláusula 23 PCAP que remite a las causas de resolución previstas en la LCSP.

En la propuesta de resolución se señala como causa de resolución del contrato la prevista en el art. 211.1 f) LCSP, al considerar el órgano de contratación que se ha producido el incumplimiento culpable de la obligación principal del contrato.

Según este Consejo Consultivo tiene declarado, entre otros, en el Dictamen 60/2016, de 10 de marzo, *«los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculte a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCSP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el "cumplimiento del plazo"».*

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020, de 16 de julio; 243/2019, de 20 de junio; y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por *«incumplimiento de la obligación principal del contrato»*, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 1 de octubre de 1999, que señala que «*a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de "denominación" que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato*».

4. En el supuesto que nos ocupa, se advierte que el contratista ha incumplido la prestación principal del contrato.

El contrato de suministros que nos ocupa tiene por objeto el suministro e instalación de un aparato de entrenamiento de musculación *«multiestación de poleas de 9 puestos»* que iría ubicado en el Centro Deportivo Ingenio-Sala de Musculación. Y el plazo de ejecución del contrato se estipulaba, en la cláusula 5 del PCAP, en cinco semanas a contar dentro de los tres días siguientes a su formalización, y se

contemplaba la suscripción de un Acta de Inicio, dentro del citado plazo. Además, en dicha cláusula es establecía que el contrato no es prorrogable.

Según la cláusula 3 del PPT el plazo de entrega para el lote 1 será de 5 semanas desde la formalización del contrato, y *«en dicho plazo deben ser entregados al Ayuntamiento de Ingenio, en perfectas condiciones técnicas y administrativas para su uso de acuerdo con la legislación vigente.*

Los equipamientos y aparatos serán entregados en las dependencias municipales que se indique en su momento excepto la cortina divisoria que será instalada en el Pabellón (...), debiendo ver que se tendrán que adaptar a las condiciones de acceso al recinto deportivo para su montaje, y luego el aparato de multiestación que irá montado en la sala de musculación del Centro Deportivo Ingenio (...)».

Y en la cláusula tercera del citado contrato, en relación con la cláusula 5 del PCAP se establece que el plazo máximo de entrega del suministro será de cinco semanas, a contar desde los tres días siguientes al de la firma del contrato. A tal fin se suscribirá un Acta de inicio, dentro del citado plazo.

Consta en el expediente que el acta de inicio del contrato se firma el día 27 de diciembre de 2023 y en su contenido se estipula que la prestación se inicia el día 19 de diciembre del mismo año. Por tanto, el plazo de entrega finalizaba el 23 de enero de 2024, si tenemos en cuenta la fecha del 19 de diciembre de 2023 como inicio del plazo, o el 31 de enero de 2024 si contamos desde la firma del acta de inicio.

El 22 de febrero de 2024 se emite informe por el Responsable del contrato designado por el órgano de contratación, en que se hace constar que a la fecha del informe (22 de febrero de 2024) no se ha entregado por parte de la empresa adjudicataria, (...), el equipamiento deportivo, y añade que no ha tenido ninguna información por parte de ellos de fechas de entregas ni nada al respecto, siendo la única comunicación existente la realizada para la firma del acta de inicio que fue el día 27 de diciembre de 2023.

No es hasta el mes de abril de 2024 cuando el contratista presenta escrito en el que indica que tenía la máquina disponible para su entrega desde el mes de enero pero que estaban a la espera de recibir instrucciones para su envío. En concreto alega: «*teniendo la máquina disponible para su entrega desde el pasado mes de enero y estando a la espera de recibir instrucciones para su envío, esta se ha ido demorando en el tiempo. Por esto, les agradeceríamos no tuvieran en cuenta el retraso en la ejecución del contrato y nos indicaran como proceder para su*

instalación». Se adjuntan dos fotografías de cajas que supuestamente contiene el equipamiento deportivo objeto del contrato.

