Asunto : Informe sobre posibilidad de resolución del contrato administrativo especial de explotación del Bar de la Estación de Autobuses.
Solicitante : **Ilmo.Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblonuevo**
Expte. : 020/2020

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- Por Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblonuevo se remite escrito por el que indicando que se ha iniciado procedimiento para la resolución de contrato administrativo especial de explotación del Bar de la Estación de Autobuses de la localidad por incumplimiento por el contratista de lo establecido en los Pliegos de Cláusulas reguladoras de la contratación, se solicita de estos Servicios Jurídicos se informe sobre las causas en que se pretende fundamentar dicha resolución.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- 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 (TRLCSP)(actualmente derogado).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT)
- Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR).
- Real Decreto 1098/2001, por el que aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO. La Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con los expedientes

iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, en sus apartados 1 y 2, dispone:

> "*Disposición transitoria primera Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*
>
> *1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.* ***En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.***
>
> *2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.".*

Con arreglo a lo previsto en dicha D.T., sin perjuicio de cuando se produjo la adjudicación del contrato administrativo especial a que nos referimos en el presente informe, y dado que, conforme a la Cláusula Segunda del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del mismo, se trata de un procedimiento Negociado Sin Publicidad, la fecha a tener en cuenta para la aplicación de la respectiva normativa contractual es la de aprobación de indicados Pliegos, la cual, con arreglo a la documentación remitida por el Ayuntamiento de referencia, data de 31 de enero de 2018, por lo que, a todos los efectos, la norma a tener en consideración en todo cuanto a dicho contrato atañe será el 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 (TRLCSP), como normativa vigente al momento de referida aprobación (La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, LCSP, entró en vigor el 9 de marzo de 2018).

SEGUNDO.- En lo que respecta al contrato administrativo objeto de consulta comprobamos que se trata de un Contrato Administrativo Especial de los regulados en el artículo 19.1, letra b) TRLCSP que disponía que : "*...b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.*". Estos contratos, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo, se rigen en los siguientes términos : "*...2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y*

sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.".

Es decir, en primer término tendremos que estar a lo que el propio Pliego de Cláusulas Administrativas disponga, sobre todo en lo que a la regulación del contrato, su ejecución y efectos específicos se refiere, dado que como la propia Cláusula 25ª de referido Pliego dispone : "...*para lo no previsto en él, será de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; 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, y el 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 todo lo que no se oponga al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.".*

En orden a lo que en este informe interesa, acudimos pues en primer lugar a lo que la Cláusula 24ª del ya citado Pliego viene a disponer respecto de la "Resolución del Contrato", la cual señala la siguiente :

> *"La resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos que se señalan en este Pliego y en los fijados en los artículos 223 y 308 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista.*
> *Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía.".*

Con arreglo a ello, nos remitimos a lo que el párrafo segundo de la Cláusula 23ª del Pliego (relativa a las Penalidades por incumplimiento) que dispone que :

> *"Si el incumplimiento es considerado como muy grave y atendiendo a su condición de deber esencial en las obligaciones y derechos, podrá dar lugar a la resolución del contrato. En todo caso será considerado como incumplimiento muy grave la falta de pago de dos mensualidades del salario de la plantilla del adjudicatario afecta al Bar."*

Aparte de dicha regulación (pues el resto del texto de la Cláusula 23ª se refiere únicamente al procedimiento de imposición de penalidades, en parecidos términos a lo dispuesto en el artículo 212.1 TRLCSP), no se establece en el citado Pliego relación

alguna de los posibles incumplimientos del contratista y la gradación de los mismos, circunstancia ésta de suma importancia pues, salvo especificaciones muy puntuales en relación con las obligaciones del contratista (que posteriormente veremos), no permite calibrar desde la propia regulación específica del contrato cuáles de estos incumplimientos habría que considerar leves, graves o muy graves, y en función de ello, la imposición de penalidades en cada caso.

Tampoco se definen cuáles de las obligaciones del contratista se consideran "deber esencial" del contrato, lo que dificulta en gran medida el poder precisar si ello pudiera dar lugar a la resolución contractual en razón a su posible incumplimiento.

En este sentido, por mor de lo que el propio Pliego señala, procede acudir a lo que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, en su artículo 223 dispone, cuyo tenor literal es el siguiente :

"Artículo 223 Causas de resolución

Son causas de resolución del contrato:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.
b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.
e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.
f) <u>El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.</u>
g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.
h) <u>Las establecidas expresamente en el contrato.</u>
i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley."

