



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Ponferrada (León) el día 2 de diciembre de 2016, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y D. yyyy*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 16 de noviembre de 2016, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y D. yyyy, referente al servicio de explotación de los bares ubicados en las instalaciones deportivas municipales de cccc*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite en esa misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 467/2016, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de xxxx, de 3 de octubre de 2013, se acuerda adjudicar a D. yyyy el servicio de explotación de los bares ubicados en las instalaciones deportivas municipales de cccc por un

importe total de 10.890 euros (IVA incluido). El 4 de octubre se formaliza el contrato.

Obran en el expediente los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

Segundo.- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 3 de noviembre de 2015, acuerda imponer al adjudicatario una penalidad de 1.001 euros por incumplimiento de la cláusula 5.1 del PPT, por falta de limpieza de los baños o servicios de uso general al que se refiere la citada cláusula.

Parte del importe de la penalidad, 450 euros, se ha ejecutado mediante la incautación de la fianza definitiva, sin que el adjudicatario haya repuesto ésta.

Tercero.- Constan en el expediente informes del órgano de recaudación municipal de 5 de abril, 26 de agosto y 23 de septiembre de 2016, en los que se pone de manifiesto que el contratista acumula deudas por importe de 18.369,06, 15.247,61 y 12.390,09 euros, respectivamente.

Cuarto.- El 26 de septiembre el Servicio de Contratación y Patrimonio emite informe sobre los incumplimientos del contratista, que concreta en dos: por una parte, el impago de deudas vencidas y, por otra, la falta de constitución o reposición de la garantía definitiva como consecuencia de la penalidad impuesta por el órgano de contratación. Concluye que, como consecuencia de los incumplimientos reiterados, procede la resolución del referido contrato.

Quinto.- Mediante Decreto de la Concejala Delegada de Contratación y Patrimonio, de 26 de septiembre, se inicia el procedimiento de resolución de contrato referente al servicio de explotación de los bares ubicados en las instalaciones deportivas municipales de cccc, debido a dos incumplimientos contractuales que consisten en el impago de las deudas vencidas -que ascienden a 12.390,09 euros- y en la falta de reposición de la garantía definitiva, lo que se notifica al interesado a los efectos de que pueda realizar alegaciones o presentar los documentos que considere convenientes a su derecho.

Sexto.- El 7 de octubre D. yyyy presenta un escrito en el que expone que su voluntad es satisfacer la totalidad de la deuda contraída, como ha manifestado en numerosas ocasiones al Ayuntamiento, para lo que propone un

fraccionamiento mensual de pagos, expresa su disconformidad con la deuda en concepto de suministro de energía eléctrica (ya que en cada anualidad que se factura el kilovatio se cobra a un precio diferente, por lo que solicita la justificación de cada precio y una explicación de su fluctuación) y concluye poniendo de manifiesto que la resolución contractual es totalmente desproporcionada en relación con los incumplimientos que el Ayuntamiento alega.

Séptimo.- El 25 de octubre el Servicio de Contratación y Patrimonio emite informe sobre las alegaciones presentadas por el contratista y considera que han de ser desestimadas, pues no rebaten los dos tipos de incumplimientos contractuales que se le imputan, ya que se limita a manifestar su disposición a satisfacer la deuda contraída con el Ayuntamiento mediante su pago fraccionado. En cuanto a la alegación de no justificación por parte del Ayuntamiento del precio del kilovatio de la energía eléctrica consumida, partida que también adeuda el contratista, no se considera relevante a los efectos de oponerse a la resolución contractual, sin perjuicio del que el Ayuntamiento justifique al contratista el precio del kilovatio.

Octavo.- El 25 de octubre de 2016 se formula informe propuesta de resolución en el que se desestiman las alegaciones realizadas, se propone resolver el contrato por falta de pago y de reposición de la garantía definitiva contractual y determinar, en su caso, en posterior expediente, el importe de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento como consecuencia de la resolución contractual.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para su dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de

marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable al contrato, atendiendo a la fecha de su celebración (4 de octubre de 2013), viene determinada fundamentalmente por los pliegos, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, cuyo artículo 211.3.a) establece que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP; en este caso, al Alcalde del Ayuntamiento de xxxx.

