

Expediente Núm. 168/2011
Dictamen Núm. 232/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de junio de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 2 de junio de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de gestión de cuatro plazas residenciales para personas mayores, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Director Gerente del Organismo Autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias” (ERA) de 19 de junio de 2009, se adjudica definitivamente a una empresa el contrato de gestión de cuatro plazas residenciales para mayores por un plazo de cuatro años y el precio de 235.985,28 euros.

El día 1 de julio de 2009 se formaliza el contrato en documento administrativo. En la cláusula sexta se establece que “la entidad adjudicataria asume la obligación de prestar los servicios residenciales a los usuarios a tal

efecto designados por el Organismo Autónomo ERA, en los términos establecidos en el pliego tipo de cláusulas administrativas particulares, cuadro resumen y de prescripciones técnicas que rigen la contratación”, y en la cláusula séptima se señala que “serán causa de resolución del presente contrato, además de las establecidas en el artículo 206 y 284 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las específicas contenidas en la cláusula 16 del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares del mismo./ En caso de incumplimiento por el adjudicatario de sus obligaciones contractuales la Administración podrá optar indistintamente (...):/ a) Por declarar resuelto el contrato con pérdida de la garantía definitiva./ b) Por imponer al adjudicatario las penalidades establecidas en el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en función de los días en que se suspenda total o parcialmente la prestación objeto del presente contrato como consecuencia del incumplimiento”.

Obran en el expediente el resguardo de depósito de la garantía definitiva -constituida mediante aval- en la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias por importe de 11.027,33 euros, así como los certificados aportados por la empresa tras la notificación de la adjudicación provisional, acreditativos de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

2. Al expediente se ha incorporado, entre otra documentación, el pliego tipo de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación, en cuya cláusula 13.1, relativa a la ejecución del contrato, se determina que “el contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud laboral, por lo que vendrá obligado a disponer las medidas exigidas por tales disposiciones, siendo a su cargo el gasto que ello origine”. En la cláusula 16 del mismo pliego se establece que “serán causas de resolución del contrato, además de las señaladas en el artículo 206, con la excepción de las contempladas en sus letras e y f, las siguientes:/ a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración

en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato./ b) El rescate del servicio por la Administración./ c) La supresión del servicio por razones de interés público./ d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato./ Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 279.2 LCAP (*sic*) quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal”.

3. El día 28 de julio de 2010, un Recaudador Ejecutivo de la Dirección Provincial de Asturias de la Tesorería General de la Seguridad Social emite diligencia de embargo para el cobro de deudas pendientes de pago a la Seguridad Social de los créditos o derechos a favor de la empresa contratista que se encuentren pendientes de pago a la fecha de recepción de la diligencia y “hasta el importe de 31.353,01 €”.

4. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 13 de agosto de 2010 se dispone el inicio del “expediente de extinción del contrato (...) por incumplimiento de las obligaciones contractuales”, al no encontrarse el adjudicatario al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, atendiendo a “lo establecido en la cláusula 13.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación”. En la misma resolución se nombra instructora del procedimiento y se dispone conceder al contratista “un plazo de diez días hábiles para realizar alegaciones frente a los hechos expuestos, así como presentar o proponer la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades”.

5. Notificada la resolución a la adjudicataria el día 18 del mismo mes, en fecha que no consta -por no resultar legible la reflejada en el sello de registro- se recibe en el organismo autónomo un escrito que suscribe el representante de la contratista en el que explica que “debido a una ampliación y mejora de las

instalaciones acometida recientemente (año 2007), que supuso una inversión importante y un endeudamiento también importante, y debido a la recesión económica que nos afecta a todos, supuso la imposibilidad de cubrir la totalidad de las plazas residenciales que ofertamos, lo que nos hizo pasar malos momentos económicamente y acumular deuda con la Seguridad Social./ En la actualidad los accionistas de (la residencia) tienen comprometida una aportación de capital a la sociedad, la cual harán en cuanto culminen unas gestiones de venta de parte de su patrimonio particular, destinada a la liquidación de la deuda pendiente con la Seguridad Social". Por ello, solicita que le "sea concedido un plazo prudencial (un mes) para la culminación de todas las gestiones en marcha y liquidar la deuda pendiente y cumplir los requisitos necesarios para la prestación del contrato referenciado".

