

El Ayuntamiento de ----- solicita al Servicio de Asistencia y Asesoramiento a Entidades Locales la emisión de informe sobre la posibilidad de rescisión del contrato de explotación del bar-cafetería de la piscina municipal, así como sobre la posibilidad de incluir alguna cláusula que limite la concurrencia del adjudicatario a futuras licitaciones que tengan el mismo objeto de este contrato.

Este informe se emite a partir de la consideración de los siguientes

#### **ANTECEDENTES:**

**PRIMERO.-** El 28 de junio de 2021 se firma el contrato de explotación del bar-cafetería de la piscina municipal de -----, cuya vigencia se extiende, según figura en el propio contrato, del 28 de junio al 15 de septiembre de 2021 y del 15 de junio al 15 de septiembre de 2022.

El pliego (cláusula decimoséptima) contempla, entre las obligaciones básicas del adjudicatario, las de “prestar el Servicio, durante el periodo de vigencia del contrato (...)” y “mantener abierto el establecimiento de lunes a domingo, estableciéndose un día de descanso semanal que no podrá coincidir con viernes, sábado y domingo”.

**SEGUNDO.-** Según expone el Ayuntamiento de -----, el adjudicatario cerró el bar el domingo 15 agosto y entre los días 19 al 24 agosto. Volvió abrir el bar el día 25 de agosto y cerró el sábado 28 de agosto, dando por concluida la temporada.

**TERCERO.-** Para la emisión del presente informe, el ayuntamiento ha facilitado a este Servicio el contrato suscrito, así como el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la explotación.

Este servicio procede a emitir el presente informe, atendiendo a las siguientes

#### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS:**

**PRIMERA.-** La resolución de los contratos es una de las prerrogativas que la Ley otorga a los órganos de contratación en aras de la protección del interés público.

En nuestro vigente ordenamiento jurídico, el artículo 211 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), regula las causas de resolución del contrato, refiriéndose entre ellas, en su apartado 1.f) al incumplimiento de la obligación principal del contrato.

En este caso, el incumplimiento recae sobre la obligación principal del contrato, que es la prestación del servicio durante la vigencia del contrato. El adjudicatario cerró el bar-cafetería el 28 de agosto, cuando el servicio debe prestarse hasta el 15 de septiembre.

Este incumplimiento, por sí solo, posibilita la resolución del contrato, en los términos de la cláusula vigésimo tercera del pliego, por causa imputable al contratista y con incautación de “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”.

Pero ha de señalarse que, de acuerdo a la información facilitada desde el ayuntamiento, este incumplimiento del contratista no es el único, sino que se suman también los descritos a continuación.

**SEGUNDA.-** Con arreglo al citado artículo 211.1.f) de la LCSP, será causa de resolución del contrato, asimismo, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Podemos considerar como obligación contractual esencial la que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto deriva del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato. En este sentido se ha manifestado el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros, en su Dictamen 212/2014.

En este supuesto concreto, el pliego contempla expresamente (en su cláusula decimoséptima) como obligación básica la de mantener abiertas las instalaciones, siendo posible el descanso un día a la semana, que no coincida en fin de semana. Y también este precepto se ha incumplido, en varias ocasiones: el domingo 15 agosto, el fin de semana del 20 al 22 de agosto, los días 28 y 29 de agosto y los fines de semana sucesivos (del 3 al 5 y del 10 al 12 de septiembre).

Nótese que para la calificación de la conducta del contratista como infracción de una obligación esencial consideramos irrelevante el hecho de que el pliego utilice el término “básico” en



vez del de “esencial”, que recoge el literal del artículo 211 de la LCSP ya que, como reiteradamente ha sentado el Tribunal Supremo (valga, por todas, la Sentencia de lo social de 24 de enero de 2018), la realidad fáctica debe prevalecer sobre la denominación o el *nomen iuris*, y en este caso está claro que el pliego se refiere a las obligaciones como exige la LCSP, “de manera precisa, clara e inequívoca”. Por otro lado, habiendo de interpretarse la norma según el sentido propio de sus palabras, de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil, de acuerdo con las definiciones del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el término *básico* puede considerarse sinónimo de *esencial*.

**TERCERA.-** El procedimiento de resolución del contrato ha de tramitarse conforme a las previsiones de los artículos 109 y siguientes 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 (RGLCAP); en concreto, debe abrirse trámite de audiencia al concesionario, así como al avalista o asegurador del contratista, para que aleguen cuanto estimen oportuno en el plazo de diez días naturales. Finalmente, en caso de formularse oposición por parte del contratista, se solicitará dictamen al órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

**CUARTA.-** Sobre la posibilidad de limitar el acceso del contratista a futuras licitaciones, la opción más adecuada es la contemplada en el artículo 71.2.d) de la LCSP. Este artículo se refiere a la declaración de prohibición para contratar del licitador que motivó la resolución del contrato administrativo.

De acuerdo con el artículo 73.1 de la LCSP, la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración. Esta declaración de prohibición para contratar constituye la herramienta del ayuntamiento para impedir la concurrencia del contratista incurso en causa de prohibición, a sucesivas licitaciones con el ayuntamiento, de éste u otros contratos, durante un máximo de tres años.

**QUINTA.-** Respecto del procedimiento a seguir, la declaración de prohibición para contratar corresponde al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 72 de la LCSP, así como el artículo 18 del RGLCAP.

El artículo 19 del RGLCAP establece el procedimiento a seguir: cuando el expediente se inicie por el órgano de contratación, se incorporarán al mismo los informes de los servicios técnicos y jurídicos, cumpliéndose posteriormente el trámite de audiencia y remitiéndose el expediente al órgano competente para su resolución (en este caso, el órgano de contratación). La resolución determinará la concurrencia de causa de prohibición para contratar así como, en su caso, el alcance y duración de la misma.

Finalmente, adoptada en su caso la resolución de declaración de prohibición para contratar, se comunicará sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de la Comunidad Autónoma. La

eficacia de las prohibiciones de contratar estará condicionada, una vez adoptada la resolución, a su inscripción en el registro correspondiente.

Por otra parte, el artículo 72.2 de la LCSP señala que el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto. Con arreglo al apartado 6 del mismo artículo, en el presente caso el plazo de duración de la prohibición de contratar no podrá exceder de tres años, para cuyo cómputo se estará a lo establecido en el artículo 73.3 de la LCSP (desde su inscripción en el registro correspondiente).

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y consideraciones jurídicas, se formulan las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** De acuerdo con el artículo 211.1.f) de la LCSP, es posible la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación principal, así como de las restantes obligaciones esenciales por el contratista, previa tramitación del oportuno expediente, en los términos expuestos en la consideración jurídica tercera.

**SEGUNDA.-** Al objeto de limitar el acceso del contratista a futuros procesos de licitación, el ayuntamiento debe tramitar el expediente correspondiente a la declaración de prohibición para contratar, al haberse resuelto el contrato por causa del incumplimiento culpable del licitador, con arreglo al artículo 71.2.d) de la LCSP. De esta forma, se impediría al incumplidor concurrir a ulteriores licitaciones convocadas por el ayuntamiento, durante el plazo máximo de tres años.