

Expediente Núm. 206/2015
Dictamen Núm. 205/2015

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 19 de noviembre de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 6 de noviembre de 2015 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de prestación del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal del Ayuntamiento de Gijón de 11 de noviembre de 2014, se adjudica el contrato del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales a la empresa “X”.

El día 9 de diciembre de 2014 se formaliza el contrato en documento administrativo, y en él se reflejan tanto el compromiso de ejecución del servicio “con estricta sujeción a la documentación contenida en el expediente de razón, así como demás condiciones de la oferta”, como la conformidad del contratista a los pliegos aprobados para regir la contratación. Consta también en el citado documento que el adjudicatario ha constituido, en metálico, garantía definitiva por importe de 5.057 €, y que el plazo de ejecución se extenderá desde el 1 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2016.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación.

La cláusula 14 del pliego de las administrativas particulares, dedicada a la “ejecución”, establece en el apartado 11, bajo el título “infracciones y sanciones”, que “las infracciones en que pueda incurrir el adjudicatario de la prestación de los servicios se calificarán de leves, graves y muy graves”, especificándose a continuación el catálogo de incumplimientos. Entre otras, considera como infracción “leve” el “retraso menor o igual a media hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria (...), incluidos sus trabajadores”, y como infracciones “graves” el “retraso mayor a 1 hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria (...), incluidos sus trabajadores”; “no comunicar de forma inmediata al Patronato los supuestos en que por emergencias empresariales u otros motivos análogos no pueda realizarse el servicio en las condiciones previstas en estos pliegos de condiciones” y la “comisión de dos o más faltas leves en el plazo de un semestre”. Asimismo, califica como infracción “muy grave” la “comisión de dos o más faltas graves en el plazo de un semestre”. Seguidamente, se expresa que “las sanciones que podrá imponer la Corporación al contratista, previa audiencia, serán las siguientes: / a) Por la comisión de infracciones calificadas como muy graves, multas de 6.000,01 a

12.000,00 euros. La comisión de infracciones muy graves podrá ser sancionada con la rescisión del contrato, incautación de la garantía definitiva depositada e indemnización de los daños y perjuicios./ b) Por la comisión de infracciones calificadas como graves, multas de 3.000,01 a 6.000,00 euros. La comisión de cinco infracciones graves podrá ser sancionada con la rescisión del contrato, incautación de garantía definitiva o indemnización de daños y perjuicios./ c) Por la comisión de infracciones calificadas como leves, multa de 300,00 a 3.000,00 euros”.

La cláusula 17, relativa a la resolución del contrato, señala que “son causas de resolución, además de las previstas en el artículo 223 del TRLCSP:/ a) La suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo./ b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración./ c) Modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio del contrato con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido o representen una alteración sustancial del mismo”.

En el pliego de prescripciones técnicas, la cláusula 4 establece que “la entidad adjudicataria nombrará un coordinador que deberá estar en posesión de la titulación mínima de Diplomado en Educación Física y que será el único interlocutor válido entre el adjudicatario y el Patronato Deportivo Municipal. A través de este interlocutor se canalizarán las incidencias de toda clase que surjan en el desarrollo de la prestación (...). Todo el personal adscrito a la prestación del contrato propuesto deberá estar contratado según las condiciones establecidas en la legislación socio-laboral vigente, cumpliéndose como mínimo las condiciones económicas del convenio que resulte aplicable de acuerdo a la cualificación técnica del profesor./ El personal técnico encargado de la ejecución de los cursos deberá estar en posesión de la titulación técnica exigible para cada modalidad deportiva y nivel del curso a impartir, acreditando

la misma (...). El adjudicatario está obligado a presentar antes del comienzo de cada ciclo de actividades, o cuando lo solicite el Patronato Municipal de Deportes:/ Plantilla contratada./ Contrato de trabajo./ Denominación y funciones del puesto./ Jornada semanal total, desglosando claramente la jornada diaria./ Nombre, apellidos y NIF de la persona que ocupe el puesto./ Acreditación de su titulación o capacitación profesional para el desempeño del puesto./ La empresa procederá a la sustitución inmediata de las bajas laborales que pudieran producirse. Siempre que se produzca un cambio en las personas que desarrollan sus funciones en el presente servicio deberá notificarse y presentar las titulaciones de los sustitutos al Patronato Municipal de Deportes./ La empresa procederá a la sustitución inmediata de las bajas laborales que pudieran producirse por cualquier causa; y en el supuesto de suspensión de una clase se adoptarán las medidas tendentes a su recuperación con el objeto de salvaguardar los intereses de los participantes”.

