

Expediente Núm. 206/2006
Dictamen Núm. 178/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E de 21 de julio de 2006, examina el expediente relativo a la resolución de contrato de gestión del servicio de explotación del bar/cafetería del Aulario, suscrito entre la Universidad de Oviedo y

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de septiembre de 2003, el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por la que dispone adjudicar a la empresa el contrato de prestación del servicio de bar-cafetería del Aulario, durante un plazo de dos años, contados a partir de la fecha de formalización del contrato por un canon anual de veintiún mil quinientos setenta y seis euros (21.576,00 €). En dicha resolución se hace constar que con fecha 18 de junio de 2003, se promovió por resolución de la Universidad de Oviedo la concurrencia de ofertas por concurso

público con procedimiento abierto y que la adjudicación ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 24 de septiembre de 2003.

El día 1 de octubre de 2003 se formaliza, en los términos aludidos, el referido contrato, al que se incorporan, entre otras, las siguientes cláusulas: "El presente contrato tiene por objeto la prestación del servicio bar-cafetería en el Aulario.....". "El adjudicatario se obliga a prestar el mencionado servicio de acuerdo con las condiciones indicadas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas". "El precio cierto que el adjudicatario se compromete a pagar a la Universidad, en concepto de canon anual, es de veintiún mil quinientos setenta y seis euros (21.576,00 €), IVA incluido. El mencionado canon se abonará distribuido en trimestres naturales, y se hará efectivo los días primeros de los meses de enero, abril, julio y octubre, mediante el correspondiente abonará remitido por Gerencia". "El período de vigencia de este contrato será de dos años, contados desde la fecha de formalización del mismo, si bien podrá concertarse su prórroga mediante acuerdo expreso". Asimismo, se deja constancia de que, para responder de su cumplimiento, se ha constituido a favor de la Universidad de Oviedo garantía definitiva por importe de mil ochocientos euros (1.800,00 €). Adjunto al contrato aporta copia de la fianza constituida en la cuantía referida, el día 30 de septiembre de 2003, por la Sociedad "....." a favor de la Universidad de Oviedo.

Obra incorporada al expediente documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, integrada, entre otra, por:

a) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, con arreglo al Pliego Tipo para la contratación, mediante concurso y procedimiento abierto, del servicio de bar cafetería, promovido por la Universidad de Oviedo.

En la cláusula 1, acerca del régimen jurídico del contrato, se indica que éste es "de naturaleza privada y se regirá en cuanto a su preparación y adjudicación, por las cláusulas de este Pliego, del Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexos que acompañan a los mismos./ Por lo que respecta a sus

efectos y extinción, en lo no previsto en este mismo Pliego, se aplicarán las normas de derecho privado y, en concreto, las normas patrimoniales aplicables a la Universidad de Oviedo (Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias, modificada por Ley 7/1997, de 31 de diciembre, y por Ley 15/2002, de 27 de diciembre) al tratarse de un supuesto de ocupación demanial o concesión del dominio público”.

En la misma cláusula, apartado segundo, consta que “los Pliegos y Anexos citados en el apartado anterior, tienen carácter de documentos contractuales y deberán ser firmados por el adjudicatario” y añade, el apartado tercero de la misma, que “para lo no previsto en ellos se aplicará lo dispuesto en la legislación vigente en materia de contratación administrativa, enumerada sin carácter restrictivo a continuación:/ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP)./ R. D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...)./ Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE de 24/12/01)./ La Ley 2/95, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias”. Señala asimismo, en su apartado cuarto, que “será de aplicación (...) lo establecido en el II Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, inscrito en el registro de la Dirección General de Trabajo, por Resolución de 13.06.2002, y publicado en el BOE de 1 de julio, en virtud de la misma./ Podrán aplicarse cualquier otro tipo de reglamentos, normas o instrucciones oficiales de Derecho administrativo que puedan afectar al objeto del concurso”.

En relación con el objeto del contrato, la cláusula 2 señala como tal “la prestación del servicio de bar-cafetería en diversos centros de la Universidad de Oviedo, dividido en los siguientes lotes (...) lote 1: bar-cafetería del Aulario”, bajo la modalidad de concesión del dominio público.

La cláusula cuarta señala el canon anual mínimo fijado por la Universidad, que para el lote 1 asciende a la cantidad de dieciocho mil euros

(18.000 €), precisando el apartado segundo de la misma que “el canon propuesto por el adjudicatario será el que figure en el contrato una vez resuelto el concurso./ El concesionario deberá abonar a la Universidad de Oviedo la cantidad correspondiente al importe ofrecido en concepto de canon. El mismo se abonará por trimestres vencidos, y se ingresará en la cuenta que designe la Gerencia”.

En cuanto a la revisión de precios, dispone la cláusula quinta que “transcurrido el plazo de ejecución del contrato (...), si se solicita la prórroga, el contratista podrá pedir una revisión en el precio del contrato”.