4ª.- Consta en el expediente que se ha emitido el informe jurídico, se ha dado audiencia al contratista y, ante la oposición planteada, se ha solicitado el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León. No consta que se haya dado audiencia al avalista (cláusula decimoprimeras del PCAP), por lo que se incumple parcialmente el artículo 109.1 del RGLCAP.

Cabe señalar que el procedimiento no ha caducado, a pesar de que la Administración no ha hecho uso de la facultad de suspensión al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto aplicable *ratione temporis* al presente procedimiento, pues se inició el 26 de septiembre de 2016 y tuvo entrada en este Consejo el 16 de noviembre.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato referente al servicio de explotación de los bares ubicados en las instalaciones deportivas municipales de cccc, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y D. yyyy, que se opone a tal actuación.

El contrato celebrado se califica en los pliegos como administrativo especial.

El artículo 109 del TRLCSP establece que los contratos administrativos se extinguen por su cumplimiento o resolución, entendiéndose cumplido el contrato cuando el contratista haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto (artículo 110 del TRLCSP), de tal modo que si llegado el plazo de finalización estipulado no se ha producido el cumplimiento de lo pactado, la posibilidad de resolución por incumplimiento queda abierta, con las consecuencias desfavorables anudadas a ella para el responsable de dicho incumplimiento.

6ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la intervención del Consejo Consultivo, en un caso como el presente, ha de centrarse en examinar la concurrencia de la causa de resolución alegada y si este incumplimiento puede considerarse imputable al contratista.

La Administración considera como causas de resolución del contrato las contenidas en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP ("el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato", pues la empresa adjudicataria no ha satisfecho el pago de las deudas vencidas por importe de 12.390,09 euros, en concepto de precio contractual y consumos de energía eléctrica) y en el artículo 99.2 del TRLCS, (por falta de reposición de la garantía incautada como consecuencia de la penalidad impuesta por el órgano de contratación, tal como reza dicho precepto: "En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá reponer o ampliar aquélla, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución").

En cuanto a la primera causa de resolución alegada hay que remitirse a los pliegos que rigen la contratación, con el fin de determinar las obligaciones impuestas al adjudicatario en la ejecución de la prestación objeto del contrato.

El apartado segundo de la cláusula cuarta del contrato establece que "El precio del contrato se fija en la cantidad anual de diez mil ochocientos noventa euros (10.890 euros/año), 21% IVA incluido.

»El abono del precio se efectuará por trimestres anticipados, en el primer mes de cada trimestre, según liquidación del Ayuntamiento.

»El precio contractual para el segundo año, y sucesivos, se revisará aplicando el IPC general interanual, elaborado por el INE”.

La cláusula 5ª del PCAP, referente al precio contractual mínimo, dispone que será de 8.000 euros al año, al que se añadirá el IVA correspondiente, calculado al tipo impositivo que corresponda, y la cláusula 9ª prevé que el pago se efectuará por trimestres anticipados, en el primer mes de cada trimestre.

Respecto a la causa contenida en la letra f) del artículo 223 (“incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”), existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999), del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo (*a.e.*, Dictamen 1541/2011), en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1985 o 14 de diciembre de 2001). Asimismo, respecto al incumplimiento como causa de extinción del contrato de gestión de servicios públicos el Tribunal Supremo ha declarado (Sentencia de 25 de septiembre de 1987) que “no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a los establecidos en la contratación civil”.

El Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun

mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida". Mantiene además en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

Es el órgano de contratación quien ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar el verdadero incumplimiento, mediante la aplicación estricta de una causa especial de extinción del contrato como es el impago del canon y los efectos de ésta.

Por consiguiente, habrá de ponderarse, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, sin que pueda caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

En el supuesto analizado está acreditado el incumplimiento por parte del concesionario de la obligación de abonar deudas vencidas que, a fecha 23 de septiembre de 2016, ascendían a 12.390,09 euros, que se corresponden con el canon establecido y con facturas de electricidad, circunstancia que el interesado reconoce en las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia.

La Administración considera que los argumentos que alega el contratista para oponerse a la resolución contractual no son suficientes para exonerarle de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, pues solo se limita a manifestar su disposición a satisfacer la deuda contraída mediante su pago fraccionado y porque la falta de reposición de la garantía definitiva constituye, por sí sola, causa de resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 99.2 del TRLCSP.

