

Expediente Núm. 179/2016
Dictamen Núm. 172/2016

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 14 de julio de 2016, 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 V. E. de 14 de junio de 2016 -registrada de entrada el día 1 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de servicios de alimentación y gestión de cafetería en un centro residencial para personas mayores.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 25 de marzo de 2013, se adjudica el contrato de servicios de alimentación y gestión de cafetería en el Centro Polivalente de Recursos del Naranco a la empresa

El día 30 de abril del mismo año se formaliza el contrato en documento administrativo. En su cláusula segunda se establece que el precio del contrato

se fija en “cuantías unitarias”. De este modo, el precio mensual del servicio, “excluida la manutención del personal propio” del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA), asciende a 41.373,20 € (IVA incluido). Al citado importe se añade el “precio unitario de la comida del personal del ERA con derecho a manutención”, que supone 3,41 € (IVA incluido). La cláusula tercera señala que “el plazo de duración del presente contrato es de 24 meses a contar desde el 1 de mayo de 2013, sin perjuicio de las prórrogas que pudieran acordarse por las partes de conformidad con lo establecido en la cláusula 6.2 del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares”. En la cláusula cuarta se refleja que el contratista ha constituido “garantía definitiva por importe de 60.243,96 €”. Por último, la cláusula sexta establece que “podrán dar lugar a la resolución del presente contrato, además de las causas legalmente previstas, las recogidas en la cláusula 17 del pliego de cláusulas administrativas particulares”, relacionando esta cláusula una serie de causas de resolución contractual “además de las previstas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP”.

2. Con fecha 20 de agosto de 2013, la Administración actuante y el contratista suscriben un “acta de suspensión temporal total del contrato de servicio de alimentación y gestión de cafetería en el Centro Polivalente de Recursos para Personas Mayores ‘Naranco’, de Oviedo”. En su apartado 1.º se reseña que la “suspensión temporal total” fue acordada por “Resolución de la Gerencia del ERA de fecha 16 de agosto de 2013 (...), en cumplimiento (de lo) dispuesto en el artículo 220 del 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 (TRLCSP), en relación con el artículo 103 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre”. Según lo expresado en los apartados 2.º y 3.º, la suspensión “afecta a la totalidad de las obligaciones contractuales asumidas por las partes”, y su duración “se extenderá desde el día 1 de

septiembre de 2013 hasta la efectiva reanudación de la actividad del centro tras la conclusión de las obras de reforma a ejecutar en el mismo". El apartado 4.º dispone que "la contrata manifiesta no reclamar abono alguno por daños y perjuicios, salvo los gastos debidamente acreditados correspondientes a un máximo del 50% de los seguros sociales de la cuota empresarial ocasionados a partir del 1 de noviembre de 2013, derivados del ERE a tramitar por la contrata sobre el personal afectado por la suspensión temporal total del contrato, con el límite máximo de 5.000 euros al mes./ El ERA manifiesta por su parte su voluntad favorable a la prórroga del referido contrato, una vez desaparezcan las causas que motivaron su suspensión, de conformidad con la normativa de aplicación en materia de contratación administrativa". Por último, el apartado 5.º recoge que "la contrata manifiesta su intención de promover la búsqueda de una solución laboral alternativa para los trabajadores afectados por el ERE, estableciendo al efecto medidas sociales de acompañamiento, preferiblemente con medidas de recolocación bien dentro de su propio ámbito empresarial, bien estableciendo relaciones con otras empresas, de manera que permita a los trabajadores mantener una situación más beneficiosa que la aportada por el ERE./ En caso de materializarse total o parcialmente esta solución laboral en el ámbito de los servicios prestados en centros del ERA por esta u otra empresa, el ERA se compromete a asumir el coste económico adicional que supondría la contratación de este personal conforme a sus condiciones de origen (...), en relación con la contratación que tendría en su caso un trabajador de nuevo ingreso, abonando periódicamente dicho coste a la empresa prestadora del servicio previa justificación del mismo y durante el tiempo que dure esta situación".

3. Mediante Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 3 de mayo de 2016, se acuerda declarar la caducidad de un expediente anterior instruido con idéntico fin e "iniciar nuevamente" el procedimiento de "resolución del contrato

de servicio de limpieza y lavandería en diversos centros residenciales para personas mayores dependientes del organismo autónomo” en lo relativo al “Centro Polivalente de Recursos del Naranco (...), declarando la conservación de las actuaciones y trámites administrativos anteriores cuyo contenido se mantiene idéntico al margen de la caducidad apreciada en el expediente”. Asimismo, se dispone dar audiencia a la empresa contratista por un plazo de diez días naturales. La citada resolución indica la posibilidad de interponer contra ella “recurso de alzada ante la (...) Consejera de Servicios y Derechos Sociales”.