Con referencia al plazo de ejecución, la cláusula 6 del Pliego prevé una duración de “dos (2) años contados a partir del 1 de agosto de 2003 hasta el 31 de julio de 2005 (...). El contrato será prorrogable, por períodos anuales por mutuo acuerdo entre las partes, debiendo el adjudicatario solicitar la prórroga con al menos tres meses de antelación a su finalización (...). El servicio objeto de este contrato no podrá interrumpirse ni aún por cumplimiento del término, siendo obligatoria para el adjudicatario la continuidad en las mismas condiciones hasta su sustitución por la Universidad”.

La cláusula 17 refiere, en relación con la ejecución del contrato, que “el contratista queda obligado a prestar el servicio en los términos recogidos en el presente Pliego y en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la contratación, en el plazo y tiempo de respuesta convenidos”. Añade el apartado tercero de la misma que “la ejecución se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 144 del TRLCAP”.

En la cláusula 19 del Pliego, bajo la rúbrica “Causas de resolución del contrato”, señala, “además de las previstas en los artículos 111 y 167 del TRLCAP y 109 a 113 del RGLCAP, las siguientes: a) El incumplimiento por el contratista de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente Pliego o en el resto de los documentos contractuales y, en especial, el incumplimiento de las prestaciones incluidas en su proposición”. Añade el

apartado segundo de la misma que “la resolución del contrato producirá los efectos que se señalan en los artículos 113 y 169 del TRLCAP”.

En lo que se refiere a las penalidades administrativas, prevé la cláusula 20 del Pliego que “si el contratista, por causas imputables al mismo, incurriera en incumplimiento de las obligaciones contraídas, la Universidad de Oviedo podrá optar por la resolución del contrato con pérdida de la garantía definitiva./ Lo previsto en el párrafo anterior no excluye la indemnización a que la Universidad de Oviedo pudiera tener derecho por daños y perjuicios”. Añade el apartado segundo de dicha cláusula que “el adjudicatario perderá la garantía cuando la resolución se deba a causas imputables al mismo./ La garantía responderá de los conceptos y en los casos previstos en el TRLCAP”.

La cláusula 22 señala las prerrogativas de la Administración. Concretamente dispone que “el órgano de contratación tiene la prerrogativa de interpretar el contrato administrativo, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos establecidos en el TRLCAP (...). Los acuerdos dictados al efecto, que serán adoptados con audiencia del contratista y previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos (...). Las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos en los contratos administrativos, serán resueltas por el Rector, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa”.

b) Pliego de Prescripciones Técnicas y Funcionales por las que se han de regir los contratos para la prestación del servicio de bar-cafetería en diversos centros de la Universidad de Oviedo y anexos del contrato (como anexo III, se incorpora una lista de precios en la que figura la descripción de los productos ofertados, sin que sin embargo figure el precio establecido para ellos).

En la cláusula 3, apartado 1, de este Pliego se prevé, bajo la rúbrica “Obligaciones y Derechos del contratista”, que “además de la obligación de prestar el servicio en la forma y términos indicados (...), el contratista tendrá las

siguientes obligaciones: (...) 2.- Disponer de una organización técnica, económica y de personal suficiente para la adecuada prestación del servicio”.

2. Con fecha 21 de marzo de 2005, la empresa adjudicataria del contrato dirige escrito al Servicio de Gestión Económica de la Universidad de Oviedo en el que pone en su conocimiento que el contrato relativo al servicio de bar-cafetería del Aulario “celebrado el 1 de agosto de 2003 (...), según la base 6.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establecido en el concurso público (...), concluye el 31 de julio de 2005”, por lo que atendiendo a lo dispuesto en la cláusula 6.2 de dichas bases, solicita “se le conceda una primera prórroga del contrato para realizar el precitado servicio durante el período comprendido entre el 1 de agosto de 2005 y el 31 de julio de 2006”.

3. Con fecha 30 de septiembre de 2005, el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución en que resuelve “acordar la prórroga del contrato suscrito para la explotación del servicio de bar-cafetería del Aulario, durante el período comprendido entre el 1 de octubre de 2005 y 30 de septiembre de 2006”.

Asimismo, resuelve “establecer el precio cierto que el concesionario del mencionado servicio se compromete a pagar a la Universidad de Oviedo durante el período de prórroga en veintitrés mil cuatrocientos setenta y un euros con cuarenta y tres céntimos (23.471,43 €), IVA incluido, tras la aplicación de la variación experimentada durante el periodo comprendido entre 1 de octubre del 2003 y el 30 de septiembre del 2005, por el Índice de Precios al Consumo más un punto; al canon anual estipulado de los periodos del 1 de octubre del 2004 y el 30 de septiembre de 2005, así como del 1 de octubre del 2005 y el 30 de septiembre del 2006”.

4. Con fecha 3 de mayo de 2006 la empresa adjudicataria dirige escrito a la Universidad de Oviedo, por el que le comunica que “a finales del mes de mayo, cerrará la cafetería del Aulario”.

5. Por escrito de 15 de mayo de 2006, se comunica a la empresa contratista el acto de inicio del expediente de resolución del contrato con incautación de la garantía definitiva, “ya que comunica el cese anticipado de la actividad en fecha anterior a la finalización del contrato suscrito sin autorización expresa de la Universidad de Oviedo”.