3. Previa propuesta de resolución, suscrita el 21 de agosto de 2015 por la Jefa de la División de Promoción Deportiva, con el visto bueno del Director del Patronato Deportivo Municipal, el Presidente del citado organismo acuerda, en la misma fecha, “incoar nuevo procedimiento para acordar la resolución del contrato del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales”, tras declarar la caducidad del anterior procedimiento instruido con idéntico fin. Asimismo, acuerda otorgar audiencia al contratista.

La resolución fundamenta la incoación del expediente de resolución contractual en “los incumplimientos a los que se hace referencia en el informe de la Directora de Programas de la División de Promoción Deportiva y responsable del contrato, que se transcribe en el apartado tercero de la presente resolución”.

Según el citado informe, suscrito el 19 de marzo de 2015, el “7 de enero de 2015 se comienza a ejecutar el servicio, y durante la prestación del mismo

se ha advertido el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista que se detallan a continuación:/ 8 de enero de 2015: el monitor titular de los cursos de tenis del C. D. El Llano-Contrueces (que identifica por su nombre y apellidos) no se presenta a dar clase informando al Patronato Deportivo Municipal de la situación el personal encargado de la instalación. Seguidamente se presenta una monitora en sustitución del monitor titular. Se avisa al contratista y dicen no saber nada del asunto y confirman que esa monitora no tiene en ese momento ninguna relación laboral con la empresa. El contratista se pone en contacto con el monitor titular de la actividad y nos comunican que está dando clase mientras que el personal de control de acceso a la instalación afirma que no es cierto. Hay alumnos que se ofrecieron a corroborar la versión del personal de acceso ante la inverosímil insistencia del monitor diciendo que estaba dando clase. También se habló con la monitora (a la que identifica por su nombre y apellido) y efectivamente reconoció estar en la instalación./ 13 de enero y 5 de febrero: el personal del control de acceso informa al Patronato Deportivo que uno de los monitores, concretamente (la identificada) monitora de tenis llega reiteradamente tarde, generando quejas de los alumnos porque tras el incidente del 8 de enero se tomó la determinación de no dejar entrar en las pistas a los alumnos de los cursos sin estar presente el monitor, lo que hace que tengan que esperar en recepción, generando cierto malestar./ 11, 12 y 16 de febrero: un monitor se lesiona y el contratista no encuentra sustituto con la titulación necesaria, no prestándose el servicio el 11, 12 y 16 de febrero". Seguidamente detalla las clases afectadas, que son cuatro de pádel el día 12 de febrero, tres de tenis niños los días 11 y 16 de febrero y dos de tenis adultos los días 11 y 16 de febrero.

4. El día 24 de agosto de 2015, el Presidente del Patronato Deportivo Municipal, a propuesta de su Director, acuerda "iniciar procedimiento para determinar, en su caso, los daños y perjuicios ocasionados" y conceder al contratista un "plazo

de diez días naturales” para que “pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

5. Con fecha 4 de septiembre de 2015, la Jefa de la División de Promoción Deportiva informa que “se comprueba que en la temporada que ha prestado servicios la adjudicataria existe una leve bajada de los ingresos del 6,96%, si bien no puede correlacionarse (...) íntegramente a la actuación de la adjudicataria, en cuanto en determinados cursos todas las plazas están ocupadas y sigue habiendo personas en reserva./ Dejar constancia (...) que las actuaciones de la adjudicataria han supuesto un considerable aumento del trabajo administrativo, si bien este es difícil de demostrar y cuantificar”. Concluye que “no queda acreditada la certeza y alcance de los daños y perjuicios irrogados por (la empresa contratista) en la prestación del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales y por tanto la adjudicataria no deberá indemnizar a esta Administración”.

6. El día 11 de septiembre de 2015, la representante de la empresa contratista presenta un escrito de alegaciones en el registro municipal. En él señala que “vuelve a hacer uso de su derecho de alegaciones en los mismos términos en los que recurrió el primer expediente”, por lo que “se centra en cada uno de los puntos indicados en el informe recibido por el Patronato”.

Considera que “el proyecto se está desarrollando con total normalidad”. En este sentido, significa que “la única amonestación escrita que la empresa ha recibido hasta la fecha es el informe de referencia, sin que previamente se haya comunicado oficialmente a la empresa amonestación alguna, ni leve ni de ningún otro tipo”.

Respecto al hecho de que el monitor de tenis no se haya presentado el primer día del curso y lo haya sustituido otra persona sin vinculación con la empresa adjudicataria, reitera que aquel “insiste en su presencia en la

instalación. De todas formas, sin poner en duda la palabra del personal encargado de la instalación El Llano-Contrueces, queremos matizar que esa supuesta sustitución, no confirmada a la empresa y, por tanto, no comunicada al Patronato en tiempo y forma, fue realizada por una monitora dada de alta en el régimen de autónomos con la que la empresa ya había contactado antes del inicio del contrato para su incorporación cuando fuera posible, por lo que no se ha cometido ninguna negligencia de las leyes de régimen laboral”.