En la parte expositiva de la resolución se recoge que “en fecha 18 de diciembre de 2012 se observa en una de las salas del Centro Polivalente de Recursos del Naranco (...) un derrumbe parcial de las bovedillas del forjado del techo en las instalaciones reservadas a Centro de Día, lo que conlleva la apertura de un expediente informativo por parte de la Oficina Técnica adscrita al ERA en el que se concluye la necesidad urgente de reforzar y restituir la protección de los forjados del inmueble, así como de la procedencia de desalojo (...) en aras a la seguridad de las personas residentes./ Consecuentemente, se produce el cese de la actividad desarrollada en el (Centro Polivalente de Recursos) Naranco, incluyendo la propia del objeto del contrato administrativo para la ejecución del servicio de alimentación y gestión de cafetería”. Así, refiere que la suspensión se acuerda mediante “Resolución de fecha 16 de agosto de 2013”, levantándose la correspondiente acta el día 20 del mismo mes, con efectos desde el 1 de septiembre de 2013. Añade que “el contrato de obra de reforma” del Centro Polivalente de Recursos del Naranco se adjudica por Resolución de 23 de junio de 2015 de la Dirección Gerencia del ERA, y que se prevé “un periodo de ejecución de veinticuatro meses a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, que tiene lugar el 16 de octubre de 2015”.

Manifiesta que, “a la vista de lo expuesto, considerando la suspensión del contrato relativo al servicio de alimentación y gestión de cafetería” en el Centro

Polivalente de Recursos del Naranco "por plazo superior a un año, se entiende que la permanencia del contrato resulta no solo innecesaria, sino también inconveniente, resultando de aplicación (la) causa de resolución específica aplicable a los contratos administrativos de servicios, procediendo el abono al contratista del 10 por ciento del precio de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, así como la devolución de la garantía depositada./ Considerando la redacción del apartado cuarto del acta de suspensión suscrita en fecha 20 de agosto de 2013, en el que "la contrata manifiesta no reclamar abono alguno por daños y perjuicios, salvo los gastos debidamente acreditados correspondientes a un máximo del 50% de los seguros sociales de la cuota empresarial ocasionados a partir del 1 de noviembre de 2013, derivados del ERE a tramitar por la contrata sobre el personal afectado por la suspensión temporal del contrato, con el límite máximo de 5.000 € al mes", este órgano de contratación valora inicialmente la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratista en el sentido expuesto, además del abono indicado en el apartado anterior".

Añade que, por Resolución de 29 de diciembre de 2015, "se acuerda el inicio del procedimiento dirigido a la resolución del contrato", produciéndose posteriormente su caducidad. Explica que durante el trámite de audiencia concedido en aquel momento el contratista "solicita expresamente le sea abonada indemnización en concepto de daños y perjuicios efectivamente sufridos, instando a que "para la estimación del precio del contrato se tomen en cuenta tanto los cuarenta y un mil trescientos setenta y tres euros con veinte céntimos (...) precio/mes, IVA incluido (facturación pensiones residentes) y, además (...), las cantidades correspondientes con la facturación de la cafetería estimada de diez mil cuatrocientos setenta (*sic*) €/mes, conforme en su momento fue acreditado ante el órgano de contratación al justificar, a su requerimiento, el valor de la oferta económica, estimada -en principio- desproporcionada y que, en consecuencia, obra como prueba en el expediente".

La fundamentación jurídica de la resolución reseña la evolución de la doctrina del Consejo de Estado “respecto a la procedencia de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios sufridos en los términos solicitados por la empresa”. De este modo, señala que aquella “parte de la negativa de su indemnizabilidad, al entender que la indemnización del 10% prevista en la legislación de contratos es tasada y omnicomprensiva de todos los perjuicios sufridos (...), para finalmente desembocar en el reconocimiento como indemnizable, además del lucro cesante, del daño emergente en determinados supuestos”. Añade que en este caso “concorre la circunstancia de que la ejecución del contrato objeto de resolución ha estado previamente suspendida, por lo que ello también daría lugar a que la Administración deba indemnizar los daños y perjuicios efectivamente irrogados al contratista, por así disponerlo el artículo 220 (del) TRLCSP”, no apreciando “ningún problema de compatibilidad entre la indemnización por suspensión y la derivada de la resolución contractual”, para lo que se apoya en diversos dictámenes de distintos órganos consultivos.