La cláusula 10 del PPT, referida a las penalidades, dispone que en los casos de incumplimientos muy graves se impondrá al contratista una penalidad de 1.001 a 6.000 euros o la resolución del contrato.

La cláusula 9.3 del PPT establece como incumplimientos muy graves:

“-No mantener diariamente en las debidas condiciones de higiene y limpieza los espacios de dominio público afectos al contrato.

»-Suspensión o abandono del servicio por tiempo superior a un día.

»-Insultos o malos tratos verbales o físicos a los usuarios.

»-Incumplimiento de la prohibición contenida en la cláusula 1.2 de este pliego.

»-Incumplimiento de las prohibiciones de venta o suministro de bebidas alcohólicas o tabaco a menores de edad.

»-La reiteración o reincidencia en infracciones graves”.

La cláusula 9.2 se describe las infracciones graves y entre ellas no figura la falta de pago del canon o de las facturas correspondientes al consumo de electricidad.

El pago del canon y la satisfacción de las facturas del consumo eléctrico, como se ha expuesto, no se califican expresamente como obligación esencial del contratista ni en los pliegos ni en el contrato, lo que podría dificultar *a priori* la posibilidad de resolver el contrato por tal causa. Sin embargo, la omisión de la calificación del carácter esencial de esta obligación no obsta para que la Administración, justificando debidamente la esencialidad de la obligación, pueda proceder a la resolución del contrato por este motivo.

En este sentido, es doctrina de este Consejo Consultivo que una obligación puede ser esencial, aunque no figure como tal en los pliegos y en el contrato, atendiendo al carácter básico de dicha obligación (por todos, los Dictámenes 1.222/2009, de 26 de noviembre; 32/2010, de 18 de febrero; 528/2013, de 18 de julio; 742/2013, de 18 de octubre y 115/2014, de 11 de abril).

Esta posibilidad de atribuir carácter esencial a obligaciones no calificadas como tales en el contrato o en los pliegos se admite también por otros órganos consultivos. Así, el Consejo Consultivo de Madrid, en el Dictamen 408/2011, señala: “En este punto, la indiscutida exigencia legal (art. 206 g) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones ‘esenciales’ del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración, pero ello no significa que la Administración no pueda hacer uso de esa facultad ante incumplimientos del contratista esenciales pero no calificados como tales en los pliegos o en el contrato. Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados”. En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 20/2011, de 12 de septiembre.

De acuerdo con ello, resulta evidente que el pago del canon constituye, junto a la explotación del servicio, una de las obligaciones básicas del contrato suscrito, por lo que ha de considerarse en este caso como obligación esencial.

No obstante, si bien la falta de pago del canon por el contratista supone un incumplimiento de una condición esencial del contrato, que podrá dar lugar a su resolución por la Administración con la incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios si fuese un incumplimiento culpable, para que esto se produzca, el impago de ese canon (contado en trimestres) debe ser reiterado y evidente.

La valoración de las circunstancias que concurren en el caso analizado, llevan a este Consejo a considerar que la falta de abono por el contratista del canon de explotación correspondiente a los periodos comprendidos entre el 7 de abril de 2015 al 6 de julio de 2015 (parcial), 7 de julio de 2015 a 6 de octubre de 2015 y 7 de enero de 2016 a 6 de abril de 2016, la parte del importe por penalidad y los consumos de electricidad (lecturas 16 de junio de 2015 y de 7

de septiembre de 2015), no constituyen un incumplimiento sustancial ni grave de las obligaciones contractuales que permita la resolución del contrato.

Para justificar tal conclusión debe partirse de que, en este supuesto, los pliegos rectores del contrato configuraban como obligación principal del contratista la explotación de los bares sitios en las Instalaciones Deportivas Municipales de cccc y no consta en el expediente ningún reparo relativo a la ejecución de esta prestación, pues en ningún caso se ha abandonado la prestación del servicio, cuya continuidad no se ha visto afectada por la falta de pago de las cantidades adeudadas.