En cuanto a las reiteradas faltas de puntualidad de la monitora de tenis, indica que “la incidencia recogida en el escrito no especifica ni el monitor a que se refiere ni la instalación, por lo que es imposible determinar a qué monitor se está refiriendo. De todos modos, la única evidencia que tenemos en este sentido es una comunicación telefónica de la Directora de Programas del (Patronato Deportivo Municipal), no por escrito, en (la) que se nos indica que una monitora ha llegado tarde. Tras contactar con ella para corroborar dicha información se nos responde que el retraso solo ha sido puntual, por un problema a la hora de encontrar aparcamiento y que, por tanto, en ningún caso son reiterados los retrasos. Además, la monitora añade que el retraso fue de apenas 5 minutos y que dicho retraso se recuperó al término de la misma clase, al estar de acuerdo los usuarios”. Al objeto de “corroborar esta versión” propone el testimonio de dos alumnas, a las que identifica por sus nombres y documentos nacionales de identidad, “con quien ha hablado la coordinadora y quienes aseguran que este retraso ha sido solo puntual y que se han recuperado esos 5 minutos al final de la clase, manifestando además su satisfacción con el servicio prestado por la monitora. Las usuarias se han brindado a corroborar esta opinión al Patronato si desea ponerse en contacto con ellas”.

Sobre la baja por lesión que no ha sido sustituida, afirma que “el monitor lesionado tenía varias clases seguidas y en la bolsa de monitores que tiene la empresa ninguno podía cubrir sus horas. La opción que se planteó a la Directora de Programas del (Patronato Deportivo Municipal) es que estos

grupos fueran asumidos por otros monitores que a la misma hora y en la misma instalación deportiva impartían clase de la misma especialidad deportiva; opción que la Directora de Programas aceptó en su momento, ya que además dichas clases coincidían con la semana de Carnaval, en la que el volumen de usuarios es menor. Además, tras la incorporación del monitor dichas horas fueron recuperadas en el trimestre en curso, ya que, como indica el pliego de condiciones, se tienen que recuperar el 75% de las clases perdidas en cada trimestre, todo ello con el beneplácito de los usuarios”.

Manifiesta que “el informe del Patronato Deportivo Municipal no hace referencia a más incidencias concretas. De todos modos, la empresa quiere hacer una valoración del desarrollo del contrato desde el último día de incidencia reflejado en el escrito, es decir, el 16 de febrero, hasta la actualidad. En este sentido, tenemos que decir que el proyecto se ha desarrollado con total normalidad, sin apenas incidencias y sin anulación de clases, salvo las que por exigencia de la meteorología no han podido celebrarse. Incluso en esas circunstancias de lluvia los monitores acuden a su puesto de trabajo, tal y como se había hablado con la Directora de Programas (...) al inicio del contrato. Señala que “a estas alturas, una vez finalizado el curso, la empresa está en condiciones de afirmar que los usuarios están satisfechos con los servicios prestados” y que “las únicas quejas que nos han llegado hacen referencia a la escasa y mala calidad del material para las clases, responsabilidad que depende exclusivamente del Patronato”. Facilita el nombre y el documento nacional de identidad de tres usuarios “que nos han autorizado a que el Patronato contacte con ellos para conocer su opinión sobre el trabajo de la empresa”.

Indica que “la comunicación entre la coordinadora de la empresa y la Directora de Programas (...) ha sido lo más asidua posible, existiendo correos electrónicos y llamadas de teléfono todas las semanas. En esas comunicaciones nunca se nos ha pedido ni por *e-mail* ni por teléfono la sustitución de algún monitor por no hacer bien su trabajo. Solo en una ocasión, al inicio del contrato, se nos comunicó una queja de algún usuario respecto a una monitora

concreta. La empresa preguntó si era necesaria su sustitución y la respuesta de la Directora de Programas fue que no, que diéramos un poco de tiempo para ver si la situación cambiaba. Desde entonces hasta ahora no se han vuelto a tener noticias negativas sobre esta monitora, pese a que se le ha hecho un seguimiento exhaustivo y se le ha preguntado por el caso concretamente a nuestra interlocutora” en el Patronato.

Finalmente, solicita “la no resolución del contrato anteriormente descrito y que se permita (...) la finalización del mismo”.

7. Previa petición del Director del Patronato Deportivo Municipal de 16 de septiembre de 2015, la Viceinterventora municipal informa, el día 15 del mes siguiente, “favorablemente el acuerdo para incoar la resolución del contrato formalizado” con la empresa contratista.