Concluye que “resulta el derecho del contratista al abono del 10% de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener desde entonces y hasta la fecha prevista para la finalización del contrato, que asciende a un total de ochenta y seis mil veintinueve euros con treinta céntimos (...), así como una indemnización en concepto de daños y perjuicios efectivamente sufridos correspondientes a un máximo del 50% de los seguros sociales de la cuota empresarial ocasionados a partir del 1 de noviembre de 2013, derivados del ERE a tramitar por la contrata sobre el personal afectado por la suspensión temporal del contrato, con el límite máximo de 5.000 €, y que la empresa justifica por un importe total de (...) 36.481,03 €”.

Para calcular la indemnización debida por “los trabajos pendientes de realizar”, utiliza el importe de 41.373,20 € relativo al precio de la adjudicación mensual del servicio de mantenimiento -excluida la del personal propio del organismo-, al que añade la media correspondiente al precio unitario por

manutención diaria de cada empleado público con derecho a ella -3,41 €-. Para identificar el “precio mensual medio por manutención del personal propio” realiza la media aritmética de “la facturación satisfecha para este concepto durante los meses de ejecución del contrato”. De esta forma, señala que en el mes de mayo de 2013 la facturación ascendió a 2.179,30 €, en junio a 1.894,10 €, en julio a 1.593,40 € y en agosto a 899 €, arrojando el cálculo efectuado un valor medio de 1.641,15 €. Así, fija el precio mensual del servicio en 43.014,65 €, resultantes de la suma de los 41.373,20 € correspondientes a la manutención de los usuarios y de los 1.641,15 € asignados a la del personal. El importe señalado se multiplica por las veinte mensualidades de duración del contrato, excluidas las prórrogas y exceptuando el tiempo durante el que aquel se ejecutó -hasta la suspensión producida el 1 de septiembre de 2013-. Sobre el importe obtenido aplica el 10%, lo que genera un total de 86.029,30 €, y aclara que los cálculos realizados incluyen el IVA, conforme a lo señalado en diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Por último, plantea la posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares del futuro contrato de alimentación y gestión de cafetería del Centro Polivalente de Recursos del Naranco -que previsiblemente será objeto de nueva licitación- una cláusula de subrogación del personal afectado por la resolución del presente contrato. A tal efecto, cita jurisprudencia que avala “la legitimidad de dicha cláusula” y manifiesta que “su establecimiento” no puede considerarse “una discriminación contraria a la competencia”.

Consta en el expediente el traslado de la resolución referida al contratista.

4. El día 13 de mayo de 2016, el contratista presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que solicita una “prórroga en cinco días” del plazo de audiencia concedido.

5. Mediante Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 18 de mayo de 2016, se concede la ampliación de plazo solicitada.

6. Con fecha 24 de mayo de 2016, el contratista presenta un escrito de alegaciones en el registro de la Administración del Principado de Asturias. En él indica que, “después de casi tres años con el contrato suspendido”, las “trabajadoras afectadas por el ERE (...) han agotado prácticamente sus derechos sociales de desempleo y han resultado, en consecuencia, gravemente perjudicadas, primero por las condiciones contrarias a la ley de la suspensión del contrato y después por las dilaciones injustificadas en su resolución”. Señala que, por ello, “acogemos favorablemente la propuesta de subrogación laboral del referido personal constanding, a tal efecto, en el próximo pliego de condiciones de la licitación del servicio”.

Muestra su “conformidad con la declaración de caducidad del procedimiento de resolución e inicio de nuevo expediente con la conservación de las actuaciones y trámites administrativos anteriores manteniendo idéntico su contenido”. Añade que “no tiene obligación alguna de soportar los gravísimos daños y perjuicios económicos que la dilación administrativa -reiteradamente denunciada- en resolver este contrato, suspendido desde el día 16 de agosto de 2016 (*sic*), está causando en nuestra sociedad”. En consecuencia, “rechazamos las injustas y arbitrarias cantidades -y conceptos- propuestas a indemnizar señaladas en los fundamentos de derecho de la resolución de referencia, que no guardan relación alguna con los cuantiosos daños y perjuicios efectivos ocasionados en este procedimiento (...), tal y como consta en las actuaciones previas de referencia”.

Solicita que “se resuelva indemnizar en las cantidades que, oportunamente acreditadas, correspondan con los daños y perjuicios efectivamente causados”.

