



**Junta Vecinal de XXX**  
**XXX**  
**(Burgos)**

**Asunto: Contrato de explotación del teleclub / Resolución.**

De nuevo nos dirigimos a Ud. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **4780/2019**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Constituía el objeto del expediente la resolución del contrato para la explotación del teleclub de forma unilateral por esa Alcaldía antes de la fecha de vencimiento, sin haber tratado esta cuestión por la Junta Vecinal. Exponía el reclamante que la gestión del teleclub se realizaba por la Asociación XXX, habiendo sido adjudicada después a la Asociación XXX.

Iniciada la investigación oportuna, se solicitó información de esa Junta Vecinal sobre el procedimiento de resolución del contrato anterior y el seguido para la adjudicación del nuevo, y la documentación complementaria que incluyera una copia de ambos expedientes y de los contratos.

En atención a dicha petición, nos remite informe, en el que hace constar lo siguiente:

*“Que no es cierto que existiera un contrato de explotación con la Asociación XXX. Que existía un contrato de arrendamiento con (...) de fecha 19 de junio de 2016, cuyo objeto era el arrendamiento, mediante adjudicación directa, del inmueble, propiedad de esta Junta Vecinal y calificado como bien patrimonial, que se debía destinar al uso de Bar Cantina.*

*Que esta Junta Vecinal tuvo conocimiento, a la hora de renovar la póliza de seguro, que dicho bar se estaba gestionando sin licencia de actividad y sin que el arrendatario estuviera dado de alta en la Seguridad Social ni en Hacienda, cuestión que se le comunicó al propietario.*

*Ante su negativa a resolver la situación, y en aras a cumplir la legalidad se procedió a la rescisión de dicho contrato por la preocupación que la Junta Vecinal detectó ante la situación en la que se encontraba el bar.*



*A fecha de hoy no se ha tramitado ningún nuevo contrato; se ha adecentado el local y se van a colocar unas máquinas expendedoras de bebidas para el disfrute de todos los vecinos y vecinas de XXX”.*

A la vista de la información remitida, se ha considerado preciso darle traslado de las siguientes consideraciones:

Indica en su informe que el contrato se formalizó como un contrato de arrendamiento de un local municipal destinado a la prestación del servicio de bar, los únicos datos que aporta se refieren a la fecha de su formalización el 16/06/2016 y a su adjudicación de forma directa, aunque no envía la copia del contrato, ni del acto o acuerdo de adjudicación.

Considera esta Procuraduría que la naturaleza no es la de un contrato privado, sino la de un contrato administrativo, por más que se haya formalizado sobre un bien de naturaleza patrimonial. Manifiesta en su informe que esa Junta Vecinal pretendía renovar la póliza del contrato de seguro a que estaba obligada según el contrato, siendo esta cláusula ajena a los contratos patrimoniales y, además, cuando tuvo conocimiento que *“el bar se estaba gestionando sin licencia de actividad”* y la *“preocupación que la Junta Vecinal detectó ante la situación en la que se encontraba el bar”* llevaron a decidir la resolución del contrato, luego esa Entidad local realizaba un control y seguimiento de la actividad del bar, lo cual solo es posible si la Administración está prestando un servicio.

El criterio seguido por las Juntas Consultivas de Contratación y por la Jurisprudencia a la hora de distinguir si estamos ante un contrato administrativo o ante una concesión demanial atiende a la causa del negocio, en el contrato administrativo prevalece el interés público del servicio que se presta, mientras que en el negocio patrimonial prevalece el interés privado de la instalación, aunque requiera la ocupación privativa de un bien público.

Como advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio. Habrá que analizar cada negocio jurídico individualmente para determinar la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración con el objetivo de dilucidar si existía una finalidad patrimonial o más bien pública para calificar en este último caso la relación como contractual.

También ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo, que en la calificación de un contrato es fundamental la causa del negocio como elemento delimitador. *“En este sentido, para deslindar un contrato administrativo de una concesión demanial debe atenderse a la prevalencia de la obtención de un interés*



*público o finalidad pública frente al interés privado en la explotación de un negocio o realización de una actividad que requiera la ocupación privativa de un bien de dominio público o de un bien patrimonial de la Administración. En este sentido, la existencia de un fin público que trascienda el puramente patrimonial llevará necesariamente a calificar la relación como contractual: será la finalidad perseguida por la Administración y la causa expresada lo que llevará a calificar una relación jurídica como contrato público o como negocio jurídico patrimonial”.*

En cualquier caso y con independencia de la figura elegida para la explotación de la instalación, el funcionamiento de dichos establecimientos, sean de titularidad pública o privada, exige la obtención de licencia ambiental, cuestión distinta es quién fuera el obligado a obtenerla en este caso, aunque según las actuaciones realizadas entendió esa Alcaldía que correspondía al adjudicatario, siendo su incumplimiento la causa alegada para resolver el contrato.

Partiendo de la naturaleza administrativa del contrato y de la fecha en que se celebró, el 16/06/2016, el contrato está sometido a la regulación establecida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

La aplicación del TRLCSP deriva de lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 2, 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 (LCSP), según la cual, *“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”.*

Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según la cual, *“a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”*, norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, de acuerdo con la disposición final cuarta de la LCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia de la nueva LCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 191, relativo al *“Procedimiento de ejercicio”*, que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva.



La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP, cuestión que planteaba la reclamación y que no ha podido comprobarse, al no remitir ninguna documentación sobre el contrato. En cualquier caso, si el órgano de contratación hubiera sido la Junta Vecinal, a ésta le correspondería acordar la resolución.

Según indica la Alcaldía considera que tuvo lugar un incumplimiento del contratista de una obligación esencial, de ser así, podría concurrir la causa de resolución prevista en el artículo 223, letra f), del TRLCSP, es decir, el *“incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

Sobre esta causa de resolución, es reiterada doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado la 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 sea patente *“una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos”*. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001).