8. Mediante Resolución del Presidente del Patronato Deportivo Municipal de 23 de octubre de 2015, dictada a propuesta de la Secretaria Técnica, con el visto bueno de su Director, se acuerda “declarar, por persistir su vigencia fáctica y jurídica, la conservación e incorporación a este expediente de los informes del expediente de resolución del contrato del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales iniciado por Resolución de la Presidencia de fecha 13 de abril de 2015”, concretamente de los “de 1 de junio de 2015 de la Directora de Programas de la División de Promoción Deportiva, de 10 de junio de 2015 de la Jefa de la División de Promoción Deportiva y de 23 de junio de 2015 de la Vicesecretaria General”.

Asimismo, se acuerda “suspender el plazo para resolver el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato (...) por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos”.

9. En el primero de aquellos informes, suscrito el 1 de junio de 2015 por la Directora de Programas de la División de Promoción Deportiva, se analizan las alegaciones contenidas en el escrito de oposición que la empresa contratista presentó ante el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual que resultó caducado.

Por lo que se refiere a la sustitución de un monitor de tenis que no se presenta a dar la clase por una monitora sin relación laboral con la empresa, destaca que la representante de la adjudicataria "reconoce que la sustitución del monitor no fue comunicada en tiempo y forma y fue realizada con personal que, a pesar de estar dado de alta en el régimen de autónomos, no tenía relación contractual con el contratista, incurriendo por tanto en una falta grave tipificada como tal en la cláusula 14.11 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) que rigen el contrato, al `no comunicar de forma inmediata al Patronato los supuestos en que por emergencias empresariales u otros motivos análogos no pueda realizarse el servicio en las condiciones previstas en estos pliegos´".

Respecto a los retrasos continuos en el inicio de la clase por parte de una monitora, manifiesta que "queda acreditado que se ha producido un retraso en el comienzo de la clase que no es puntual, sino que se produce reiteradamente, como se hace constar en el informe de la Directora de Programas y el Jefe de la División de Instalaciones, basado (...) a su vez en los informes del personal responsable del contrato, incurriendo por tanto en una falta grave (...), tipificada como tal en la cláusula 14.11 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) que rigen el contrato, por `la comisión de dos o más faltas leves en el plazo de un semestre´, por retraso menor o igual a media hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria (...), o a sus trabajadores".

En cuanto a la falta de sustitución de un monitor que se encuentra de baja, afirma que "queda acreditado que uno de los monitores que (...) estaba dando clase a otros alumnos asumió los alumnos del monitor titular y lesionado,

no cumpliendo con las obligaciones que debe cumplir el empresario según lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas, `la empresa procederá a la sustitución inmediata de las bajas laborales que pudieran producirse´. Y aunque se informó al Patronato Deportivo Municipal de la situación y (...) se hayan recuperado las clases en el trimestre se ha incurrido en una falta grave, tipificada como tal en la cláusula 14.11 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, `retraso mayor a 1 hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria (...), incluidos sus trabajadores´, cometiéndose dicha falta en las 9 clases programadas para los días 11, 12 y 16 de febrero de 2015, que son las que se detallan”.

Concluye que “queda acreditado” que la contratista “ha incurrido en `dos o más faltas graves en el plazo de un semestre´, por lo tanto se califica como falta muy grave de conformidad con lo establecido en la cláusula 14.11 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato”, y a tenor de lo dispuesto en “dicha cláusula las sanciones que podrá imponer la Corporación al contratista, previa audiencia, serán multas de 6.000,01 a 12.000,00 euros y podrá ser sancionada con la rescisión del contrato, incautación de la garantía definitiva depositada e indemnización de los daños y perjuicios./ Vistas las alegaciones presentadas por el adjudicatario, las infracciones en las que ha incurrido el contratista en la ejecución del servicio y en atención a las desfavorables consecuencias que para el interés general podría tener la continuidad de la prestación con el actual adjudicatario se propone continuar con el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato (...), lo que conllevaría la correspondiente incautación de la garantía y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere y no fuese suficiente la citada garantía”.

10. En el informe firmado por la Jefa de la División de Promoción Deportiva del Patronato Deportivo Municipal el 10 de junio de 2015 se recogen, como incumplimientos de la empresa considerados como infracciones graves, los

siguientes: “no comunicar de forma inmediata al Patronato los supuestos en que por emergencias empresariales u otros motivos análogos no pueda realizarse el servicio en las condiciones previstas en estos pliegos de condiciones. Este tipo de infracción se cometió el día 8 de enero de 2015 (...). La comisión de dos o más faltas leves en el plazo de un semestre, como ha sido el retraso menor o igual a media hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria (...), incluidos sus trabajadores, entre otros, los días 13 de enero y 5 de febrero (...). Retraso mayor a 1 hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria del servicio, incluidos sus trabajadores, cometiéndose dicha falta en las 9 clases programadas para los días 11, 12 y 16 de febrero de 2015 (...). Visto lo anterior queda acreditada la comisión de una falta muy grave que, según lo establecido en la misma cláusula 14.11 del (pliego de las administrativas particulares), se produce con `la comisión de dos o más faltas graves en el plazo de un semestre´”.