6. Con fecha 1 de septiembre de 2010, la instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en la que señala que "dada la imprecisión de los hechos manifestados por la empresa contratada se considera oportuno continuar con la tramitación de este expediente". El fundamento de la resolución que se propone se basa en lo dispuesto en la cláusula 13.1 del pliego de las administrativas particulares, siendo asimismo de aplicación "el contrato administrativo de fecha 1 de julio de 2009, el cual establece en su cláusula séptima (que) 'en caso de incumplimiento por el adjudicatario de sus obligaciones contractuales la Administración podrá optar indistintamente (...): a) Por declarar resuelto el contrato con pérdida de la garantía definitiva./ b) Por imponer al adjudicatario las penalidades establecidas en el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en función de los días en que se suspenda total o parcialmente la prestación objeto del presente contrato como consecuencia del incumplimiento".

Respecto a los efectos de la resolución, se dispone la "pérdida de la garantía definitiva constituida", al amparo de lo señalado en el artículo 208.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

7. El día 16 de septiembre de 2010, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite un informe sobre la resolución contractual pretendida en el que expresa que “la causa en la que se fundamenta el ERA para resolver el contrato es la de que el contratista no está al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social (...). Pues bien, esta causa de resolución no aparece citada ni en el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público ni en la cláusula 16ª del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato (y ello con independencia de lo que establece la cláusula 13ª.1)”. Asimismo, pone de manifiesto que “la cláusula 7ª del contrato dispone, entre otras cosas, que en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del adjudicatario la Administración ‘podrá optar indistintamente’ por ‘declarar resuelto el contrato’ o ‘imponer al adjudicatario las penalidades establecidas en el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre’./ En este caso, el órgano de contratación no hace análisis alguno de por qué, de entre las dos alternativas, escoge la primera, que es la de consecuencias más graves (y ello para el caso de que esta cláusula esté pensada para un caso como el que aquí nos ocupa)”. Finalmente, concluye que “no concurre la causa de resolución del contrato a la que se refiere la propuesta de resolución”.

8. Con fecha 11 de octubre de 2010, el Director Económico-Administrativo del ERA suscribe un “informe complementario al emitido por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias” en el que afirma que, si bien “no se establece expresamente como causa de resolución el no estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social” en el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público ni en la cláusula 16ª del pliego de cláusulas administrativas particulares, “el punto h) del artículo 206 sí presenta como causa de resolución las establecidas expresamente en el contrato” y el suscrito el 1 de julio de 2009 dispone en su cláusula séptima que “en caso de incumplimiento por el adjudicatario de sus obligaciones contractuales la Administración podrá optar (...):/ a) Por declarar resuelto el contrato con pérdida de la garantía definitiva”.

Señala, a continuación, que a día de hoy “no se tiene noticia alguna de haberse efectuado el pago de la deuda pendiente con la Seguridad Social”. Por último, estima que, “si bien la cláusula no establece que haya de justificarse la elección del criterio elegido, el organismo considera de gravedad que la situación financiera del adjudicatario no le permita hacer frente a los pagos con la Seguridad Social, sin mencionar que el artículo 49 de la LCSP dispone que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurren entre otras circunstancias no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social”.

9. El día 11 de noviembre de 2010, se incorpora al expediente el informe de fiscalización de conformidad de la Intervención Delegada.

10. Con fecha 22 de noviembre de 2010, el Director Gerente del ERA dicta resolución por la que se declara la caducidad del procedimiento de extinción del contrato por transcurso del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución, de conformidad con lo señalado en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

11. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 24 de noviembre de 2010, se dispone nuevamente el “inicio del expediente de extinción” del contrato basado en idéntica causa de resolución, así como la apertura del trámite de audiencia a la adjudicataria por un plazo de diez días “hábiles”.

12. Notificadas a la contratista las resoluciones de caducidad e inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual el 1 de diciembre de 2010, el día 15 del mismo mes se recibe en el registro del organismo autónomo un escrito firmado por el representante de la adjudicataria en el que expone que con fecha 9 de diciembre de 2010 “formalizó con la Tesorería de la Seguridad Social un acuerdo de aplazamiento de la deuda pendiente” y que, con la misma fecha,

“la Tesorería General de la Seguridad Social acordó el levantamiento de embargo”, expidiendo la diligencia correspondiente, de la que adjunta copia. Por tanto, “una vez eliminado el motivo que originó el inicio del expediente”, solicita que este “sea sobreseído”.