Y en las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia en el procedimiento de resolución contractual manifiesta la empresa que «*Teníamos la máquina preparada para enviar y montar desde finales de enero. El 16 de abril contactamos telefónicamente con el Ayuntamiento y hablamos con (…) para preguntarle cuándo debíamos llevar la máquina ya que la teníamos preparada de hacía meses y nos dijo que iba a preguntar a contratación. Volvimos a llamar el 19 de abril y desde contratación se nos informó que enviáramos escrito por la sede electrónica del Ayuntamiento, a lo que presentamos la instancia con nº de registro 2024e-re-3698 de fecha 19-04-2024*». Solicita «*no se proceda a la resolución del contrato de servicio*».

Si bien la empresa contratista alega que disponía de la máquina para su entrega e instalación desde el mes de enero de 2024, lo cierto es que no hay constancia de que en esa fecha hubiera sido entregada ni que se hubiera puesto en conocimiento al Ayuntamiento la posibilidad de entrega e instalación, resultando que el propio responsable del contrato informa que, a fecha 22 de febrero de 2024, no se ha entregado el equipamiento deportivo, y que no ha tenido ninguna información por parte de ellos de fechas de entregas ni nada al respecto.

Por tanto, a pesar de que el plazo de entrega finalizaba el 23 de enero de 2024, a lo sumo el 31 de enero de 2024, no fue hasta el mes de abril de 2024 cuando la empresa comunica que tenía la máquina disponible para su entrega e instalación.

De este modo tal y como se señala en la Propuesta de Resolución, no hay constancia documental de que antes de la conclusión del plazo para la entrega del suministro, el adjudicatario adoptara una actitud proactiva y diligente a fin de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas.

Por todo ello, teniendo en cuenta la brevedad del plazo establecido para la entrega del suministro, se puede afirmar que por motivos exclusivamente imputables a la empresa contratista, no ha procedido a cumplir la obligación principal del contrato, dando lugar a la inobservancia total y esencial de la prestación principal del contrato.

Por lo señalado, la resolución del contrato por causa imputable al contratista ex art. 211.1 f) LCSP es totalmente procedente.

5. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se encuentran previstos en los arts. 213.3 y 307 LCSP.

De acuerdo con el art. 213.3 LCSP, «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada».

En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (art. 213.5 LCSP). En el presente caso, no se exigía la constitución de garantía, pues conforme a la cláusula 13 del PCAP, no se exige el depósito de garantía definitiva.

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto retenida la garantía (art. 113 RGLCAP).

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declare el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados supera el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020 de 3 de diciembre, 363/2018, de 12 de septiembre y 196/2015, de 21 de mayo).

En el caso que nos ocupa, la Administración en la Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato, acuerda la imposición de penalidades por importe de 2.203,18 euros, correspondiente al 15% del precio de licitación sin IGIC, con fundamento en los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, lo cual resulta jurídicamente improcedente, pues estamos ante dos conceptos jurídicos distintos.

Por una parte, la posibilidad de imposición de penalidades al contratista vienen referidas a la demora en el ejecución del contrato, y está prevista en el art. 193.3 LCSP que dispone *«cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.*

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo

anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente».

Por otra parte, el art. 194 LCSP dispone: *«1. En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios.*

2. Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos».

De modo que, después de declarar que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado, y de los plazos parciales, y de señalar que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa, concede al órgano de contratación la facultad de optar directamente por la resolución del contrato, o bien por la imposición de las penalidades contempladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En este caso el PCAP establece en su cláusula 24 las penalidades por incumplimiento y dispone: *«Para la imposición de estas penalizaciones e indemnizaciones por incumplimientos contractuales se seguirá un expediente contradictorio sumario, en el que se concederá al contratista un plazo de alegaciones de 5 días naturales tras formularse la denuncia.*

Dichas alegaciones y el expediente de penalización serán resueltos, previo informe del responsable municipal del suministro e informe jurídico, por la Sra. Alcaldesa o Concejal en quien delegue, resolución que pondrá fin a la vía administrativa».