(Contenido equivalente al regulado con posterioridad en Artículo 211 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, actualmente vigente)

El Pliego de condiciones asimismo remite a lo previsto en el artículo 308 TRLCSP, el cual se refiere a las causas de resolución de los contratos de "Servicios", que referimos sin más para no entrar en el controvertido debate respecto a su diferenciación con los contratos especiales en orden a la no uniformidad de tratamiento en cuanto a la interpretación de si ciertos contratos tienen que calificarse como de servicio o como contratos administrativos especiales.

A tenor de todo ello, la cuestión a plantear es si los incumplimientos contractuales presuntamente realizados por el contratista y detectados por el Ayuntamiento de referencia suponen causa suficiente para que por éste se pudiera acometer un expediente de resolución de contrato, circunstancia ésta que nos lleva necesariamente al análisis de si cabe el encauzamiento de tales hechos en los supuestos regulados en la norma y en el propio Pliego de Cláusulas del contrato, lo que seguidamente tendremos ocasión de verificar.

TERCERO.- La resolución de los contratos administrativos es una de las prerrogativas de las que goza la Administración en su calidad de tutora del interés público que subyace en cada contrato. Se trata de la posibilidad de rescindir el contrato unilateralmente (sin perjuicio de las posibilidades de impugnación que contra ese acto caben por parte del contratista) mediante un expediente administrativo resuelto por el propio órgano de contratación.

Ley también prevé que la resolución del contrato no sea la única opción posible de que dispone la Administración para reaccionar frente a los supuestos de inobservancia del contratista de sus compromisos pactados, dado que aquélla cuenta con otro mecanismo alternativo a su alcance como es la imposición de penalidades, sin dar por concluida la relación contractual, y forzar al contratista al estricto cumplimiento de sus obligaciones. Alternativa que en el TRLCSP aparece reflejada en su artículo 212, y que el propio Pliego de Cláusulas particulares del contrato objeto de análisis regula en el Cláusula 23ª. Por lo tanto, y cuando concurra una causa legal de resolución atribuible al contratista, la extinción de la relación contractual se convierte en una posibilidad que la Administración promotora del contrato puede ejercitar en el marco de una potestad discrecional, junto a la otra solución posible como es la de exigir al contratista la rigurosa observancia de las obligaciones incumplidas con imposición de penalidades.

En este contexto y encontrándonos ante una facultad discrecional, la jurisprudencia ha delimitado los presupuestos para la viabilidad de la opción resolutoria, proclamando a estos efectos que se requiere la concurrencia de dos requisitos. Uno de carácter objetivo y que alude a la entidad del incumplimiento contractual, y otro subjetivo referente a la culpa del contratista. La STS de 14 de diciembre de 2001 pone el acento en la gravedad y entidad del incumplimiento desde el punto de vista de la finalidad que se persigue con el contrato, de tal manera que resulta admisible la resolución cuando la inobservancia del contratista afecte al cumplimiento global del objeto del contrato, o la subsanación sea más gravosa que el reinicio de una nueva contratación. De ahí que, según esta sentencia, la resolución constituye una alternativa

válida, siempre que no sea posible reconducir la situación contractual a los términos pactados o, siendo posible, cuando la resolución sea mejor solución para el interés público que la subsanación de los incumplimientos apreciados (en igual sentido la STS de 14 de junio de 2002). Es decir, lo determinante es que el incumplimiento afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. En cuanto al segundo de los requisitos, las Sentencias del Alto Tribunal de 21 de diciembre de 2007 o 9 de abril de 2008, viene a determinar que el concepto de culpa del que se hace depender la resolución del contrato se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones contractuales. Son esenciales, por tanto, las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar.

Bajo estas premisas se ha planteado por el Ayuntamiento consultante un supuesto de incumplimiento del contratista que pivota sobre dos circunstancias diferenciadas :

- La demora en el pago del precio del contrato que mensualmente debe abonar el contratista a la corporación municipal;
- Y, lo que parece ser un incumplimiento reiterado de la obligación de aperturar al público las instalaciones de la Estación de Autobuses.