Asimismo, le advierte “que el contrato que su empresa mantiene con la Institución para la explotación de la cafetería comedor del Campus de, no podrá prorrogarse por hallarse la Sociedad incurso en causa de incapacidad (artículo 20, apartado C del TLRCAP)”, poniendo simultáneamente en su conocimiento que “se le concede un plazo improrrogable de diez días naturales para remitir las alegaciones que estime pertinentes”.

Finalmente, refiere que “adjunto detalle de la deuda contraída a fecha 31 de mayo, cuyo importe total asciende a veintiún mil cuarenta y un euros con sesenta y dos céntimos (21.041,62 €)”.

Acompañando a dicho escrito, aporta detalle de la deuda pendiente por importe de veintiún mil cuarenta y un euros con sesenta y dos céntimos (21.041,62 €), de los cuales, once mil doscientos sesenta y un euros con ochenta y seis céntimos (11.261,86 €) corresponden al total de la deuda pendiente del año 2005 (tercer y cuarto trimestre), y un total de nueve mil setecientos setenta y nueve euros con setenta y seis céntimos (9.779,76 €) a la deuda pendiente en 2006: primer trimestre, en cuantía de cinco mil ochocientos sesenta y siete euros con ochenta y seis céntimos (5.867,86 €) y meses de abril y mayo por importe de tres mil novecientos once euros con noventa céntimos (3.911,90 €).

6. Mediante escrito de 22 de mayo de 2006, doña, en nombre y representación de la empresa adjudicataria, presenta escrito de alegaciones, solicitando se acuerde “resolver el precitado contrato, por haber cambiado radicalmente las condiciones que se tuvieron en cuenta para su firma, sin hacer efectiva la incautación de la garantía definitiva estipulada en el mismo, sin

establecer reclamaciones por daños y perjuicios y sin establecer prohibiciones para contratar con la Administración”.

Expone en su escrito que, notificada el día 15 de mayo de 2006 la resolución de la Universidad de Oviedo por la que se acuerda iniciar expediente de resolución del contrato objeto de la explotación del servicio de bar cafetería del Aulario, así como la denegación de la prórroga de la cafetería comedor del Campus de, formula alegaciones en base a que “se han modificado las condiciones esenciales existentes en el momento de la contratación, es decir, que el contrato se ha realizado en base a unas premisas de volumen de alumnado, de volumen de trabajo, unas expectativas, etc. (...) que con posterioridad no se han cumplido, pues las cosas han cambiado radicalmente y el mantenimiento del contrato, sería muy perjudicial para esta parte adjudicataria”.

En particular refiere que “el número de alumnos, tanto en la Facultad de, como en la Escuela de, ha descendido de forma muy apreciativa en los últimos años, con lo cual los potenciales usuarios-consumidores, esenciales para alcanzar el objetivo de toda empresa, que es obtener beneficios, se han visto reducidos, hasta el extremo de perder dinero./ El volumen de alumnos ha sido el siguiente: Facultad de, Curso 2003/2004 2.758 alumnos (560 alumnos menos que en el curso anterior). Curso 2004/2005 2.505 alumnos (253 alumnos menos que en el curso anterior). Curso 2005/2006 2.288 alumnos (217 alumnos menos que en el curso anterior)./ Escuela Universitaria de, Curso 2003/2004 852 alumnos. Curso 2004/2005 736 alumnos (116 alumnos menos que en el curso anterior). Curso 2005/2006 615 alumnos (121 alumnos menos que en el curso anterior)”.

Continúa su escrito relatando que “la entrada en vigor de la Ley antitabaco 28/2005, de 26 de diciembre, que ha prohibido la venta, distribución y consumo de tabaco en todos los centros docentes, así como el descenso del alumnado, anteriormente expresado, ha supuesto una reducción muy apreciable de los ingresos, pues por razones obvias dadas las zonas de

instalación, los ingresos por este concepto se han visto mermados en un tanto por ciento muy elevado./ El volumen de ventas de tabaco se estima aproximadamente:/ Año 2004:/ En el Aulario de 45.444,00 €./ En el Campus de 24.000,00 €./ Año 2005: En el Aulario 37.630,00 €./ En el Campus de 19.511,55 €". Añade, a continuación, que además "la propia Administración nos ha obligado a liquidar el impuesto, en concepto de tasa (...) relativo a la venta de tabacos, para más tarde publicar la Ley antitabaco que nos prohíbe (la) venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los consumos del tabaco".

Asimismo refiere que "los precios que rigen en las cafeterías son de mínimos (...), que no se traduce en subida de precios a la venta del producto (...), dado que se precisa la autorización de la Administración contratante, que normalmente lo hace cada dos años, pero que al entender de esta parte es insuficiente (...)./ La última autorización (...) está contemplada hasta últimos de 2007, sin tener en cuenta las continuas variaciones que van a sufrir los precios del mercado hasta entonces".