7. Obra incorporado al expediente el informe emitido por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias el 8 de febrero de 2016. En él se indica que concurre la causa de resolución invocada y que, sobre los efectos de la resolución, “nada tiene que decir el Servicio Jurídico. De acuerdo con lo que disponen los artículos 223 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 109 del Reglamento General de Contratación y 6.1.d) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, adoptar la decisión de resolver un contrato y establecer los efectos de tal decisión han de ser objeto de dos expedientes diferentes, y sobre el segundo el Servicio Jurídico no tiene que emitir informe”.

8. El día 29 de mayo de 2016, la Jefa de la Sección de Contratación Administrativa del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias suscribe un informe sobre la propuesta de resolución del contrato administrativo de servicios de alimentación y gestión de cafetería en el Centro Polivalente de Recursos del Naranco, y explica que el mismo “se emite (...) a efectos de trasladar al Consejo Consultivo del Principado de Asturias el análisis que realiza el Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales en relación a la concurrencia de la causa de resolución del contrato (...) y las alegaciones trasladadas por el contratista con ocasión del trámite de audiencia” -refiriéndose a las formuladas por aquel con ocasión de la tramitación del expediente objeto de declaración de caducidad-.

En él señala que el adjudicatario pone de manifiesto que “no es razonable que el órgano de contratación resuelva la adjudicación (...) en fecha 25 de marzo y formalice el contrato correspondiente en fecha 30 de abril de 2013 cuando es conecedor, al menos desde el 18 de diciembre del año anterior, de que se ha producido un derrumbe de determinadas bovedillas del forjado del techo del edificio donde se tiene que prestar el servicio”, subrayando que “de haber conocido (...) previamente la situación estructural del edificio (...) de

ninguna manera hubiera licitado este contrato". Al respecto, la Jefa de la Sección referida precisa que "la contratación (...) resultaba programada desde el ejercicio anterior al de formalización, momento en que nada hacía pensar en los problemas estructurales que posteriormente fuerzan a la suspensión del servicio en el inmueble", y precisa que el alcance real de los daños estructurales se conoce el 7 de mayo de 2013, cuando se emite un informe técnico especializado.

Sobre la alegación del contratista de que "los acuerdos que se toman en el acta de suspensión son aceptados sin oposición (...) al ser objeto de una suspensión del contrato -no para su resolución-, y en tal razón acepta una incompleta compensación económica en la confianza de retomar el contrato una vez finalizadas las obras oportunas", recuerda que "la suspensión del contrato y su resolución constituyen dos procedimientos diferentes, resultando imposible al momento del acuerdo de suspensión conocer el resultado que ahora motiva la resolución del contrato". Manifiesta que "el acuerdo de suspensión planteaba una compensación al contratista por un concepto concreto que necesariamente ha de entenderse distinta a la compensación que ahora se propone para la resolución, en tanto que esta última recoge, no solo el montante de la indemnización previsto en el acta de suspensión (...), sino también el concepto indemnizatorio previsto por la normativa de aplicación en el caso de resolución del contrato administrativo de servicios".

Añade que la parte interesada advierte que "los daños y perjuicios pactados para la suspensión del contrato (...) no debieran ser asimilados a los daños y perjuicios, muy superiores, que ahora ocasiona la resolución del contrato después de 29 meses suspendido", y que "la misma Administración que ahora estima innecesaria e inconveniente la permanencia del contrato encontró, en otro momento, aceptable para el mismo contrato un plazo de suspensión de 17 meses". Sin embargo, el informe de referencia considera que "nada obsta a que al momento de la suspensión se estimara un plazo de diecisiete meses, que supera en cinco al previsto por la Ley para que la

Administración pueda proceder al ejercicio de su prerrogativa resolutoria; esto es una posibilidad y no un imperativo./ Ello necesariamente ha de conectarse con el hecho de que el contratista suscribe el acta de forma voluntaria”.

Recoge que el contratista alude “al incumplimiento del plazo previsto para la reanudación del servicio, así como a un incumplimiento por parte de la Administración en este sentido, en cuanto que la (...) la obra de reparación” del Centro Polivalente de Recursos del Naranco “es adjudicada por Resolución de fecha 4 de septiembre de 2015”. Explica que “precisamente ese incumplimiento de plazo motiva la opción por la resolución contractual, ante la imposibilidad material de reanudar la actividad (...) a medio plazo”.

