

Expediente Núm. 85/2013
Dictamen Núm. 103/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de mayo de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, y la abstención de don Fernando Ramón Fernández Noval en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, y en los artículos 14.2 y 30.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, al concurrir la causa prescrita en el artículo 28.2.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 29 de abril de 2013, examina el expediente

relativo a la resolución del contrato de prestación del servicio de alimentación para la Escuela Infantil de la Universidad de Oviedo, adjudicado a "X".

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de septiembre de 2011, se adjudica el contrato de prestación del servicio de alimentación para la Escuela Infantil de la Universidad de Oviedo, según se recoge en el documento contractual formalizado 1 de octubre de 2011, por un plazo de ejecución de dos años, a contar desde la fecha de formalización del contrato, prorrogable "por mutuo acuerdo entre las partes por un periodo máximo de un año", y por un precio total de ciento dieciocho mil ochocientos euros (118.800 €).

Obran incorporados al expediente los particulares relativos a la licitación, por el procedimiento abierto, del referido servicio. Entre ellos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (especificándose en la cláusula 26.1 ciertas causas resolutorias, "además de las previstas en los artículos 206 y 284 de la LCSP") y de prescripciones técnicas, el "certificado de seguro de caución" aportado por la adjudicataria "en concepto de garantía definitiva" por importe de 5.500 € y las resoluciones por las que se aprueba una revisión de precios (pactada en el contrato) y un gasto adicional para hacer frente al incremento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2. El día 4 de marzo de 2013, según se recoge en la propuesta de resolución del contrato, la Gerente de la Universidad de Oviedo informa que, como consecuencia de la situación económica actual y el recorte presupuestario, se ha acordado el cierre de la Escuela Infantil el próximo 31 de julio de 2013, fecha en la que cesará toda actividad en la misma y, por ende, devendrá innecesario el contrato de servicio de alimentación para los usuarios.

3. Mediante oficio de la Jefa del Servicio de Contratación y Patrimonio de la Universidad de Oviedo de 26 de marzo de 2013, se notifica a la adjudicataria “que se ha incoado expediente para una pretendida terminación anticipada del contrato (...) como resultado del cierre de la Escuela Infantil de la Universidad de Oviedo el próximo 31 de julio de 2013, recogido y aprobado en los Presupuestos de esta Universidad para el ejercicio 2013”.

En el mismo escrito se le indica que “el procedimiento se ha iniciado mediante propuesta de (la) Gerencia de la Universidad de fecha 11 de marzo de 2013, a partir de la cual se inicia el cómputo del plazo para resolver el procedimiento”. Igualmente, se le comunica el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo, abriéndose un trámite de audiencia.

4. El día 9 de abril de 2013, la contratista presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones dirigido a la Universidad “evacuando el trámite conferido en su escrito de fecha 26 de marzo”. En él manifiesta que la decisión adoptada “mediante propuesta de la Gerencia de la Universidad” ocasiona a la mercantil la “pérdida de los ingresos pactados correspondientes al mes de septiembre de 2013” y precisa que la adjudicataria del catering, “por efecto de la subrogación empresarial por la que se accedió obligatoriamente al citado servicio, tuvo que admitir como personal laboral (a) aquel que ya prestaba su actividad laboral en la Escuela Infantil de la Universidad de Oviedo”, lo que se concretó en la subrogación de la empresa en la relación de empleo de dos trabajadoras que se identifican, y cuya antigüedad se remonta al 1 de septiembre de 2001 y al “16 de abril de 2012” (*sic*). Entiende que es la Universidad la que “debe hacerse cargo de las consecuencias que se derivan de la decisión adoptada (...), tanto respecto a la continuación de la relación laboral (...) como de las posibles indemnizaciones y liquidaciones”.

Añade que la decisión de suprimir el servicio no encuentra “fundamento motivado”, y que en el procedimiento instruido al efecto “no se observan los requisitos legales previstos en los arts. 221, siguientes y concordantes del

TRLCSP (...), máxime cuando considera la contención del gasto como causa de fuerza mayor", lo que "derivaría en la nulidad de pleno derecho" de la resolución contractual.