Por lo que se refiere al impago del canon y a las facturas del consumo eléctrico, anteriormente referidos, concurren en este caso una serie de circunstancias que, sin negar la existencia de incumplimiento, permiten minorar su gravedad y concluir por ello que dichos incumplimientos no constituyen causa de resolución. Tales circunstancias son las siguientes:

- El impago afecta exclusivamente al canon de explotación correspondiente a los periodos comprendidos entre el 7 de abril de 2015 al 6 de julio de 2015 (parcial), 7 de julio de 2015 a 6 de octubre de 2015 y 7 de enero de 2016 a 6 de abril de 2016, la parte del importe por penalidad y los consumos de electricidad (lecturas 16 de junio de 2015 y de 7 de septiembre de 2015), pues el resto de cantidades adeudadas por el contratista y que se recogían en los informes del órgano de recaudación municipal de 5 de abril y 26 de agosto de 2016, ya han sido abonadas.

- Por parte del contratista existe una voluntad de abono de la deuda, como se refleja en el escrito de oposición a la resolución del contrato en el que señala que es su voluntad satisfacer íntegramente toda la deuda que pueda tener pendiente con la Administración, tal y como se ha comunicado en las numerosísimas comunicaciones y reuniones (La Administración en su escrito de contestación al contratista señala que desconoce la existencia de éstas). Solicita que para su efectivo cumplimiento y dada la cuantía a la que asciende la deuda, se fraccionen los pagos en meses, comprometiéndose a su pago íntegra y puntualmente.

- Las cantidades constitutivas de la deuda reclamada en concepto de suministro eléctrico no han sido debidamente justificadas por la

Administración, ya que en cada anualidad que se factura el kilovatio se cobra a un precio diferente.

- En el expediente no se pone de manifiesto que la Administración haya requerido al contratista el pago de las cantidades adeudadas.

- En cualquier caso, la Administración puede obtener el cobro del resto del importe de la deuda no cubierto por la garantía a través del procedimiento administrativo de apremio, como efectivamente ha hecho con el consumo de electricidad correspondiente a la lectura efectuada el 16 de junio de 2015. Así lo prevé el artículo 101.2 del TRLCSP: "Cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación".

Finalmente, por su similitud con el supuesto que se analiza, puede citarse el Dictamen nº 125/2011, de 8 de noviembre, del Consejo Consultivo de Aragón, que considera que no es suficiente el mero incumplimiento de una obligación, aunque sea esencial, por parte del contratista para resolver el contrato. Señala que "Ahora bien, y en el caso de la falta de pago del canon, no se puede hacer una aplicación mecánica y sin atención a las circunstancias que en cada caso operen acerca del cumplimiento o incumplimiento, real, de tal obligación con los efectos anudados a la misma tal y como se relaciona en el artículo 111 g) del TRLCAP [206.f LCSP y 223.f TRLCSP]. Lo que sí que es claramente advertible en la documentación recibida, es que el concesionario, con determinados retrasos, viene cumpliendo regularmente con su obligación de pago desde el año 2004, y que los problemas han comenzado (entendiendo la palabra problemas en relación a los retrasos de varios meses en el pago) en el año 2009. Pero aún desde ese momento el canon ha ido siendo abonado contando con los retrasos indicados. Incluso en el trámite de audiencia a interesados, que se ha abierto a finales de julio de 2011, el interesado ha ofrecido una fórmula de pago (...). Las razones relativas a la crisis económica -como justificadora del retraso- y la revitalización, en verano, del trabajo del hotel -como justificador de la posibilidad de pago, lo que se refuerza porque en el mes de julio se han pagado varias mensualidades de las debidas- son enteramente razonables. El consiguiente ofrecimiento de pagar las penalidades por demora que procedieran, informa de la buena voluntad del concesionario que debería ser

integrada en el proceso de formación de la voluntad definitiva del Ayuntamiento que nos ha hecho llegar la propuesta de resolución contractual.

»Porque, evidentemente y aun cuando el TRLCAP no indique más precisiones sobre el particular (que podrían encontrarse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible. Tratándose, como se trata, de un pago, nunca podría pensarse en que basta la mera ausencia del abono de una mensualidad para habilitar ya a la Administración a proceder a la resolución contractual y sin embargo, en términos literales, naturalmente que había existido la ausencia de una obligación esencial. Al contrario, esa falta de pago debe extenderse en el tiempo, dar lugar a una sensación de ausencia de pago y, además, de falta de la voluntad de pagar en cualquier caso y circunstancia, todo ello manifestado y probado en un comportamiento lineal y sin excepciones.