Concluye que “existe causa justificada y acreditada de resolución del contrato, toda vez que el contratista (...) ha incurrido en causa de resolución del contrato en los términos del art. 223, letra h), del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y las cláusulas 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 4 del pliego de prescripciones técnicas”.

En cuanto a los efectos de la resolución, señala que “como consecuencia de tal incumplimiento contractual procederá también la incautación de la garantía definitiva por importe de cinco mil cincuenta y siete euros (5.057,00 €), constituida en metálico mediante transferencia bancaria, según se acredita en el expediente. En este sentido, procederá incoar procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contratista. A mayor abundamiento, la cláusula 14.11 del pliego de condiciones administrativas particulares también permite a la Corporación, previa audiencia del contratista, la imposición de multas en el caso de infracciones muy graves, como son circunstancias infractoras que según el ordenamiento jurídico puedan

dar lugar a la resolución del contrato administrativo por incumplimiento del contratista. Deberá incoarse procedimiento para imponer sanción en los términos expuestos, previa audiencia del contratista, porque en la Resolución de la Presidencia de 13 de abril de 2015 se incoaba procedimiento de resolución del contrato pero nada se decía de (...) incoar un procedimiento sancionador”.

11. El último de los informes que se incorpora al expediente es el suscrito por la Vicesecretaria General del Ayuntamiento de Gijón el 23 de junio de 2015, y se muestra favorable a la resolución contractual.

12. El día 4 de noviembre de 2015, la Directora de Programas y la Jefa de la División de Promoción Deportiva firman conjuntamente un informe en el que se recoge que el contratista “propone realizar una prueba testifical” en cuanto a “las incidencias de fecha 13 de enero y 5 de febrero de 2015”. Consideran que “esta debe rechazarse, ya que (...) es innecesaria, en tanto la adjudicataria está admitiendo que ese retraso se produjo, `la monitora añade que el retraso fue de apenas 5 minutos´, y únicamente propone la realización de la prueba testifical para `corroborar esta versión´”. Señalan que “a mayor abundamiento procede rechazar la prueba testifical propuesta por la adjudicataria, ya que, aun no teniendo en cuenta dichas incidencias (...), habría quedado acreditada la comisión de las siguientes infracciones:/ 1) Infracción grave: no comunicar de forma inmediata al Patronato los supuesto en que por emergencias empresariales u otros motivos análogos, no pueda realizarse el servicio en las condiciones previstas en estos pliegos de condiciones. Este tipo de infracción se cometió el día 8 de enero de 2015./ 2) Infracción grave: retraso mayor a 1 hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria del servicio, incluidos sus trabajadores, cometiéndose dicha falta en las 9 clases programadas para los días 11,12 y 16 de febrero de 2015”.

Entienden que “procede rechazar la prueba testifical propuesta por la adjudicataria por innecesaria”, dado que “aun no teniendo en cuenta las

incidencias de fecha 13 de enero y 5 de febrero de 2015 queda acreditada la comisión de una falta muy grave que, según lo establecido en la misma cláusula 14.11 del (pliego de las administrativas particulares), se produce `con la comisión de dos o más faltas graves en el plazo de un semestre`”.

13. Con fecha 6 de noviembre de 2015, la Jefa de la División de Promoción Deportiva, con el visto bueno del Director del Patronato Deportivo Municipal, formula propuesta de resolución favorable a la resolución contractual. En ella propone “desestimar (...) las alegaciones presentadas” por la contratista; “rechazar (...) la realización de la prueba testifical propuesta (...); resolver (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 223.h) del TRLCSP, el contrato de prestación del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta: bádminton, pádel, tenis y squash, en las instalaciones deportivas municipales de Gijón 2015-2016”, y “acordar (...) la devolución de la garantía constituida” por la adjudicataria en “la Tesorería de este Patronato, en metálico, por importe de 5.057 euros”.