Ambas circunstancias se apoyan, la primera, en un Certificado expedido por la Tesorería Municipal, de fecha 11 de diciembre de 2019, de la que se deduce que, junto a otras deudas que el contratista mantiene con el Ayuntamiento por otros conceptos, éste adeuda al mismo las mensualidades del precio del contrato correspondientes al periodo Junio-Diciembre 2019 (procede considerar a este último como inclusive pues el contratista estaría obligado a su abono dentro de los cinco primeros días de dicho mes); la segunda, en tres partes de servicio de la Policía Local del municipio que informan sobre la situación de cierre o apertura de las instalaciones en distintas horas de los días 14, 15 y 18 de diciembre de 2019.

Visto así, efectivamente el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares en su Cláusula 20ª establece como obligaciones del contratista las correspondientes a los apartados 1 y 5 de la misma que se corresponden con las que se han puesto de manifiestos en los documentos referidos, en orden a que disponen lo siguiente :

"CLÁUSULA VIGÉSIMA. Obligaciones del Adjudicatario.
El contratista tendrá las siguientes obligaciones:

1. El contratista está obligado al pago del precio mensual, durante los cinco primeros días de cada mes. ***El retraso en el pago de la mensualidad facultará al Ayuntamiento para la ejecución de la fianza y la resolución del contrato****. (...//...)*

5. Mantener abierto el bar como mínimo durante el período de apertura de la Estación de autobuses ***siendo responsable la apertura y cierre de ésta****. (...)"*

En función de ello, en principio, todo parece indicar que no cabría mayor problema a la hora de tramitar el procedimiento de resolución del contrato en base a ambas circunstancias, ahora bien, de un estudio más detallado de éstas y su puesta en relación con lo dispuesto tanto legal como contractualmente, nos surgen una serie de cuestiones que a nuestro modo de ver convendría matizar pues pudiera resultar que la aplicación de tales causas para los efectos que se pretenden se viesen relativizadas :

I.- En cuanto a la obligación de apertura y cierre de las instalaciones de la Estación de Autobuses, resulta evidente que en determinados días y horas ésta se encontraba cerrada. Así se desprende de lo acreditado por los respectivos agentes de la Policía Local, cuyos partes de servicio, en orden a que emanan de un agente de la autoridad en servicio, gozan de la presunción de veracidad. Pero, a nuestro juicio, tales documentos no resultarían definitivos o definitorios en cuanto a que se ha producido un incumplimiento contractual, pues aunque no cabe duda de que tal incumplimiento - habida cuenta de que el Pliego así no lo determina- cabría enmarcarlo dentro del apartado f) del artículo del artículo 223 TRLCSP en orden a que se trataría de una obligación contractual "esencial" (obviamente tal prestación, esto es, la apertura de las instalaciones y la explotación del bar de las mismas, es un elemento esencial del contrato al formar parte inequívoca del objeto de la contratación llevada a cabo), lo cierto es que al menos en el Pliego no consta cuál sería el horario de apertura y cierre de las instalaciones que debería cumplir el contratista, y se desconoce si en el Contrato Administrativo, o en cualquier otro documento dimanante de órgano corporativo competente, consta o se ha establecido el mismo con toma de conocimiento fehaciente por parte del contratista, a salvo claro está de que por el tipo de servicios de que se trata (tráfico de viajeros por carretera en autobús) tal horario viniese establecido por alguna norma legal o reglamentaria que así lo estipulase (Respecto de esto último decir que el Decreto 155/2018, de 31 de julio, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía y se regulan sus modalidades, régimen de apertura o instalación y horarios de apertura y cierre, se refiere a éstos pero en orden a establecer los horarios máximos de apertura y cierre no a establecer una obligación mínima u horarios específicos de las instalaciones).

En orden a ello, el hecho de que el adjudicatario mantenga cerrado las instalaciones en determinadas horas del día, en determinados días, pudiera deberse a ojos del contratista a necesidades del servicio en cuanto a la recepción y/o paso de

viajeros por la Estación, y si no tiene impuesto un horario preciso de apertura y cierre de tales instalaciones bien pudiera servir a éste de justificación o argumentación para eludir el expediente municipal de resolución.

Es por ello que en este apartado se recomendaría ser precisos y cautelosos a la hora de establecer con meridiana claridad cómo y de qué manera se ha producido el incumplimiento contractual, con expresión de las obligaciones que correspondía cumplir al contratista en orden al horario establecido y con el respaldo necesario y suficiente en cuanto que éste se encontrase debidamente determinado por norma, reglamento o acuerdo municipal. Verificados que fueran estos requisitos no encontramos óbice alguno para que ésta causa no fuese determinante para iniciar el proceso de resolución contractual dado su carácter, como hemos dicho, de obligación esencial del contrato.