»En el caso presente es advertible que en modo alguno se ha producido un `abandono´ de las obligaciones propias de la concesión que conduzca irremisiblemente a la Administración concedente a la convicción de que no van a poder cumplirse los objetivos de interés público que presidieron, en su momento, la decisión de licitar el contrato y, en concreto, el contrato que nos ocupa. (...) [Por lo que] (...) en disconformidad con la propuesta del Ayuntamiento (...) no procede apreciar en este momento la concurrencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato a que se refiere el artículo 111.g) del TRLCAP (...).”

Por todo ello cabe concluir que no se aprecia la concurrencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. Así pues, al no darse la causa contenida en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP no procede la resolución del contrato.

En relación con la segunda causa alegada para la resolución (falta de reposición de la garantía definitiva que, conforme al artículo 99.2 del TRLCSP, da lugar a la resolución del contrato cuando se haya incautado para responder de penalidades y no se haya repuesto en el plazo de quince días), procede realizar una aplicación sistemática de los artículos 224 -“Aplicación de las causas de resolución”-, 99 -“Constitución de garantías”-, y 151.2 -“Clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación”- del TRLCSP.

El artículo 99.1 establece que "El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2, la constitución de la garantía. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2".

Dicho precepto dispone que "El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

»Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

»De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas".

De ello se deduce que el incumplimiento, imputable al adjudicatario, del plazo previsto para constituir la garantía definitiva supone que el licitador ha retirado su oferta, con lo cual no puede adjudicársele el contrato y debe procederse a recabar la documentación al siguiente licitador. Así pues, de no haberse constituido la garantía definitiva en el plazo de diez días hábiles desde su requerimiento, no se puede adjudicar el contrato, pero ello no juega como una causa de resolución el contrato ya que éste no se ha formalizado; y si el contrato no existe, no se puede resolver.

Por otra parte, la continuidad del contrato y su efectiva ejecución es incompatible con la falta de prestación de la garantía definitiva y, en el supuesto en que de conformidad con lo previsto en el artículo 99.2 del TRLCSP ésta haya sido utilizada para hacer frente a las penalidades impuestas al adjudicatario y no se haya repuesto en el plazo de quince días, se procederá a la resolución del contrato. No obstante, al igual que se señala en los artículos anteriormente citados, la Administración debe requerir al contratista la reposición de la garantía para la continuidad en la ejecución del contrato; o, si se entiende que la resolución se aplica automáticamente por falta de reposición de la garantía en el plazo de quince días, notificar dicha resolución al contratista.

En el presente caso el contratista había presentado la fianza definitiva por importe de 450 euros cuando se le adjudicó el contrato, la cual fue incautada por un incumplimiento de la cláusula 5.1 del PPT, por falta de limpieza de los baños o servicios de uso general. Dicho incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 9.1 del PPT, puede considerarse como leve. Por otra parte, no consta en el expediente si dicho incumplimiento fue reiterado o fue un hecho aislado.

La penalidad se impuso al adjudicatario en la sesión de la Junta de Gobierno Local celebrada el 3 de noviembre de 2015, para lo que se procedió a incautar la garantía. Desde esa fecha y hasta la de inicio del procedimiento de resolución del contrato (26 de septiembre de 2016), ha transcurrido ampliamente el plazo de quince días establecido en el artículo 99.2 del TRLCSP para la reposición de la garantía y el contrato se ha seguido prestando sin garantía definitiva. Estas circunstancias han contado con la aquiescencia de la Administración, que ni ha requerido la reposición de la garantía durante el citado plazo ni ha procedido a la resolución del contrato a la que se refiere dicho artículo, cuando han transcurrido quince días desde la incautación del garantía para hacer frente a la penalidad y ésta no ha sido repuesta por el contratista.

Por todo ello cabe concluir que una interpretación sistemática de los artículos anteriormente citados impediría concluir la procedencia de la resolución del contrato al amparo del artículo 99.2 del TRLCSP.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede resolver el contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y D. yyyy, referente al servicio de explotación de los bares ubicados en las instalaciones deportivas municipales de cccc.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.