Tras precisar que "nunca han existido problemas en las anteriores adjudicaciones administrativas", refiere que se mantuvieron "dos reuniones con el Gerente de la Universidad, en los meses de noviembre de 2005 y abril de 2006 y se ha manifestado el malestar (...) y no se han tomado medidas, no se han dado soluciones a los problemas graves y acuciantes de los contratistas".

Finalmente, señala haber cumplido con la totalidad de sus obligaciones "salvo el canon, que ha devenido desorbitado, injusto e imposible de cumplir, sin que peligre la propia existencia de la empresa", y concreta que "fue a finales de diciembre cuando vistos los descensos de alumnado y de las ventas de tabaco, así como las subidas continuas de los artículos de venta, nos ha llevado a no pagar el canon. Por ello, no procede incluir aún como impagados los meses de abril y mayo del 2006, pues no se ha llegado al final del segundo trimestre".

Tras describir los fundamentos de derecho en que apoya su pretensión, concluye su escrito señalando que “no obstante todo lo anteriormente expuesto, esta parte haciendo un gran esfuerzo empresarial, y en aras a que el perjuicio que se puede originar sea irreparable y de fuerte repercusión para la comunidad universitaria, hasta que el proceso en cuestión, iniciado por esa Universidad, se resuelva, la Empresa, se compromete a poner todo su empeño en mantener las cafeterías abiertas, siempre que se exonere o condone el pago del canon correspondiente a partir del mes de mayo 2006, todo ello dado las nuevas circunstancias, haciéndolo constar en la propia resolución que se dé al respecto”. Por lo anterior, solicita se acuerde resolver el contrato “por haber cambiado radicalmente las condiciones que se tuvieron en cuenta para su firma, sin hacer efectiva la incautación de la garantía definitiva estipulada en el mismo, sin establecer reclamaciones por daños y perjuicios y sin establecer prohibiciones para contratar con la Administración”.

Como primer Otrosí dice que aporta copia de autorización de aumento de precios, para los cursos 2005/2006 y 2006/2007, así como de los “recursos, relativos a la petición de devolución de la liquidación del impuesto de las máquinas expendedoras de tabaco”.

Adjunto a su escrito aporta: a) copia del escrito, fechado el día 19 de enero de 2006, dirigido por el Administrador Gerente de la empresa adjudicataria al Ilmo. Sr. Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos solicitando se devuelva la tasa abonada por importe de ciento noventa y cinco euros con diecisiete céntimos (195,17 €), alegando no “poder utilizar la autorización de renovación de expendedoría de tabacos a través de máquina, durante el tiempo señalado al efecto, por causas ajenas a nuestra voluntad”. b) Copia de la tasa abonada, por importe de ciento noventa y cinco euros con diecisiete céntimos (195,17 €), por la empresa adjudicataria por solicitud de autorización de venta con recargo. c) Copia de lista de precios para los cursos 2005-2006 y 2006-2007.

7. Con fecha 5 de junio de 2006 emite informe el Jefe del Servicio Jurídico de la Universidad de Oviedo. En dicho informe, tras relatar que con fecha 1 de octubre de 2003 se formalizó contrato con la empresa adjudicataria, señala que “se ha constatado que el adjudicatario adeuda a la Universidad la cantidad de 21.041,62 € por impago del canon de explotación. Reiteradamente la Universidad ha requerido formalmente a la empresa exigiéndole el cumplimiento de la obligación de pago del canon, según consta en el expediente administrativo (...). También se ha constatado un aviso de cierre de las dependencias de la cafetería durante varios días, sin autorización expresa del Rectorado”.

Dentro del apartado “Consideraciones jurídicas”, refiere que “la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación con la cláusula 20, establece como causa de resolución del contrato el incumplimiento reiterado de las obligaciones antedichas, con pérdida de fianza”. Añade que “el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en su apartado h), establece que serán causas de resolución aquellas que se establezcan expresamente en el contrato y en su apartado g), el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales”. Finalmente, indica que “el contratista, en su escrito de alegaciones, no niega el incumplimiento, sino que formula una serie de argumentaciones basadas en un cambio en las condiciones de explotación. El citado cambio entra dentro de los riesgos de la explotación empresarial, por lo que ha de entenderse comprendido dentro del riesgo y ventura de la contratación, y asumido por el contratista al firmar el contrato (cláusula 7 del pliego)”, por lo que concluye que emite informe favorable a dicha resolución.

8. Con fecha 7 de junio de 2006, el Gerente de la Universidad de Oviedo remite escrito a la empresa adjudicataria en el que le comunica que “el procedimiento de resolución del contrato sigue su curso y una vez finalizado se le comunicará

para su conocimiento". En el mismo se indica que "el descenso en el número de alumnos o las consecuencias de la aplicación de la Ley 28/2005 que cita en su escrito son cuestiones sobrevenidas que la empresa debe afrontar como parte inherente de su actividad, valorando en todo caso, el abandono de la prestación a la finalización de la misma./ Respecto a los precios de aplicación nada hay de particular en su situación y una vez finalizado se le comunicará para su conocimiento".