5. Solicitado informe al Servicio Jurídico de la Universidad, la Vicesecretaria General informa, con fecha 18 de abril de 2013, que "sí concurre la causa de resolución alegada y que viene recogida en el artículo 206, apartado g), de la Ley 30/2007 (...), ya que al procederse al cese de la actividad de la Escuela Infantil a partir del 31 de julio de 2013 el objeto del contrato no se puede ejecutar a partir de dicha fecha".

6. Con fecha 19 de abril de 2013, la Jefa del Área de Servicios Universitarios formula propuesta de resolución. En ella, después de referirse a los antecedentes del caso y a la delegación de la competencia del Rector en el Gerente, considera que procede la resolución por "imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados", con "devolución de la garantía definitiva depositada para la formalización del (...) contrato administrativo, que asciende a 5.500,00 euros", y la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la "finalización anticipada del contrato sin causa imputable al contratista", que se cuantifican en "153,46 €, correspondiente al 3% del importe de la prestación dejada de realizar (una mensualidad del contrato)".

Igualmente, se propone "modificar la disposición del gasto final aprobada para el ejercicio 2013 (...), autorizando y disponiendo un gasto definitivo" ajustado a los importes pendientes de pago por el servicio de alimentación y la indemnización por finalización anticipada del contrato.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de abril de 2013, registrado de entrada el día 6 del mes siguiente, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta

preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de prestación del servicio de alimentación para la Escuela Infantil de la Universidad de Oviedo, adjuntando a tal fin 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 según 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.

Como ya tuvo ocasión de manifestar este Consejo en sus Dictámenes Núm. 103/2006 y 178/2006, dicha 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.

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, y en el artículo 109 de los Estatutos de la Universidad de Oviedo, esta se halla debidamente legitimada en cuanto autora de la Resolución objeto del procedimiento que ahora se examina.

TERCERA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo del 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 servicios calificado como tal conforme al artículo 10 de la misma Ley. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 19 de la LCSP, el régimen jurídico del contrato 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.

A tenor de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en las cláusulas del contrato suscrito entre las partes, este se regirá por las cláusulas del pliego, las del pliego de prescripciones técnicas y los anexos, y en todo lo no previsto en ellos se aplicarán los preceptos de la LCSP y del resto de normas complementarias en materia de contratación administrativa. Visto que el contrato analizado fue adjudicado el 29 de septiembre de 2011, ha de tenerse presente que el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa anterior. Ahora bien, para la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento, fecha en la que estaba ya vigente el TRLCSP.

En reiteración de lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, el pliego de cláusulas administrativas particulares determina que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

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 sujetarse a las normas procedimentales que lo disciplinan. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto del ejercicio por parte de la Administración de sus prerrogativas de resolución.

En este sentido, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente (el Gerente de la Universidad de Oviedo, por delegación del Rector -a quien se atribuye en el artículo 206 de los Estatutos de la Universidad-, en virtud de Resolución que se cita en la antefirma), el procedimiento ha sido instruido, en lo esencial, con arreglo a lo dispuesto en el vigente artículo 224.1 del TRLCSP 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. 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) informe del Servicio Jurídico, y c) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte de la contratista.

En el caso que analizamos se cumplen tales requisitos de procedimiento, pues, aunque se advierte una deficiente documentación de las actuaciones (no obran en el expediente la resolución de incoación, ni el previo informe del Gerente que la justifica, aunque sí su contenido), constan el puntual traslado al perjudicado de la decisión administrativa y su fundamentación, la oposición planteada por aquel y el informe del Servicio Jurídico de la Universidad.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de subrayar, en primer término, que, ante una circunstancia sobrevenida, 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 el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP limitándose el pliego de cláusulas administrativas particulares a especificar ciertas causas resolutorias, “además de las previstas en los artículos 206 y 284 de la LCSP” (cláusula 26.1).

La causa invocada por la Administración es la contemplada en el apartado g) del artículo 206 de la LCSP, que consagra la virtualidad resolutoria de la “imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (...)”, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”.