II.- En lo que respecta al impago de las cuotas mensuales del Canon por parte del contratista, en orden a lo certificado por la Tesorería municipal, tampoco ofrecería a priori ningún género de dudas en cuanto a servir de base para un previsible expediente de resolución contractual.

En este caso, el Pliego se muestra más claro y preciso que en el caso anterior, y desde el punto y hora en que el apartado 1 de la Cláusula 20ª dispone que el contratista está obligado al pago del precio mensual, durante los cinco primeros días de cada mes y que el retraso en el pago de la mensualidad facultará al Ayuntamiento para la ejecución de la fianza y la resolución del contrato, el hecho de que éste haya dejado de abonar un cierto número de cuotas mensuales, sobrepasando con creces los respectivos plazos mensuales que el Pliego establece para ello, sería causa suficiente para iniciar la resolución prevista en éste, pues para mayor abundamiento, de la lectura precisa del texto de indicada Cláusula, cabe entender que el simple hecho del retraso en una mensualidad ya habilitaría al Ayuntamiento para proceder en consecuencia.

Conviene referir a este respecto que si bien el precio del contrato está referido a cuantías anuales de conformidad con lo previsto en el párrafo primero de la Cláusula 4ª del Pliego, lo cierto es que ésta misma Cláusula en su párrafo segundo determina específicamente que *No obstante el pago del precio de la adjudicación se efectuará mensualmente realizándose el primer pago en el momento de la firma del acta de inicio y el resto dentro de los cinco primeros días de cada mes*.

No cabe duda de que la citada causa de resolución es aplicable por cuanto se ha incumplido una obligación contractual expresamente prevista en el documento regulador del contrato, que además, a nuestro entender, cabría insertarla dentro del artículo 223, letras f) y h), TRLCSP. Al respecto señalar que el propio Pliego de Cláusulas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 210 TRLCSP, y como prerrogativas de la Administración en cuanto al contrato en cuestión, viene a determinar expresamente en su apartado d) que el órgano de contratación podrá "*Acordar la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta*".

En este apartado sólo nos quedaría hacer la observación de que la certificación de descubierto expedida por la Tesorería debiera ser actualizada, esto es, puesta al día sobre todo en cuanto a las deudas por impago de las cuotas mensuales del precio del contrato se refiere, pues es al fin y al cabo es el documento público que acreditaría el incumplimiento reiterado por parte del contratista de una obligación esencial, y que por ende *ab initio* facultaría al Ayuntamiento tanto a acordar la resolución contractual como a la incautación de la garantía definitiva depositada por aquél.

Es importante matizar que, aunque proceda la resolución por esta causa, no es obligatorio para la administración promover el expediente administrativo de resolución del contrato. No obstante, el impago de más de medio año de cuotas mensuales del precio del contrato parece constituir un incumplimiento lo suficientemente grave y prolongado en el tiempo como para entenderlo así por el órgano de contratación y proceder a la resolución contractual. Si finalmente se optare por ésta, cabe recordar que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados (circunstancia ésta que el Pliego prevé en su Cláusula 24ª, párrafo segundo cuando dispone que : "*Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía.*", y que asimismo venía regulada en el artículo 225.3 TRLCSP que señalaba : "*...3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*").

En este orden de cosas, en cuanto al reclamo de las cantidades debidas por parte del contratista, la administración dispone del procedimiento de apremio previsto en el art. 101 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), por cuanto el acto administrativo en que consiste la resolución contractual reflejaría esta deuda, en sintonía con el citado art. 101, que establece literalmente que: *"Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento de apremio*".

Esto supone, en definitiva, la apertura de la vía ejecutiva del procedimiento recaudatorio, tramitada exactamente igual que si se tratara de una deuda tributaria, por lo que serán de aplicación los arts. 163 a 173 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y 70 y ss. del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR).

Por último, a título de mera información, indicar que el procedimiento de resolución de contratos administrativos se encuentra actualmente regulado en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, por el que aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en tanto en cuanto no se oponga a lo determinado en la Ley (en nuestro caso, el TRLCSP).

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a (*fecha y firma electrónica*).
El Consultor Técnico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.
José Antonio Del Solar Caballero.