9. Con fecha 2 de junio de 2006 la Jefa del Servicio de Gestión Económica de la Universidad de Oviedo formula la correspondiente propuesta de resolución, en la que, después de resumir los antecedentes del caso, señala los fundamentos de derecho que considera de aplicación. Entre ellos, aduce incumplimiento de la cláusula 4.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige esta contratación y la cláusula 2 del contrato que "establecen el compromiso del adjudicatario de abonar por trimestres naturales el precio cierto estipulado como canon anual". Asimismo "la cláusula 19 del mencionado Pliego señala, entre otras, como causa de resolución del contrato, con pérdida de la fianza definitiva, el incumplimiento por el contratista de las obligaciones contenidas en el contrato y en este Pliego". A continuación señala los efectos de la resolución del contrato, para lo cual se remite a la cláusula 20.2 del Pliego que "establece la pérdida de la garantía definitiva cuando la resolución se deba a causas imputables al adjudicatario (...). La cláusula 6 del contrato establece que el adjudicatario debe cumplir las obligaciones que le correspondan según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la contratación del servicio en cuestión, y que, en caso de incumplimiento, serán de aplicación las penalidades establecidas en el mismo Pliego".

Finalmente, propone rescindir el contrato suscrito e incautar la fianza definitiva presentada en su día por el adjudicatario.

10. Con fecha 8 de junio de 2006 el Rector de la Universidad de Oviedo dicta Resolución por la que asume la propuesta formulada y acuerda “proceder a su remisión, así como la de toda la documentación que obra en el expediente, al Consejo Consultivo a los efectos previstos en el apartado d) del artículo 109.1 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 relación con el apartado n) del artículo 13.1 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de fecha 21 de julio de 2006, registrado de entrada el día 25 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio de explotación del bar/cafetería del Aulario, suscrito entre la Universidad de Oviedo y

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Con carácter preliminar, procede analizar brevemente el fundamento de la competencia de este Consejo Consultivo para pronunciarse sobre la consulta formulada por V. E., calificada de preceptiva y referida a un procedimiento de resolución contractual tramitado por la Universidad de Oviedo, institución con personalidad jurídica propia y autonomía constitucionalmente reconocida, habida cuenta la ausencia de mención expresa en relación con dicha competencia de las universidades públicas y de otras corporaciones de derecho público.

Como ya tuvo ocasión de pronunciarse este Consejo en su Dictamen 103/2006, tal competencia deriva de la calificación de la Universidad de Oviedo

como Administración pública del Principado de Asturias, y como tal sujeta en su actuación a la legislación administrativa, sin perjuicio de su autonomía para el cumplimiento de sus fines institucionales de docencia e investigación. Por otra parte, dado el enunciado del artículo 17 de la Ley del Consejo, no cabe que la consulta preceptiva la efectúe directamente al Consejo Consultivo el Rector de la Universidad de Oviedo, máxima autoridad de esta institución según el artículo 57.1 de sus Estatutos, por lo que, de conformidad con la letra a) de aquel precepto legal, habrá de hacerlo por medio del Presidente del Principado de Asturias.

Sentado lo anterior, procede analizar a continuación la competencia del Consejo para dictaminar sobre el procedimiento concreto de resolución contractual que se somete a nuestra consideración. Dispone el apartado primero de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que el contrato que vincula a las partes “es de naturaleza privada”. Por su parte, el artículo 13.1 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, dispone que éste “será consultado preceptivamente en los siguientes asuntos o expedientes (...) h) (...) resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista”. Atendido el tenor literal de estos preceptos, es claro que si, como señala el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el objeto del presente procedimiento es un contrato privado de la Administración no sería necesaria la emisión de dictamen por este Consejo; únicamente exigible en caso de contratos administrativos. Tal razonamiento determinaría, sin más, la imposibilidad, por falta de competencia, de conocer y emitir pronunciamiento alguno al respecto, al no encontrarse el caso que se examina entre los supuestos que requieren la emisión de dictamen preceptivo por este Consejo.

A pesar de lo anterior, dado que la naturaleza misma del contrato resulta determinante de la competencia del Consejo, entendemos procede examinar de forma exhaustiva su verdadera naturaleza jurídica. Se trata, conforme señala la cláusula segunda en relación con la séptima del Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares, de un contrato cuyo objeto consiste en la prestación del servicio de bar cafetería en centros de la Universidad de Oviedo, bajo la modalidad de concesión de dominio público.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dedica su artículo 5, bajo la rúbrica “Carácter administrativo y privado de los contratos”, a delimitar unos y otros. Así, el apartado segundo de dicho precepto dispone que “son contratos administrativos” los enumerados en las letras a) y b) del mismo, mientras que el apartado tercero precisa que “los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados”.

A pesar de tal clasificación, las características de cada contrato hacen que no sea siempre fácil deslindar cada una de estas categorías, habiéndose desarrollado un importante cuerpo de jurisprudencia a fin de establecer criterios clarificadores. Resulta especialmente aclaratoria la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, que al respecto señala que “hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada para la prestación de un servicio público, entendido este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general”. Añade, además, tomando como base razonamientos jurisprudenciales anteriores, que “el concepto de contrato administrativo viene determinado doctrinalmente por la definición negativa o excluyente del servicio público, es decir, cuando el contrato no tiene por objeto la gestión del dominio privado, patrimonial o mercantil de la Administración, el contrato será administrativo”.