Explica que, “considerando las obligaciones que aceptó incondicionalmente el contratista (...) y los incumplimientos a los que se hace referencia en el informe de la Directora de Programas de la División de Promoción Deportiva y responsable del contrato, resulta de aplicación lo dispuesto en la cláusula 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...), apartado undécimo, donde se recogen las infracciones en que pueda incurrir el adjudicatario de la prestación de los servicios (...). De estas infracciones son de aplicación para el presente caso las siguientes:/ 1) Infracción grave: no comunicar de forma inmediata al Patronato los supuestos en que por emergencias empresariales u otros motivos análogos no pueda realizarse el servicio en las condiciones previstas en estos pliegos de condiciones. Este tipo de infracción se cometió el día 8 de enero de 2015./ 2) Infracción grave: la comisión de dos o más faltas leves en el plazo de un semestre, como ha sido el retraso menor o igual a media hora en la prestación

de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria (...), incluidos sus trabajadores, entre otros los días 13 de enero y 5 de febrero./ 3) Infracción grave: retraso mayor a 1 hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria del servicio, incluidos sus trabajadores, cometiéndose dicha falta en las 9 clases programadas para los días 11, 12 y 16 de febrero de 2015./ Visto lo anterior queda acreditada la comisión de una falta muy grave que, según lo establecido en la misma cláusula 14.11 del (pliego de las administrativas particulares), se produce con `la comisión de dos o más faltas graves en el plazo de un semestre´. Añade que "las sanciones previstas para las infracciones muy graves (...) son multas de 6.000,01 a 12.000,00 euros. La comisión de infracciones muy graves podrá ser sancionada también con la rescisión del contrato, incautación de la garantía definitiva depositada e indemnización de los daños y perjuicios".

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de noviembre de 2015, esa Alcaldía 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 impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales, adjuntando a tal fin el expediente original.

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 de la Alcaldía del

Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con la normativa mencionada, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”, que consta en este caso.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de servicios.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -11 de noviembre de 2014-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19.2 del TRLCSP, el establecido en la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta 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”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, 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 señalados en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y en el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. 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 la garantía definitiva se ha constituido mediante aval o contrato de seguro y se propone su incautación, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este no sea preciso atendida la causa resolutoria. Además, considerando que se trata de una entidad local, según establece el artículo 114 del TRRL, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En el asunto sometido a nuestra consideración se ha dado audiencia a la empresa adjudicataria y, no proponiéndose la incautación de la fianza definitiva -constituida además en metálico-, no resulta necesario otorgarla a terceros. Ahora bien, observamos que este trámite se evacúa prematuramente. La audiencia se concede con carácter previo a la resolución por la que se acuerda la conservación de los informes técnicos emitidos durante la tramitación de otro procedimiento instruido con la misma finalidad y que resultó caducado; por tanto, antes de que aquellos se incorporen al expediente ahora tramitado. Sin embargo, estimamos que el carácter prematuro de la audiencia concedida no

genera indefensión alguna al contratista, puesto que aquel se manifiesta en su escrito de alegaciones sobre todos los puntos controvertidos que constituyen el fondo del presente expediente, sin que ninguno de los informes referidos aporte nada sustancial al mismo.

Debemos advertir también que el informe emitido el 19 de marzo de 2015 por la Directora de Programas de la División de Promoción Deportiva -que se transcribe en el antecedente tercero de la resolución del Presidente del Patronato Deportivo Municipal por la que se acuerda incoar el expediente de resolución contractual, donde se identifica como fecha de emisión del mismo el 19 de febrero de 2015, lo que sin duda supone un mero error de hecho- no consta incorporado al expediente de forma expresa. No obstante, dado que su transcripción se realiza de forma completa en la resolución de inicio y el contratista formula alegaciones a su contenido, entendemos que tal defecto no adquiere especial trascendencia.

Por último, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato. Los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al "órgano de contratación". La adjudicación objeto de este expediente fue acordada por la Presidencia del Patronato Deportivo Municipal, por lo que será esta quien deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento que ahora analizamos.

En cuanto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, apreciamos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Presidencia de 21 de agosto de 2015, en la fecha de emisión de este dictamen estaría próximo a transcurrir el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª, y de 9 de septiembre de 2009

-ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, entre otras). De la documentación remitida se desprende que la Administración, mediante resolución del Presidente del Patronato Deportivo Municipal de 23 de octubre de 2015, ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC. No obstante, a pesar de que la propia resolución citada recoge que las fechas de petición y de recepción del dictamen deberán “comunicarse a los interesados”, no consta en el expediente que tal comunicación se haya cursado al contratista.