13. Con fecha 14 de febrero de 2011, el Director Económico-Administrativo del ERA suscribe una propuesta de resolución en la que expresa que, remitida el día 15 de diciembre de 2010 por parte de la adjudicataria la diligencia de levantamiento del embargo, “se considera oportuno desistir de continuar el procedimiento de resolución del contrato”. Sin embargo, se recibe una diligencia de la “Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria de fecha 3 de noviembre de 2010 por (la) cual se declaran embargados los créditos a favor de la misma que tenga pendiente de pago, por un importe de 28.006,95 euros (...); tras conversación mantenida con el contratista se espera por parte de este organismo un levantamiento del embargo, si bien transcurridos 2 meses no se tiene constancia de este hecho, razón por la cual se considera oportuno iniciar de nuevo expediente de resolución de contrato debido al embargo existente con la Agencia Tributaria”. Por ello, se propone el inicio del “expediente de extinción de contrato (...) por incumplimiento de las obligaciones contractuales”, se nombra instructora del procedimiento y se procede a la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días “hábiles”.

14. El día 14 de febrero de 2011, el Director Gerente del ERA resuelve iniciar el procedimiento de resolución contractual en los términos expresados en la propuesta del Director Económico-Administrativo, recibiendo el interesado la notificación el día 21 de ese mismo mes.

15. Con fecha 28 de febrero de 2011, se recibe en el registro del ERA una diligencia de embargo ejecutivo de créditos y derechos por importe de

32.199,86 euros, expedida por un Recaudador Ejecutivo de la Tesorería General de la Seguridad Social el día 22 del mismo mes.

16. El día 7 de marzo de 2011, el representante de la empresa adjudicataria presenta en el registro del ERA un escrito en el que declara que el "7 (*sic*) de marzo de 2011 la Agencia Tributaria expide certificación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias a efectos de poder contratar con las Administraciones Públicas" y solicita que, "eliminado el motivo que originó el inicio del expediente, sea sobreseído". Adjunta el certificado al que se refiere en su escrito, expedido el día 2 de marzo de 2011.

17. Con fecha 19 de marzo de 2011, el Director Gerente del organismo autónomo comunica al representante de la empresa que, recibida diligencia de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, "se continúa procedimiento de resolución por entender que continúa incumpliendo las obligaciones contractuales", y se le concede "el plazo de diez días hábiles para que presente las alegaciones y manifestaciones que estime oportunas a este respecto". No existe constancia en el expediente de que se hayan formulado alegaciones.

18. El día 8 de abril de 2011, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno del Director Económico-Administrativo, suscribe una propuesta favorable a la resolución del contrato "por incumplimiento de las obligaciones contractuales", en los términos de lo establecido en la cláusula 13.1 del pliego de las administrativas particulares, a cuyo tenor "el contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud laboral". La resolución propuesta conlleva la "pérdida de la garantía definitiva constituida", de conformidad con lo señalado en el artículo 208.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, sin que se especifiquen los daños y perjuicios causados que, con cargo a ella, deban indemnizarse.

19. Con fecha 19 de abril de 2011, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite un informe en relación con la resolución pretendida en el que concluye que “no procede la resolución del contrato”, pues “no estar al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, no es causa de resolución de contrato; y que, por tanto, este no puede resolverse”. Añade que, “ciertamente, no estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social es una causa de las que en el artículo 49 de la Ley aparecen como ‘prohibiciones de contratar’, pero esto no quiere decir que sean también causas de resolución de contrato. Y si se quisiera que esta ‘prohibición de contratar’ pudiera constituirse como causa de resolución o servir de apoyo para ello, lo primero sería declarar que el contratista está afectado por tal ‘prohibición’; y para eso es necesario instruir el expediente a que se refiere el artículo 50 de la Ley; circunstancia que no se da en este caso”.

20. El día 23 de mayo de 2011, el Interventor Delegado fiscaliza de conformidad el expediente de gasto, señalando que “está de acuerdo en la causa de extinción alegada por el servicio proponente, pero quiere dejar claro que la no presentación de alegaciones por parte de la empresa no impide el acudir al Consejo Consultivo del Principado de Asturias debido a que hay que entender una continuidad del procedimiento, las alegaciones ya fueron presentadas en su momento”.

21. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de junio de 2011, registrado de entrada el día 8 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 de cuatro plazas residenciales para personas mayores, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos calificado como tal conforme al artículo 8 de la misma Ley. En consecuencia, a tenor de lo preceptuado en el ya citado artículo 19 de la LCSP, su régimen jurídico es el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo prescrito en el artículo 194 de la LCSP, corresponde a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no solo 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 la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su

legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

Una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente -en este caso el Director Gerente del organismo autónomo, a quien corresponde actuar como órgano de contratación según lo dispuesto en los artículos 45.3, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano, y 9, letra d), del Decreto 79/1994, de 13 de octubre, por el que se establece la Estructura Orgánica y Régimen de Funcionamiento del Organismo Autónomo "Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias"-, su instrucción se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria, lo que no sucede en este caso. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el asunto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consulta no da cuenta del cumplimiento de todos los actos de instrucción señalados, pues aunque en la propuesta de resolución que analizamos se propone la incautación de la garantía definitiva -constituida mediante aval, según consta en el expediente- la instrucción no ha otorgado la obligada audiencia al avalista. Como ha puesto de manifiesto este Consejo en numerosos dictámenes, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista, sino una medida al servicio de un objetivo concreto, en palabras del Tribunal Supremo, el de "posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho" (Sentencia de 22 de septiembre de 1990 -Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección 8.^a-), de modo que en los casos de indefensión insubsanable, lo que entendemos que concurre en este supuesto, no es posible un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sin antes subsanar la omisión de aquel trámite.

Igualmente, hemos de destacar que, pese a que la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración se fundamenta en el incumplimiento culpable del adjudicatario, los daños y perjuicios ocasionados no se han evaluado y cuantificado durante la instrucción del procedimiento, como resulta preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP. En efecto, establece el apartado 3 del precepto citado que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”, disponiendo el apartado siguiente del mismo artículo que “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”. Como ha puesto de manifiesto este Consejo en ocasiones anteriores, dicho régimen legal impide la incautación de la garantía definitiva en ausencia de cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados e imposibilita demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de aquellos, de modo que para incautar la garantía resulta indispensable identificar y cuantificar de forma previa los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, a quien se le ha de ofrecer la oportunidad de formular, frente a tal cuantificación, las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia, lo que no ha sucedido en este caso. Estos defectos impiden, asimismo, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en tanto no sean subsanados,

identificando y evaluando los daños y perjuicios causados y dando audiencia de todo ello a los interesados.

Por otro lado, observamos que mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 24 de noviembre de 2010 se inicia un procedimiento del que, según se desprende de la propuesta de resolución suscrita por el Director Económico-Administrativo del organismo el 14 de febrero de 2011, "se considera oportuno desistir", al haber expedido la Tesorería General de la Seguridad Social la correspondiente diligencia de levantamiento de embargo. No obstante, aquel desistimiento no se ha reflejado en resolución expresa alguna, en los términos de lo establecido en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), con lo que el día 14 de febrero de 2011 se ha iniciado un nuevo procedimiento -el que ahora analizamos- sin haber declarado la terminación del anterior. Además, el procedimiento en tramitación sigue instruyéndose una vez transcurrido incluso el plazo de caducidad de tres meses señalado en el artículo 42.3.a) de la LRJPAC para los procedimientos iniciados de oficio, en contra del criterio sostenido por la propia Administración actuante, reflejado en la Resolución del Director Gerente del ERA de 22 de noviembre de 2010, por la que se declara la caducidad del procedimiento iniciado el día 13 de agosto del mismo año, y del parecer jurisprudencial establecido, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, que se confirma en la Sentencia de 8 de septiembre de 2010.

Los defectos que hemos puesto de manifiesto impiden que pueda dictarse una resolución sobre el fondo del asunto que ponga fin al procedimiento. Para su subsanación la Administración deberá declarar, mediante resolución expresa que habrá de ser notificada a los interesados, la terminación de los procedimientos iniciados con fechas 24 de noviembre de 2010 y 14 de febrero de 2011. Si estima que concurren causas de resolución contractual, de acuerdo con lo establecido en los pliegos y en el propio

contrato, podrá incoar un nuevo procedimiento, dando audiencia al contratista, y también al avalista si pretende la incautación de la garantía definitiva, previa identificación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados que deberán ponerse de manifiesto a los interesados. El plazo durante el cual estos podrán formular alegaciones y aportar los documentos y pruebas que estimen pertinentes en defensa de sus derechos e intereses habrá de ser el de “diez días naturales”, establecido en el artículo 109.1, letras a) y b) del RGLCAP, y no el de “diez días hábiles” que, por error, se consigna en las resoluciones de inicio incorporadas al expediente que analizamos.

Finalmente, y puesto que la propuesta que examinamos guarda silencio sobre la competencia para acordar la resolución del contrato, hemos de poner de manifiesto que corresponde al órgano de contratación, a tenor de lo señalado en el artículo 194 de la LCSP, que, como hemos indicado, es el Director Gerente del ERA. No obstante, la resolución contractual no podrá declararse sin recabar antes la autorización del Consejo de Administración del organismo autónomo, atendida la cuantía del contrato y de conformidad con lo establecido en los artículos 45.3, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano, y 9, letra d), del Decreto 79/1994, de 13 de octubre, por el que se establece la Estructura Orgánica y Régimen de Funcionamiento del Organismo Autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias”.