Pues bien, teniendo en cuenta que a tenor de la cláusula 3 del Pliego, bajo la rúbrica “necesidades administrativas a satisfacer”, la relación jurídica se determina para “ofrecer servicios de apoyo básicos a la Comunidad

Universitaria” y considerando que el contrato que se examina no tiene por objeto gestionar el dominio privado, patrimonial o mercantil de la Universidad, sino, como ya hemos señalado, la concesión de dominio público para la prestación del servicio de bar-cafetería en diversos centros de la Universidad de Oviedo, no parece acorde con los expresados criterios la atribución al mismo de naturaleza privada.

Por otra parte, analizada conjuntamente la documentación incorporada al expediente, se advierte que la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que atribuye al contrato naturaleza privada y como tal lo sujeta al régimen jurídico propio de los contratos privados de la Administración (será, en lo referente a su preparación y adjudicación, el establecido por las normas de derecho público, y en cuanto a sus efectos y extinción, el establecido por las normas de derecho privado), resulta manifiestamente incoherente tanto con las restantes cláusulas del Pliego como con el contrato suscrito entre las partes, que de hecho lo sujetan al régimen jurídico público, propio de los contratos administrativos.

A título ilustrativo, basta recordar, además de las ya mencionadas cláusulas 2, 3 y 7 del Pliego, entre otras, la cláusula 17.1 “la ejecución del contrato se regirá por lo dispuesto en los artículos 160 y siguientes del Capítulo IV (Sección 1ª) del Título II del Libro II del TRLCAP, así como por las disposiciones concordantes del RGLCAP” o bien la cláusula 22.3 “las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos en los contratos administrativos, serán resueltas por el Rector, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa. Contra los mismos, habrá lugar a interponer recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo”. En el mismo sentido, la cláusula séptima del contrato suscrito entre las partes dispone que “el adjudicatario (...) se somete, para todo aquello que no se encuentre en él establecido, a los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (...), al resto de normas complementarias en materia de contratación administrativa”, y la cláusula

novena del mismo prevé que “para la impugnación de sus acuerdos habrá de interponerse recurso contencioso-administrativo”.

Son precisamente estas dos notas, la sujeción al Derecho Administrativo y la atribución de competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las que evidencian la naturaleza del contrato objeto de nuestro análisis. Entendemos que si a tenor de lo dispuesto en el apartado primero, artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con la letra b), artículo segundo del mismo cuerpo legal, el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo conoce “de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta a Derecho Administrativo” y, en particular, de las “que se susciten en relación con (...) los contratos administrativos”, no podemos sino concluir que el contrato objeto de nuestro análisis es un verdadero contrato administrativo. Así ha sido expresamente declarado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de marzo de 1987, Sala de lo Contencioso-Administrativo, cuyo tenor literal dispone que “la naturaleza administrativa de esta cuestión, por su sujeción al Derecho Administrativo, es indudable (...); y si se tiene en cuenta además que lo que en el caso actual se discute es una cuestión referente al (...) contrato celebrado por la Administración Pública (...), resulta totalmente decisiva la evidencia de que es la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la directamente competente, y con competencia propia (...). Si aún a todo esto se une que la concesión es asimismo institución típicamente administrativa, como ya dijo este Tribunal en la antigua Sentencia de 22 de junio de 1894 y refrendó el Real Decreto de 4 de mayo de 1900, se ve aún más paladina la competencia propia y directa de esta Sala para juzgar definitivamente el fondo de este debate”.

Abundando en ello, se advierte además que la Junta Consultiva de Contratación, en su Informe 67/1999, de 6 de julio, descarta, concretamente respecto a un contrato para la prestación del servicio de cafetería en una

residencia sanitaria, su calificación como contrato privado y lo califica como administrativo.

Por lo hasta ahora razonado, habida cuenta la incongruencia de la cláusula 1 del Pliego con la regulación contenida en la restante documentación incorporada al expediente que, insistimos, lo sujeta al régimen jurídico propio de los contratos administrativos, se deduce que es ésta la calificación que la Universidad de Oviedo quiso otorgarle, por ser la naturaleza inmanente del contrato. La redacción de la referida cláusula 1 parece, meramente, fruto de un error de hecho. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, declara que “como bien ha subrayado la jurisprudencia (...) el carácter administrativo de un contrato sólo puede deducirse de un análisis sustantivo del mismo, de modo que los términos utilizados e incluso la declaración de sometimiento al derecho privado son irrelevantes”.

Una vez calificado como tal contrato administrativo, concluimos que el Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en relación con el artículo 18.1, letra n), de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y en el artículo 109 de los Estatutos de la Universidad de Oviedo, ésta se halla debidamente legitimada en cuanto autora de la Resolución objeto del procedimiento que ahora se examina.