Para el correcto entendimiento de esta causa resolutoria es preciso situarla en su contexto, toda vez que se introduce en nuestro ordenamiento por la disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y está destinada a operar “cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”; con anterioridad, el desistimiento unilateral de la Administración era el medio empleado en la práctica para aquellos supuestos en que la modificación del contrato entrañaba una variación de tal transcendencia que exigía acudir a una nueva contratación. No podemos soslayar que, en virtud de la misma reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible, se añaden dos nuevos párrafos al artículo 208 de las LCSP, en los que se establece que, cuando “la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 206, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista” -apartado 5-, y que, al “tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 206, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución” -apartado 6-. La propia exposición de motivos de la reiterada Ley 2/2011 resulta ilustrativa acerca de la justificación de la modificación normativa acorde

con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y “teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato”.

La estrecha vinculación que existe entre el hecho de que se introduzca esta causa de resolución y las severas restricciones a que se sujetan las modificaciones contractuales la pone también de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible, en el que califica la novedosa causa de resolución de “contrapartida” al nuevo régimen que la Ley establece en “la modificación contractual”.

En síntesis, la nueva causa resolutoria, a diferencia del desistimiento de la Administración, está llamada a operar cuando se pretenda la modificación del contrato y esta no pueda realizarse por afectar a sus elementos esenciales; presupone la subsistencia de la necesidad de aquel -si bien, alterado en su misma esencia-, pues el legislador se refiere singularmente al “procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato”, y comporta una indemnización al contratista notoriamente inferior a la que la propia LCSP liga al desistimiento.

Sentado esto, debe concluirse que el elemento diferenciador entre una y otra causa resolutoria viene marcado por la necesidad o conveniencia de que la prestación contratada se mantenga. Si el contrato deviene innecesario la Administración debe acudir al desistimiento, y no puede -lícitamente- iniciar un nuevo procedimiento de contratación mientras persistan las razones de interés público que justifican la resolución contractual. En cambio, si la prestación del servicio sigue siendo necesaria la Administración debe acudir a la resolución por imposibilidad material de ejecución y de modificación del contrato, con los efectos propios de esta novedosa figura.

En torno a los diferentes efectos que surten una y otra causa -la distinta cuantía resarcitoria (el 10% frente al 3%)-, ha de repararse en que el

desistimiento de la Administración impide que se pueda abrir una licitación con el mismo objeto, de modo que el contratista se ve privado de su derecho a cumplir lo pactado, sin expectativa alguna; en cambio, en el supuesto de imposibilidad de modificación y de ejecución el mismo interés público que justifica la resolución fundamenta también el inicio de un nuevo procedimiento para la adjudicación de un contrato con el mismo objeto -sin perjuicio de que aparezca alterado más allá de los límites que autorizan la modificación contractual-, por lo que nada impide al contratista tomar parte en el inminente procedimiento de licitación. Se impone, por ello, una separación nítida entre unos y otros supuestos, debiendo reducirse estrictamente los de imposibilidad de ejecución a aquellos casos en que subsistan la necesidad y la voluntad de contratar.

En el asunto sometido a nuestra consideración, la imposibilidad de ejecución que la Administración esgrime es el “cierre de la Escuela Infantil de la Universidad de Oviedo el próximo 31 de julio de 2013, recogido y aprobado en los Presupuestos de esta Universidad para el ejercicio 2013”, de lo que resulta objetivamente que la prestación del servicio de alimentación deviene inútil e innecesaria, pues se suprime de plano, sin que se plantee su mantenimiento modificado o alterado. Por su parte, la adjudicataria manifiesta que la decisión administrativa no encuentra “fundamento motivado”, por cuanto no cabe elevar “la contención del gasto” a la categoría de “fuerza mayor”, con lo que parece rebatir la invocada imposibilidad de ejecución, dejando incólume la opción de desistimiento unilateral. Al respecto, ha de advertirse, a la luz de lo actuado, que la Administración universitaria se ajusta a las previsiones legales al suprimir el ya citado servicio de alimentación, consecuencia de la supresión del servicio de guardería infantil, de modo que la justificación razonada necesaria en la resolución anticipada del contrato -como toda decisión administrativa- ha de reputarse como suficiente a estos efectos -por concurrir causas económicas, atendibles y conocidas que han llevado a la supresión del servicio en el que materialmente se desenvolvía la prestación de la contratista-; pero, de

conformidad con lo razonado, la causa resolutoria no puede ser la invocada por la Administración universitaria -sino el desistimiento- cuando el contrato deviene innecesario y no cabe licitar nuevamente la prestación en que consiste.