Como señalamos en nuestro Dictamen Núm. 161/2015, “la cuestión del cómputo de los plazos de suspensión en el supuesto de solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, y, más concretamente, la determinación del *dies a quo*, constituye una cuestión controvertida sobre la que no existe un criterio jurisprudencial claramente definido ni unanimidad doctrinal”. Explicamos entonces que la tesis sostenida por la mayoría de los órganos consultivos consiste en entender que “el *dies a quo* de tal plazo corresponde al día de la ‘petición’ del informe o dictamen”, posicionándonos nosotros con aquellos que identifican ese momento con el de “la fecha del registro de salida del órgano peticionario del informe”; postura mantenida también por el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de junio de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:3683-, Sección 7.ª. Con independencia de lo señalado, advertimos en el dictamen citado que la comunicación al interesado del momento en el que se inicia el cómputo del plazo de suspensión “constituye un requisito esencial” sin el cual aquella “no puede entenderse válidamente producida”. Explicamos que “la Administración no cumple con su obligación limitándose a comunicar a los interesados la causa de las suspensiones de plazo que pudiera acordar, sino que también ha de informarles de las fechas en que se suspende y reanuda el cómputo del plazo máximo para resolver y notificar. Solo así dispondrán

aquellos de la información precisa para poder cuestionar en la vía que resulte procedente la validez de las correspondientes resoluciones”.

A la vista de ello, la Administración consultante deberá verificar en el momento de recepción del presente dictamen si efectivamente ha cumplido con el deber de notificar al interesado la fecha en que la suspensión produce efectos. Si no ha observado tal deber habrá de proceder a la declaración de terminación del procedimiento por caducidad conforme a lo señalado en el artículo 42.1 de la LRJPAC. Todo ello sin perjuicio de que, declarada la caducidad, pueda acordar la iniciación de un nuevo procedimiento resolutorio en el que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites de aquel que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, quede constancia de la situación de incumplimiento a la fecha en que se instruya, y en el que, previa la oportuna audiencia al interesado y formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Asimismo, se aprecia que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que 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.

Con arreglo al marco legal anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el

TRLCSP. Las causas de resolución previstas con carácter general para los contratos administrativos son las recogidas en el artículo 223 del TRLCSP. La cláusula 14, apartado 11, del pliego de las administrativas particulares clasifica las infracciones que puede cometer el contratista en leves, graves y muy graves, y establece que las faltas muy graves podrán sancionarse con “la rescisión del contrato, incautación de la garantía definitiva depositada e indemnización de los daños y perjuicios”.

La Administración considera en su propuesta de resolución que el adjudicatario ha incumplido lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, por lo que incurre en el motivo de resolución contemplado en la letra h) del artículo 223 del TRLCSP, esto es, las causas de resolución “establecidas expresamente en el contrato”, y propone “la devolución de la garantía constituida”.

Por su parte, el contratista entiende que “el proyecto se está desarrollando con total normalidad” y solicita “la no resolución del contrato (...) y que se permita (...) la finalización del mismo”.

Según el documento administrativo de formalización suscrito por las partes la relación contractual se inicia el 1 de enero de 2015. El informe emitido por la Directora de Programas de la División de Promoción Deportiva indica que la ejecución material del servicio comienza el 7 de enero de 2015, e identifica la primera incidencia al día siguiente, cuando “el monitor titular de los cursos de tenis del C. D. El Llano-Contrueces (...) no se presenta a dar clase” y acude “una monitora en sustitución del monitor titular. Se avisa al contratista y dicen no saber nada del asunto y confirman que esa monitora no tiene en ese momento ninguna relación laboral con la empresa”. Añade que los días 13 de enero y 5 de febrero de 2015 “el personal del control de acceso informa al Patronato Deportivo que uno de los monitores (...) llega reiteradamente tarde”, y que los días 11, 12 y 16 de febrero “un monitor se lesiona y el contratista no encuentra sustituto con la titulación necesaria, no prestándose el servicio el 11, 12 y 16 de febrero”.

Respecto a la primera de las incidencias, la empresa contratista alega que el monitor “insiste en su presencia en la instalación. De todas formas (...), esa supuesta sustitución (...) fue realizada por una monitora dada de alta en el régimen de autónomos (...), por lo que no se ha cometido ninguna negligencia de las leyes de régimen laboral”. Por lo que se refiere a las reiteradas faltas de puntualidad de un monitor, manifiesta que “la única evidencia que tenemos en este sentido es una comunicación telefónica de la Directora de Programas del (Patronato Deportivo Municipal), no por escrito, en (la) que se nos indica que una monitora ha llegado tarde. Tras contactar con ella para corroborar dicha información se nos responde que el retraso solo ha sido puntual, por un problema a la hora de encontrar aparcamiento y que, por tanto, en ningún caso son reiterados los retrasos. Además, la monitora añade que el retraso fue de apenas 5 minutos y que dicho retraso se recuperó al término de la misma clase, al estar de acuerdo los usuarios”. Por último reconoce la existencia de una baja por lesión que no fue sustituida, pero explica que “se planteó a la Directora de Programas del (Patronato Deportivo Municipal) (...) que estos grupos fueran asumidos por otros monitores que a la misma hora y en la misma instalación deportiva impartían clase de la misma especialidad deportiva”, lo que aquella aceptó, y que “tras la incorporación del monitor dichas horas fueron recuperadas en el trimestre en curso, ya que, como indica el pliego de condiciones, se tienen que recuperar el 75% de las clases perdidas en cada trimestre, todo ello con el beneplácito de los usuarios”.