TERCERA.- De acuerdo con lo razonado en la consideración Primera del presente Dictamen, entendemos que el contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante entre atribuir a los contratos, como el que es objeto de la consulta, la calificación de servicio público o contrato administrativo especial, si bien la línea jurisprudencial más reciente, siguiendo a su vez el criterio de la Junta Consultiva de Contratación, tiende a su calificación como contratos administrativos especiales. Sea cual fuere su calificación, entendemos no procede hacer pronunciamiento alguno a este respecto, dado que en nada afecta a la resolución de la cuestión que se somete a nuestra consideración.

El contrato que se analiza ha sido suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, bajo la modalidad contractual de concesión de dominio público, en los términos de lo dispuesto en el artículo 156 del TRLCAP. El contrato de esta forma suscrito cumple una doble finalidad: por una parte, constituye un derecho a favor del contratista que gestiona la prestación del servicio de bar-cafetería, a su riesgo y ventura, y por otra, cumple una función que se le confía para prestar un servicio público de interés general, concretamente, según el tenor literal de la cláusula 3 del Pliego, ofrecer servicios de apoyo básicos a la Comunidad Universitaria.

A tenor de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y cláusulas del contrato suscrito entre las partes, éste se regirá por las cláusulas del Pliego, las del Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexos y, en todo lo previsto en el mismo, se aplicarán los preceptos del TRLCAP y resto de normas complementarias en materia de contratación administrativa.

La cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en reiteración de lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP y aplicación de las prerrogativas que la cláusula 22 del mismo confiere al órgano de contratación, enumera las causas por las que éste puede acordar, dentro de los límites y con

sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la resolución del contrato, determinando el apartado segundo de la misma los efectos de ésta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como sujetarse a las normas procedimentales que las justifican. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la ley.

A tenor de lo indicado, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente (Rector de la Universidad de Oviedo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero de la cláusula 22 del Pliego), el procedimiento ha sido instruido, en lo esencial, con arreglo a lo dispuesto en el apartado segundo de la referida cláusula, en relación con el artículo 112.1 del TRLCAP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP). Esta norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, tratándose de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, al proponerse la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En relación con la letra b) del citado precepto debe advertirse que, aun cuando nada se señala en el expediente sobre la audiencia que ha de darse al avalista o asegurador cuando, como en el caso que examinamos, se propone la incautación de la garantía, ni se hace referencia alguna a la naturaleza del aval, entendemos que tal omisión se justifica por la ausencia de avalista o asegurador, dado que la fianza definitiva, que ascendía a mil ochocientos euros

(1.800 €), según consta en el expediente (folio 25), fue ingresada en metálico (figura la referencia “imposición caja”) por el propio adjudicatario.

No obstante lo anterior, se advierte una deficiente instrucción del procedimiento, dado que el órgano instructor, cuyo nombramiento no consta, no realizó los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. No se han incorporado al expediente informes o documentos que, a la vista de lo actuado, entendemos relevantes para resolver. Así pues, en primer lugar, se observa que dos son las causas que se imputan al contratista: cese anticipado de su actividad e impago del canon convenido. Respecto de la primera, analizada la documentación incorporada al expediente, a este Consejo le resulta imposible conocer la realidad de tal causa, y ello porque, si bien la contratista comunicó el cierre de la cafetería, que tendría lugar “a finales del mes de mayo” de 2006, iniciado el expediente de resolución contractual, y tras el trámite de audiencia, formula escrito de alegaciones, datado el día 22 de mayo del mismo año, en el que se compromete “hasta que el proceso en cuestión, iniciado por esa Universidad, se resuelva (...), a poner todo su empeño en mantener las cafeterías abiertas”. Teniendo en cuenta que nada ha sido señalado al respecto por la Universidad de Oviedo en la propuesta de resolución (que incluso obvia la causa del cese inicialmente imputada) y que además el informe del Servicio Jurídico indica que “también se ha constatado un aviso de cierre de las dependencias de la cafetería durante varios días, sin autorización expresa del Rectorado”, pero sin señalar las fechas ni aportar dato o documento alguno esclarecedor, resulta que en la fecha de emisión del presente dictamen se desconoce si finalmente la cafetería dejó de prestar servicio al público o si, por el contrario, permanece abierta hasta que se resuelva el procedimiento. Tal extremo, dado que fue inicialmente configurado como causa de resolución y obviado en la propuesta de resolución, debería haber sido aclarado por la instrucción.

Respecto de la segunda de las causas que se imputan, si como indica el informe del Servicio Jurídico se exigió “reiteradamente” a la contratista el “pago del canon”, la instrucción del procedimiento debió solicitar la unión al expediente de los documentos acreditativos de ello. Teniendo en cuenta, como acabamos de razonar, que la propuesta de resolución formulada únicamente imputa a la contratista el impago del canon convenido, entendemos, a tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 78 de la LRJPAC, que la instrucción del procedimiento debió realizar, de oficio, los actos de instrucción necesarios para comprobar el incumplimiento que se imputa. En efecto, no sólo no se han incorporado al expediente los documentos que, según aducen, acreditarían la exigencia reiterada del pago, sino también, y lo que es más importante, aquéllos que podrían, en su caso, acreditar la falta de pago del canon convenido, como podría ser el certificado expedido al efecto por la Intervención o Tesorería de la Universidad.