También indica que el adjudicatario manifiesta que “a la vista del estado de este procedimiento tampoco será posible la prórroga del contrato de referencia”, a lo que objeta que la prórroga no constituye “un derecho a favor del contratista”, sino “una prerrogativa de la Administración, que en caso de ser ejercida devendría en obligatoria para aquel”.

En cuanto a los “daños y perjuicios a indemnizar”, señala que el contratista afirma que “en el ánimo de solucionar extrajudicialmente este procedimiento aceptaríamos (...) (el) 50% de los seguros sociales de la cuota empresarial (...), más el 10% de los trabajos pendientes de realizar (...), siempre que para la estimación del precio del contrato se tomen en cuenta tanto los cuarenta y un mil trescientos setenta y tres euros con veinte céntimos (...) precio/mes, IVA incluido (facturación pensiones residentes), y además (...) las cantidades correspondientes a la facturación de la cafetería, estimadas en diez mil cuatrocientos sesenta €/mes, conforme en su momento fue acreditado ante el órgano de contratación al justificar, a su requerimiento, el valor de la oferta económica, estimada -en principio- desproporcionada”. Por el contrario, la Jefa de la Sección informante entiende que “no cabe considerar las cantidades de 10.460 € mensuales correspondientes con la facturación de la cafetería a las que el adjudicatario se refiere expresamente como ‘estimación’./ Y ello en el bien entendido de que no resulta que el

adjudicatario no tenga derecho a la indemnización, sino que los daños no resultan efectivamente probados, no resultando la alegación del contratista apoyatura suficiente para determinar el beneficio que sirva como punto de partida para calcular el lucro cesante”.

9. Con fecha 29 de mayo de 2016, la Directora del Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias formula propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato, a la devolución de la garantía definitiva constituida y al reconocimiento a favor de la empresa contratista de una “indemnización correspondiente al 10% del precio de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, así como la indemnización por los daños y perjuicios efectivamente acreditados, en los términos consignados en el acta de suspensión del contrato que ahora se resuelve”.

La propuesta señala como causa específica de resolución del contrato la prevista en el artículo 308 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo apartado b) identifica como tal “El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”. Sobre la posibilidad de indemnizar al contratista en los términos de lo dispuesto en el artículo 309.3 del citado cuerpo legal, insiste en los razonamientos jurídicos contenidos en la Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 3 de mayo de 2016, por la que se inicia el expediente de resolución contractual. Igualmente, mantiene los términos de aquella en cuanto a la inclusión de una cláusula de subrogación en el pliego de cláusulas administrativas particulares del nuevo contrato que, en su momento, sea objeto de licitación.

10. Mediante Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 31 de mayo de 2016, se acuerda “recabar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias” y “suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que media entre la petición y la recepción del informe, momento en que se procederá a la reanudación del procedimiento”, comunicando “la petición de dictamen y, una vez evacuado, la recepción del mismo al interesado”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de junio de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de servicios de alimentación y gestión de cafetería en el Centro Polivalente de Recursos del Naranco, 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 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.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el asunto ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato ni a la causa que fundamenta la misma, sino a sus consecuencias, las cuales dependen del modo de valorar la indemnización que pudiera corresponderle, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia.

Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración. Pues bien, las discrepancias entre ambas partes sobre las consecuencias de la resolución justifican nuestra intervención en el procedimiento.

TERCERA.- El contrato que examinamos tiene carácter mixto, integrado por un contrato de servicios -prestación del servicio de alimentación- y un contrato administrativo especial -gestión de cafetería-, siendo la prestación que tiene más importancia desde el punto de vista económico la correspondiente a los servicios de alimentación.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -25 de marzo de 2013-, 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 del TRLCSP, el establecido por 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”.

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 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 se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista. El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados. Así, debemos admitir la validez del informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias obrante en el expediente, fechado el 8 de febrero de 2016 y emitido en el curso del procedimiento que resultó caducado, por cuanto la resolución que acordó la referida caducidad recogió expresamente la “conservación de las actuaciones y trámites administrativos anteriores cuyo

contenido se mantiene idéntico”, con lo que, además, se muestra conforme el contratista en su escrito de alegaciones.