TERCERA.- Sin perjuicio de lo expuesto en la consideración anterior, y en relación con el fondo de la cuestión planteada, hemos de indicar, en primer lugar, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

Las causas de resolución aplicables a los contratos de gestión de servicios públicos son las recogidas en el artículo 262 de la LCSP, sin perjuicio de la remisión de este precepto al artículo 206 del mismo cuerpo legal.

En el caso que analizamos, la causa de resolución aducida por la Administración consiste en la incursión sobrevenida del contratista en prohibición de contratar, al no encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social. Aunque la Administración reconoce que esta circunstancia no está establecida expresamente en los pliegos ni en el contrato como causa de resolución, según se expresa en el informe del Director Económico-Administrativo del organismo autónomo de fecha 11 de octubre de 2010, se aduce que la misma constituye un “incumplimiento de las obligaciones contractuales”, y que la cláusula 13 del pliego de las administrativas particulares, relativa a la ejecución del contrato, establece que “el contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud laboral”. Constatado el incumplimiento de esta obligación, entiende el órgano proponente que la estipulación séptima del contrato, en la que se faculta a la Administración para optar entre la resolución del mismo o la imposición de penalidades “en caso de incumplimiento por el adjudicatario de sus obligaciones contractuales”, autoriza a resolver el contrato en este caso concreto. Sin embargo, este Consejo no puede compartir tal parecer.

Los artículos 206 y 262 de la LCSP se refieren a las causas de resolución sin que entre ellas figure la prohibición de contratar, objeto del procedimiento que examinamos. Además, cuando el legislador ha considerado oportuno que una causa de prohibición de contratar constituya, asimismo, causa de resolución lo ha establecido expresamente, como sucede con “la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”, a la que aluden los artículos 49.1, letra b), y 206, letra b), de la LCSP.

Por otro lado, la incursión sobrevenida en causa de prohibición de contratar tampoco conlleva, como han señalado unánimemente la doctrina y el propio Consejo de Estado, una inhabilidad para actuar en el tráfico jurídico

determinante de incapacidad en los términos del artículo 206, letra a), de la LCSP.

Como ha puesto de manifiesto este Consejo en dictámenes anteriores, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, para que la Administración pueda ejercitar la potestad de resolver el contrato, que el incumplimiento del contratista afecte al contenido esencial del mismo y sea relevante. En otras palabras, aquel ha de conllevar, para adquirir virtualidad resolutoria, una “inobservancia total o esencial” del que constituye su objeto, de modo que, ante los graves y drásticos efectos que para el interés público acarrea la resolución, no basta cualquier incumplimiento contractual para que la Administración pueda ejercitar aquella potestad (por todas, Sentencias de 1 de octubre de 1999 y 14 de diciembre de 2001 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a-). A esta misma finalidad restrictiva responde la letra f) del artículo 206 de la LCSP, cuando señala que es causa de resolución contractual “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

Por su parte, el artículo 196.1 de la LCSP circunscribe la posibilidad de imponer penalidades por causa de incumplimiento en el “caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo” -excluyendo que cualquier clase de incumplimiento contractual ajeno a la correcta ejecución de la prestación que constituye su objeto, como sucede en este caso, pueda ser penalizado- o “para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 y 102.1”. Por ello, en casos como el que nos ocupa, en que no se han establecido compromisos o condiciones especiales de ejecución, únicamente si se ve afectada la correcta ejecución de las prestaciones esenciales que constituyen el objeto del contrato podrá ponderar la Administración si aquellos defectos son de tanta trascendencia que justifican la resolución o si, al contrario, procede la imposición de penalidades con la finalidad de forzar al cumplimiento contractual y salvaguardar un interés público que, en el caso extremo de llegar a la resolución, se vería gravemente afectado.

Por tales razones, la estipulación séptima del contrato no puede interpretarse en el sentido que la Administración pretende, ni mucho menos justificar la resolución propuesta.

En definitiva, en ausencia de una consignación expresa en los pliegos o en el contrato de la incursión sobrevenida en causa de prohibición de contratar como causa de resolución, que habilitaría a la Administración para ejercitar la potestad resolutoria en este supuesto, de conformidad con lo señalado en el artículo 206, letra h), de la LCSP, y a falta de la calificación de la obligación de estar al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social como “esencial”, según el artículo 206, letra f), del mismo texto legal, el contrato no puede resolverse.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución del contrato de gestión de cuatro plazas residenciales para personas mayores, sometido a nuestra consulta.”

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.