Es decir, el PCAP contempla la posibilidad de imponer penalidades, pero deberán ser acordadas en un procedimiento específico, con audiencia al contratista y resuelto, previo informe del responsable municipal del suministro e informe jurídico, por la Sra. Alcaldesa. Pero esta posibilidad debe ajustarse a lo establecido en la LCSP, es decir, en caso de demora en el cumplimiento del contrato, la Administración puede optar por la resolución o por la imposición de penalidades.

Por tanto, si se opta por la resolución del contrato no procede la imposición de penalidades, sin perjuicio de la posibilidad de tramitar el oportuno procedimiento

contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración por el incumplimiento del contrato.

La doctrina jurisprudencial ha interpretado el concepto jurídico de las «*penalidades*» del contrato. Así, el Tribunal Supremo indica que estas «penalidades» no son sanciones en sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación a modo de cláusula penal del art. 1152 del Código Civil (SSTS Sala 3.ª, Sección 5.ª de 6 de marzo de 1997 y Sección 4.ª de 18 de mayo de 2005, recurso 2404/2003).

Por ello se viene considerando que el momento idóneo para la imposición de las penalidades debe ser durante el plazo de ejecución del contrato, puesto que en esta fase desplegaría también efectos conminatorios al contratista para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato en el plazo inicialmente estipulado.

6. Finalmente, tampoco procede el pronunciamiento contenido en el apartado tercero del resuelvo que dispone: *«DECLARAR DESIERTO el expediente de contratación aprobado mediante Resolución de Alcaldía n.º 2023-5848, de fecha 13 de septiembre de 2023, incoado para el suministro denominado "SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES" – "LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS", por Procedimiento Abierto Simplificado Sumario, pues, no hay más empresas presentadas, admitidas y aceptadas y, en caso, de haberlas, la licitación no puede materializarse en los términos que rigen la licitación, por las razones evidentes y demostradas en la tramitación del presente expediente de resolución contractual».*

El expediente de contratación fue aprobado *mediante* Resolución de Alcaldía n.º 2023-5848, de fecha 13 de septiembre de 2023, y se acordó la apertura del procedimiento de adjudicación que concluyó mediante la adjudicación del contrato por Resolución n.º 2023-8591, de fecha 14 de diciembre de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado a la empresa (...), formalizándose el oportuno contrato administrativo de suministros. Por tanto, en modo alguno puede declararse desierto el expediente de contratación, cuando no sólo ha existido oferta o proposición admisible de acuerdo con los criterios del pliego, sino que ha sido tramitado y adjudicado tras el oportuno procedimiento de adjudicación.

El hecho de que se haya acordado la resolución del contrato administrativo, no implica que el procedimiento de contratación haya quedado desierto, pues el procedimiento de contratación ha concluido con la adjudicación del contrato. Formalizado el contrato se inicia la ejecución del mismo, que nada tiene que ver con el procedimiento de adjudicación, ya concluido. En caso de resolución del contrato,

procederá en su caso, la aprobación de un nuevo expediente de contratación, en caso de que persista la necesidad e idoneidad del contrato, tal y como dispone el art. 213.6 LCSP que dispone: «*Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos*».

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se procede a la resolución del contrato denominado «SUMINISTRO DE MATERIAL Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS PARA INSTALACIONES DEPORTIVAS – MEDIANTE LOTES» formalizado con (...) correspondiente al LOTE 1: EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS, se considera conforme a Derecho, en cuanto concurre la causa de resolución del contrato del art. 211.1.f) LCSP.

No obstante, los pronunciamientos contenidos en los apartados segundo, en cuanto a la imposición de penalidades, y tercero del resuelvo, son contrarios a Derecho, en atención a los razonamientos jurídicos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.