Sobre la referida Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, de fecha 3 de mayo de 2016, por la que se declara la caducidad del expediente anteriormente seguido, se incoa un nuevo procedimiento de resolución contractual y se concede la preceptiva audiencia al contratista, debemos señalar que recoge la posibilidad de interponer contra la misma recurso de alzada. Sin embargo, únicamente es posible recurrir en esta vía el acto relativo a la declaración de caducidad del primero de los expedientes incoados para la resolución del contrato, puesto que la apertura de un nuevo procedimiento y el otorgamiento de audiencia constituyen meros actos de trámite no cualificados, no susceptibles de recurso conforme a lo dispuesto en los artículos 107.1 y 114.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Siendo así, tal y como hemos manifestado en dictámenes anteriores (entre otros, Dictamen Núm. 15/2016), resulta recomendable que, en el caso de adopción en un mismo acuerdo de actos jurídicos de distinta naturaleza, se proceda a individualizar el señalamiento de la condición de cada uno de ellos para identificar correctamente los recursos que, en su caso, procedan. Por otro lado, debemos advertir que la citada Resolución se refiere, en ocasiones, al “servicio de limpieza y lavandería” en lugar del de “alimentación y gestión de cafetería”, lo que, sin duda, constituye un mero error de hecho.

En cuanto 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”. El contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la Dirección Gerencia del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, por lo que habrá de

ser dicha autoridad quien dicte la resolución que ponga fin al procedimiento analizado.

Por último, respecto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, se aprecia que en la fecha de emisión de este dictamen aún no ha transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la LRJPAC, que 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; 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, y de 28 de junio de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:4151- y 20 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1690-, Sección 7.ª, entre otras) juzga aplicable al procedimiento de resolución contractual, anudando a la falta de su resolución expresa en dicho plazo la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la citada Ley. Además, consta en el expediente que mediante Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 31 de mayo de 2016 se acuerda "suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que media entre la petición y la recepción del informe" solicitado a este órgano consultivo. No obstante, a pesar de que la referida resolución prevé que se comunicará al interesado "la petición del dictamen", entre la documentación que nos ha sido remitida no obra la acreditación de tal circunstancia. Siendo así, y al objeto de evitar una futura caducidad del procedimiento, ese organismo deberá verificar si, efectivamente, ha cumplido con el deber de notificar al interesado la fecha en que la suspensión produce efectos, y que este Consejo, de acuerdo con lo indicado, entre otros, en sus Dictámenes Núm. 161/2015 y 15/2016, identifica con la fecha del registro de salida de la petición de consulta.

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. Las causas específicas de resolución de los contratos de servicios se contienen en el artículo 308 del mismo cuerpo legal. La cláusula 17 del pliego de las administrativas particulares recoge una relación de causas de resolución del contrato "además de las previstas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP".

Llegados a este punto, debemos recordar la sucesión de hechos que da lugar a la controversia planteada. Según se recoge en la resolución por la que se incoa el expediente de resolución contractual, "en fecha 18 de diciembre de 2012 se observa en una de las salas del Centro Polivalente de Recursos del Naranco (...) un derrumbe parcial de las bovedillas del forjado del techo en las instalaciones reservadas a Centro de Día, lo que conlleva la apertura de un expediente informativo por parte de la Oficina Técnica adscrita al ERA". Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias de 25 de marzo de 2013, se adjudica el contrato de servicios de alimentación y gestión de cafetería en el Centro Polivalente de Recursos del Naranco a la empresa reclamante, y el día 30 de abril del mismo año se formaliza el contrato en documento administrativo. En el informe suscrito por la Jefa de la Sección de Contratación Administrativa del referido organismo se indica que el alcance real de los daños estructurales se conoce el "7 de mayo de 2013", cuando se emite un informe técnico especializado. Puesto que el alcance de tales daños supone el desalojo del centro, con fecha 20 de agosto de 2013 la Administración actuante y el contratista suscriben un "acta de suspensión temporal total del contrato", con efectos desde el día 1 del mes siguiente. Por Resolución de la Dirección Gerencia del ERA de 23 de junio de 2015, se adjudica "el contrato de obra de

reforma” del Centro Polivalente de Recursos del Naranco, cuyo periodo de ejecución previsto es de “veinticuatro meses a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, que tiene lugar el 16 de octubre de 2015”.

La propuesta de resolución que se formula considera que, vista “la suspensión del contrato (...) por plazo superior a un año (...), la permanencia” del mismo sería “no solo innecesaria sino también inconveniente, resultando de aplicación (la) causa de resolución específica aplicable a los contratos administrativos de servicios”.

Por su parte, el contratista se muestra conforme con la causa de resolución del contrato propuesta.

El artículo 308 del TRLCSP, en su apartado b), recoge como causa de resolución de los contratos administrativos de servicios “El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración”. Puesto que la suspensión del contrato se encuentra operativa desde el día 1 de septiembre de 2013, resulta evidente que en el momento en que se incoa el expediente de resolución del contrato -3 de mayo de 2016- ha transcurrido más de un año desde la suspensión, por lo que aquella resulta procedente.