No es posible determinar en este caso concreto si concurriría esta causa de resolución, es decir, si estaba incluida esa obligación en el contrato y si le correspondía cumplirla al adjudicatario, siendo relevante que el mismo informe señala que el contratista se opuso a *“resolver la situación”* aunque no menciona las razones alegadas por éste, ni consta que se le diera la oportunidad de exponerlas en el trámite de audiencia que debió acordar en el procedimiento para resolver el contrato.

Como se ha indicado, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria incluye unos trámites formales preceptivos para todas las Administraciones Públicas, la necesidad de audiencia al contratista y, si mediare oposición de éste, del dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma.

El procedimiento para la resolución del contrato en este caso específico debía incluir la audiencia al contratista y, si éste formulaba oposición, el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, 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.

El trámite de audiencia a la parte contratista es esencial para que pueda alegar y probar lo que estime conveniente en defensa de su postura y debe otorgarse en debida forma antes de que la Administración adopte la resolución correspondiente.



No puede considerarse que se ha otorgado ese trámite cuando únicamente se aporta la copia de una comunicación (cuya recepción no consta) en la que requiere al contratista para que facilite una documentación a esa Entidad que precisa, a su vez, para suscribir una póliza de un seguro. En cualquier caso nada se advierte al adjudicatario sobre el inicio de un procedimiento de resolución del contrato, ni se concede el trámite de audiencia.

El efecto que produce la falta del trámite de audiencia no pueden ser otro que la nulidad del procedimiento de resolución del contrato y, en definitiva, del acto dictado por esa Alcaldía habiendo prescindido de un trámite esencial, como es, el de audiencia.

Así lo reconoce el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27-4-2001, que confirma la Sentencia recurrida que atribuye efectos invalidantes a la omisión del trámite de audiencia correspondiente al contratista en el procedimiento de resolución de un contrato y añade que *“al no constar que en el proceso de instancia haya sido oído el contratista, no es de apreciar que la Sala de instancia tuviera todos los elementos de convicción que le resultaban necesarios para pronunciarse sobre la cuestión de fondo constituida por procedencia o no de la resolución contractual”*.

El mismo efecto produce la falta de solicitud del informe del órgano consultivo correspondiente, siendo un trámite esencial para dictar ese acto administrativo y, en consecuencia, su omisión equivale a dictarlo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

A título de ejemplo, mencionamos el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 1154/2006, de 1 de febrero de 2007, emitido en el expediente de resolución de un contrato formalizado por un Ayuntamiento como un contrato de arrendamiento para la explotación del bar restaurante del municipio.

El propio Dictamen da cuenta de los antecedentes del caso que se refieren a la obligación de cumplir dicho trámite:

*“El 18 de marzo de 2005 el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Burgos) dicta Sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 311/2003 interpuesto por la arrendataria, con el siguiente fallo:*

*“1º).- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 311/2003 interpuesto por Dª zzzzzz, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxxxxx de fecha 12 de marzo de 2003 por el que se acuerda resolver el contrato de arrendamiento suscrito el día 17 de mayo de 2001 entre el citado Ayuntamiento y la actora que tenía por objeto la explotación del bar restaurante sito en el rrrrrrr de la localidad, incautar la garantía de 100.000 ptas., que la actora devuelva las instalaciones y bienes muebles junto con las llaves y que abone al Ayuntamiento la*



*cantidad de 1.946,33 €, y contra el 5 acuerdo del mismo Pleno de fecha 25 de marzo de 2003 que ratifica el contenido del anterior acuerdo.*

*2º).- Y en virtud de dicha estimación parcial: a).- se anulan por no ser conformes a derecho sendas resoluciones ordenándose la retroacción de actuaciones en el expediente tramitado al respecto al momento justo anterior a dictarse las mismas para que, de conformidad con lo argumentado en esta sentencia, se reclame el preceptivo informe del Consejo de Estado o del Consejo Consultivo de esta Comunidad Autónoma.”*

Por último, cabe indicar que la instalación de máquinas expendedoras de bebidas en un edificio de titularidad de la Entidad local requiere la tramitación de un procedimiento administrativo, y que antes de formalizar el contrato o tramitar la autorización que corresponda para llevar a cabo esa instalación en un bien de la Entidad, debería determinar la naturaleza del negocio que pretenda llevar a cabo, y en función de la misma, determinar, la normativa a la que ha de ajustarse.

Tenga en cuenta que, como se ha indicado, la Administración puede perseguir únicamente una rentabilidad económica al permitir la ocupación de un espacio disponible en instalaciones públicas, o puede considerar necesario fijar las condiciones mínimas de prestación de los servicios a los usuarios, en cuyo caso el procedimiento de contratación y el contrato deberán regirse por la normativa de contratación del sector público.

Aunque el destinatario mediato de los servicios de restauración sean los usuarios que libremente decidan hacer uso de las máquinas, el beneficiario último de la actividad y los servicios prestados podría ser la Entidad local si su finalidad es prestar un mejor servicio público, pues esto parece deducirse de la finalidad manifestada en su informe “*el disfrute de todos los vecinos y vecinas de XXX*”.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

**- Que deberá acordar esa Alcaldía la revocación de los actos de resolución del contrato de explotación del bar, por haberse omitido el trámite de audiencia al contratista y la solicitud de informe del Consejo Consultivo de Castilla y León.**

**- Que deberá tener en cuenta, en el futuro, que el ejercicio de la potestad de resolución de los contratos administrativos celebrados por esa entidad debe ajustarse al procedimiento establecido en el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.**



PROCURADOR DEL COMÚN  
DE CASTILLA Y LEÓN

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Tomás Quintana López