En lo que atañe a los efectos de la resolución contractual, la propuesta sometida a nuestro dictamen acude a lo establecido en el apartado 5 del artículo 208 de la LSCP para los supuestos de imposibilidad de modificación y ejecución, donde se establece que el contratista “tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar”. Sentado que no procede la resolución por tal imposibilidad, sino por desistimiento, es claro que el resarcimiento habrá de ser el dispuesto en el artículo 285.3 de la LCSP, que señala, para estos supuestos, que “el contratista tendrá derecho al 10% del precio de los (...) trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”; de lo que se deduce que -a diferencia de lo que ocurre con la regla del artículo 208- no estamos ante una cláusula liquidadora del daño y sustitutiva de su directa valoración, sino ante una cuantificación del beneficio industrial que no excluye la indemnización por otros conceptos.

La mercantil, en su escrito de alegaciones, reclama, en concepto de daños y perjuicios, los “ingresos pactados correspondientes al mes de septiembre de 2013”, y traslada a la Universidad las futuras y eventuales indemnizaciones derivadas del hipotético despido de las trabajadoras que se ocupan del servicio de alimentación, so pretexto de que, “por efecto de la subrogación empresarial por la que se accedió obligatoriamente al citado servicio, tuvo que admitir como personal laboral (a) aquel que ya prestaba su actividad (...) en la Escuela Infantil” (si bien, salvo error en las fechas, solo se subrogó una de las trabajadoras).

En relación con los ingresos dejados de percibir, es claro que estos no pueden reclamarse como si se tratara de beneficios netos, debiendo acudir a la mencionada regla del artículo 285.3 de la LCSP.

Respecto a las eventuales indemnizaciones por despido, debe puntualizarse *prima facie* -sin perjuicio de que no representan ahora un daño, al depender de una ulterior decisión empresarial- que el titular de las relaciones laborales es la empresa y no la Universidad, y que, sin entrar en otras consideraciones, se desconoce *a priori* en qué pueda incrementarse la indemnización a los trabajadores por una decisión administrativa que pone término anticipado al servicio, dado que tal compensación solo podría ser más elevada de extinguirse la relación laboral, de conformidad con lo inicialmente acordado, dos meses después. En cualquier caso, aislada la posición de la adjudicataria en sus justos términos, debe señalarse que estamos ante meras hipótesis acerca de posibles daños inexistentes en la fase en la que nos encontramos, y que por tanto no pueden ser aún objeto de análisis y examen.

De acuerdo con lo razonado, no se estima ajustada a derecho la indemnización propuesta por la Universidad -"153,46 €, correspondiente al 3% del importe de la prestación dejada de realizar (una mensualidad del contrato)"-, toda vez que el resarcimiento habrá de ser, al menos, del 10% de los trabajos pendientes de realizar; aunque sí se revela adecuado el referente temporal adoptado (la mensualidad), ya que solo restaría la correspondiente a septiembre de 2013 (en agosto el servicio no se presta), y la eventual prórroga del contrato queda supeditada al "mutuo acuerdo de las partes".

Respecto a la "devolución de la garantía definitiva depositada", a la que se alude en la propuesta de resolución, es evidente que se refiere a la correspondiente autorización para que se cancele el seguro de caución aportado en aquel concepto por la adjudicataria.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución, por imposibilidad de ejecución, del contrato de prestación del servicio de alimentación para la Escuela Infantil de la

Universidad de Oviedo, adjudicado a, y sí por desistimiento unilateral, 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.