En cuanto a los efectos de tal resolución, imputable a la Administración, el artículo 309.3 del TRLCSP establece que, en el supuesto anterior, “el contratista tendrá derecho al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”.

En este sentido, la propuesta de resolución elaborada entiende, en idénticos términos a la resolución de incoación del procedimiento resolutorio, que procede el abono al contratista “del 10% de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener desde entonces y hasta la fecha prevista para la finalización del contrato, que asciende a un total de ochenta y seis mil veintinueve euros con treinta céntimos (...), así como una

indemnización en concepto de daños y perjuicios efectivamente sufridos correspondientes a un máximo del 50% de los seguros sociales de la cuota empresarial ocasionados a partir del 1 de noviembre de 2013, derivados del ERE a tramitar por la contrata sobre el personal afectado por la suspensión temporal del contrato, con el límite máximo de 5.000 €, y que la empresa justifica por un importe total de treinta y seis mil cuatrocientos ochenta y un euros con tres céntimos". Para calcular la primera de las cuantías citadas utiliza el importe, con IVA, de 41.373,20 € relativo al precio de la adjudicación mensual del servicio de mantenimiento -excluida la del personal propio del organismo-, al que añade la media correspondiente al precio unitario por mantenimiento diaria de cada empleado público con derecho a ella -3,41 €-, con IVA. Para identificar el "precio mensual medio por mantenimiento del personal propio" realiza la media aritmética de "la facturación satisfecha para este concepto durante los meses de ejecución del contrato". De esta forma, señala que en el mes de mayo de 2013 la facturación ascendió a 2.179,30 €, en junio a 1.894,10 €, en julio a 1.593,40 € y en agosto a 899 €, arrojando el cálculo efectuado un valor medio de 1.641,15 €. Así, fija el precio mensual del servicio en 43.014,65 €, resultantes de la suma de los 41.373,20 € correspondientes a la mantenimiento de los usuarios y de los 1.641,15 € asignados a la del personal. También contempla la posibilidad de incluir una cláusula de subrogación del personal afectado por la resolución del presente contrato en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios que, previsiblemente, se realizará una vez finalizadas las obras correspondientes.

De otro lado, el contratista, en su escrito de alegaciones, acoge "favorablemente la propuesta de subrogación laboral" y se muestra disconforme con las "cantidades" y "conceptos" propuestos, solicitando "que se resuelva indemnizar en las cantidades que, oportunamente acreditadas, correspondan con los daños y perjuicios efectivamente causados". Sin embargo, no concreta ni cuantifica daño alguno. Ahora bien, puesto que en el citado escrito manifiesta su conformidad "con la conservación de las actuaciones y

trámites administrativos anteriores manteniendo idéntico su contenido”, debemos entender que da por reproducidas las alegaciones formuladas en el curso del expediente declarado caducado. Así parece interpretarlo también la Jefa de la Sección de Contratación Administrativa que, en su informe de 29 de mayo de 2016, se pronuncia sobre tales alegaciones.

Siendo así, debemos recordar que en aquellas el contratista manifestó que, “en el ánimo de solucionar extrajudicialmente este procedimiento, aceptaríamos (...) (el) 50% de los seguros sociales de la cuota empresarial (...), más el 10% de los trabajos pendientes de realizar (...), siempre que para la estimación del precio del contrato se tomen en cuenta tanto los cuarenta y un mil trescientos setenta y tres euros con veinte céntimos (...) precio/mes IVA incluido (facturación pensiones residentes), y además (...) las cantidades correspondientes a la facturación de la cafetería estimada en diez mil cuatrocientos sesenta €/mes, conforme en su momento fue acreditado ante el órgano de contratación al justificar, a su requerimiento, el valor de la oferta económica, estimada -en principio- desproporcionada”.

En cuanto a la composición de la indemnización por resolución contractual, advertimos que tanto el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias como el contratista parecen confundir los elementos que la integran, asimilando la naturaleza del importe correspondiente al 10% de los trabajos pendientes de realizar en concepto de “beneficio dejado de obtener” a la del importe derivado de la indemnización debida como consecuencia de la suspensión del contrato, tratando ambos de forma conjunta en el expediente de resolución contractual.