La Administración consultante, conforme a lo dispuesto en la cláusula 14, apartado 11, del pliego de las administrativas particulares, que califica como infracción “leve” el “retraso menor o igual a media hora en la prestación de un servicio por causa imputable a la empresa adjudicataria”, subsume en este tipo la demora de cinco minutos en el inicio de las clases sufrida los días 13 de enero y 5 de febrero de 2015 -reconocida por la empresa al menos en una de las fechas-, con independencia de su causa -“un problema a la hora de aparcar”- y de que el tiempo perdido hubiera sido recuperado al final de la

clase. Igualmente, dado que la referida cláusula considera infracción grave “no comunicar de forma inmediata al Patronato los supuestos en que por emergencias empresariales u otros motivos análogos no pueda realizarse el servicio en las condiciones previstas en estos pliegos de condiciones”, incluye en este supuesto los hechos sucedidos el día 8 de enero de 2015, cuando el monitor titular es sustituido por otra monitora que, además, no tiene relación laboral con la empresa contratista. Finalmente, y en atención a la cláusula ya citada, considera que constituye una infracción muy grave -“la comisión de dos o más faltas graves en el plazo de un semestre”- lo acontecido los días 11, 12 y 16 de febrero de 2015, cuando un monitor no asistió a sus clases los días señalados por encontrarse en situación de baja laboral y aquellas se impartieron días después -a pesar de que los alumnos presentes asistieron a las clases de otros monitores-.

Sin embargo, como ya manifestamos en nuestro Dictamen Núm. 137/2015, evacuado en el curso de otro procedimiento incoado con el mismo fin y cuya caducidad se declaró posteriormente, “la resolución contractual no puede resultar de la aplicación de un supuesto régimen sancionador derivado” del pliego de cláusulas administrativas particulares. Ahora bien, en aquel dictamen también indicamos que “aceptados por el contratista al suscribir su proposición los compromisos establecidos en los pliegos aprobados para regir la contratación, tal régimen ha de ser reconducido al ámbito de las obligaciones del adjudicatario y de las consecuencias que su incumplimiento puede acarrear”. De esta forma, el principio de tipicidad propio del régimen sancionador no es trasladable estrictamente al supuesto que nos ocupa, puesto que no nos encontramos en el curso de un procedimiento sometido a tal régimen, sino ante una resolución contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista. Lo relevante en este caso es determinar en qué modo la conducta de la empresa vulnera lo acordado por las partes en el contrato suscrito y en los pliegos a los que aquel se somete. En este sentido, las conductas descritas, más allá de los incumplimientos definidos

en la cláusula 14.11 del pliego de las administrativas particulares, contravienen lo dispuesto en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas, que exige, entre otras cosas, la existencia de una relación laboral entre el contratista y los monitores y la sustitución inmediata de las bajas laborales que pudieran producirse por cualquier causa. Pero, sobre todo, los hechos acaecidos son susceptibles de haber perjudicado los intereses de terceros. No debemos olvidar que el objeto del contrato es la prestación de un servicio dirigido a determinados usuarios que, finalmente, son los perjudicados por una deficiente prestación del mismo; son ellos quienes resultan afectados por los retrasos y por los cambios de horario o de monitor. El propio pliego de prescripciones técnicas se refiere a la consecución de una prestación adecuada del servicio en orden a "salvaguardar los intereses de los participantes" en los cursos. De este modo, la propuesta de resolución formulada señala como causa de resolución del contrato la prevista en el artículo 223.h) del TRLCSP -"Las establecidas expresamente en el contrato"-, con la que este Consejo se muestra de acuerdo.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En concreto, 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". El informe emitido el 4 de septiembre de 2015 por la Jefa de la División de Promoción Deportiva indica que "no queda acreditada la certeza y alcance de los daños y perjuicios irrogados por (la contratista) en la prestación del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales y por tanto la adjudicataria no deberá

indemnizar a esta Administración". En consonancia con ello, la propuesta de resolución formulada propone la devolución de la garantía constituida, lo que resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 225 del TRLCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo del presente dictamen, procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de prestación del servicio de impartición de cursos de deportes de raqueta en las instalaciones deportivas municipales de Gijón, sometido a nuestra consulta, con los efectos anteriormente señalados."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.