Por otra parte, sorprende que el acto de inicio del expediente de resolución contractual contenga información dirigida a la contratista, pero relativa a un contrato distinto. Concretamente, refiere que “el contrato que su empresa mantiene con la institución para la explotación de la cafetería comedor del Campus de, no podrá prorrogarse”, lo que debería haber sido realizado en el seno del procedimiento con éste seguido. Tal circunstancia ha dado lugar a que la contratista formule alegaciones en su escrito al trámite de audiencia, sin que nada pueda señalar al respecto este Consejo, dado que no constituye el objeto del presente procedimiento y carece, además, de toda la documentación relativa al mismo.

En cuanto al plazo de duración del contrato, éste aparece celebrado por un período de dos años, conforme señala el párrafo primero de la cláusula 6 del Pliego (1 de agosto de 2003 hasta el 31 de julio de 2005). Antes de la finalización del plazo inicialmente previsto, mediante escrito de 21 de marzo de 2003, la contratista solicita, en aplicación de lo establecido en el párrafo segundo de la misma cláusula que prevé que la prórroga ha de pedirse con, al

menos, tres meses de antelación a la finalización del contrato, se le conceda una primera prórroga para el período comprendido entre el día 1 de Agosto de 2005 y el 31 de julio de 2006. El Rector, por Resolución de fecha 30 de septiembre de 2005, acuerda la concesión de la prórroga solicitada para el período comprendido entre el día 1 de octubre de 2005 y 30 de septiembre de 2006. Hemos de entender que en el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 30 de septiembre de 2005, de hecho, se materializó el supuesto de prórroga tácita del contrato previsto en el párrafo tercero de la referida cláusula 6, por cuanto dispone que “el servicio objeto de este contrato no podrá interrumpirse ni aun por cumplimiento del término, siendo obligatoria para el adjudicatario la continuidad en las mismas condiciones hasta su sustitución por la Universidad”. Teniendo en cuenta no sólo la obligación, sino la voluntad de la contratista de continuar prestando el servicio concedido, que fue debidamente comunicada a la Universidad y una vez concedida, aceptada por la contratista en lo términos descritos, cabe concluir que la referida prórroga tácita es perfectamente válida y eficaz.

CUARTA.- Entrando en el fondo de la cuestión planteada, y dado que estamos ante un procedimiento de resolución contractual, partimos de lo establecido en la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que señala como causa de resolución del contrato, además de las expresamente previstas en el TRLCAP, entre otras, “el incumplimiento por el contratista de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente Pliego o en el resto de documentos contractuales”.

Debemos, pues, analizar el supuesto incumplimiento que por la Universidad de Oviedo se imputa a la contratista y, más concretamente, si como señala la propuesta de resolución se vulneró la cláusula 4.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de la cláusula tercera del contrato que establecen el compromiso del adjudicatario de abonar por trimestres naturales el precio cierto estipulado como canon anual.

Analizada la documentación incorporada al expediente, este Consejo Consultivo nada tiene que objetar a la acreditación del incumplimiento en que ha incurrido la contratista, quien no observó la obligación que asumía al suscribir el contrato (prevista en la cláusula 4 del Pliego y detallada en la estipulación segunda del contrato) de satisfacer, por trimestres vencidos, el canon anual fijado por la Universidad de Oviedo. Tal incumplimiento se tiene por acreditado por cuanto, en ningún momento del procedimiento, fue discutido por la interesada, quien incluso reconoció expresamente el impago en su escrito de alegaciones. Así pues, señala haber cumplido con la totalidad de sus obligaciones, "salvo el canon", y añade que "fue a finales del mes de diciembre, cuando vistos los descensos de alumnado y de la ventas de tabaco, así como las subidas continuas de los artículos de venta, nos han llevado a no pagar el canon". En todo caso, las alegaciones de la contratista no desvirtúan el incumplimiento de la obligación de pago, con independencia de que existieran problemas para ello.

No hay duda de que la contratista estaba obligada a satisfacer el canon estipulado con estricta sujeción a las características establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y detalladas en cuanto al modo en la estipulación tercera del contrato suscrito entre las partes el día 1 de octubre de 2003: "el mencionado canon se abonará distribuido en trimestres naturales, y se hará efectivo los días primeros de los meses de enero, abril, julio y octubre, mediante el correspondiente abonaré remitido por Gerencia".

Acreditado el impago del canon correspondiente al tercer y cuarto trimestre de 2005, primer trimestre y meses de abril y mayo de 2006, entendemos que procede la resolución del contrato administrativo por incumplimiento de la obligación del contratista, con incautación de la fianza constituida y la liquidación de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración, si es que estos superan el importe de la garantía incautada, según determina el artículo 113.4 del TRLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de explotación del servicio de bar-cafetería del Aulario, suscrito entre la Universidad de Oviedo y, sometida a nuestra consulta; con los efectos expuestos en el cuerpo de este Dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.