El artículo 220.2 del TRLCSP establece que, acordada la suspensión del contrato, “la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”. A tal efecto, el apartado 4.º del acta de suspensión suscrita entre las partes dispone que “la contrata manifiesta no reclamar abono alguno por daños y perjuicios, salvo los gastos debidamente acreditados correspondientes a un máximo del 50% de los seguros sociales de

la cuota empresarial ocasionados a partir del 1 de noviembre de 2013, derivados del ERE a tramitar por la contrata sobre el personal afectado por la suspensión temporal total del contrato, con el límite máximo de 5.000 euros al mes". Así, el importe de 36.481,03 € señalado en la propuesta de resolución resulta ajeno a la resolución del contrato y deriva de la obligación de la Administración de indemnizar al contratista los daños derivados de la suspensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 202.2 del TRLCSP. En dichas condiciones, este Consejo Consultivo carece de competencia para pronunciarse sobre tal aspecto.

De igual modo, debemos señalar que, a pesar de contenerse en la propuesta de resolución, también excede del ámbito de la consulta planteada cualquier consideración en torno a la inclusión de la referida cláusula de subrogación del personal afectado por la resolución de este contrato.

Centrada así nuestra intervención en el procedimiento, debemos proceder al examen de la indemnización por resolución contractual pretendida por la Administración, con la que el contratista se muestra conforme siempre que aquella incluya "las cantidades correspondientes a la facturación de la cafetería, estimada de diez mil cuatrocientos sesenta €/mes". Siendo así, resulta que, con carácter general, ambas partes están de acuerdo con el cálculo realizado, que también avala este Consejo. Únicamente debe ponerse de manifiesto un error en la transcripción del importe relativo al "precio mensual medio por manutención del personal propio" -donde dice 1.641,15 € debe decir 1.641,45 €- que, sin embargo, no afecta al cálculo total realizado.

En cuanto a la única controversia planteada, el contratista considera que la cantidad de 10.460 € al mes debe integrar el precio de los trabajos dejados de realizar, por cuanto "en su momento fue acreditado ante el órgano de contratación al justificar, a su requerimiento, el valor de la oferta económica, estimada -en principio- desproporcionada". Por el contrario, la Jefa de la Sección de Contratación Administrativa entiende en su informe que no cabe tener en cuenta este importe, pues la citada cantidad constituye una mera

“estimación” y tales daños no quedan efectivamente probados, “no resultando la alegación del contratista apoyatura suficiente para determinar el beneficio que sirva como punto de partida para calcular el lucro cesante”. Tal y como se indica en el informe referido, no es posible tener en cuenta dicha cuantía por cuanto su uso queda restringido al ámbito de lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP -justificación de ofertas con valores anormales o desproporcionados-. Sin embargo, no tenemos que olvidar que nos encontramos ante un contrato mixto, integrado por un contrato administrativo especial -explotación de cafetería- y un contrato de servicios -alimentación de residentes y personal del centro-, y por más que este último constituya su prestación principal, no debemos entender que el “precio de los trabajos dejados de realizar” viene referido únicamente a los importes derivados de tal prestación, pues, obviamente, la retribución del contratista se integra también por los ingresos que este obtenga como consecuencia de la explotación de la cafetería. Por ello, no podemos mostrarnos conformes con el importe pretendido por el contratista, aunque sí con el concepto por él reclamado. Al respecto, consideramos que, tal y como se ha realizado para calcular el precio del contrato en la parte correspondiente a la manutención del personal con derecho a ella -fijada en precios unitarios-, resulta posible determinar la parte del precio del contrato imputable al servicio de cafetería en atención a la media de la facturación mensual de aquella durante los meses en los que estuvo vigente el contrato; aspecto este que tendrá que acreditar debidamente el contratista.

En cuanto a la garantía depositada por importe de 60.243,96 €, la propuesta de resolución formulada propone su devolución, lo que resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 225.4 del TRLCSP.

En consecuencia, estimamos que procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 308.b) del TRLCSP, debiendo el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias proceder a la devolución de la garantía constituida e indemnizar al contratista en los términos de lo dispuesto en el artículo 309.3 del mismo cuerpo legal. A tal

efecto, consideramos adecuado el cálculo contenido en la propuesta de resolución formulada siempre que al mismo se incorpore el importe correspondiente a la media de la facturación mensual de la cafetería durante los meses de vigencia del contrato, al entender que aquella forma parte de los trabajos pendientes de realizar y, por tanto, integra el beneficio dejado de obtener.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por causa imputable al organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, del contrato de servicios de alimentación y gestión de cafetería en el Centro Polivalente de Recursos del Naranco, sometido a nuestra consulta, con los efectos señalados anteriormente.”

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.