

Expediente Núm. 47/2017
Dictamen Núm. 42/2017

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen. La Consejera Rosa María Zapico del Fueyo votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 1 de febrero de 2017 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de prestación del servicio de cafetería comedor en varios centros de la Universidad de Oviedo (lote 2).

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Gerente de la Universidad de Oviedo, de 29 de septiembre de 2016, se adjudica a el lote 2 del contrato de prestación del servicio de cafetería comedor en varios centros de la Universidad de Oviedo (Aulario Sur del Campus de Viesques y Escuela Superior de la Marina Civil) por un canon anual de tres mil setecientos euros (3.700 €) y un plazo de ejecución

de dos años. Constituida la garantía definitiva en metálico por importe de mil euros (1.000 €), el contrato se formaliza en documento administrativo el día 1 de octubre de 2016.

2. Obran en el expediente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación de referencia.

En la cláusula 1 del pliego de las administrativas particulares se califica el contrato como de "naturaleza administrativa especial".

En la cláusula 19 del mismo pliego, apartado 9, se establecen, entre otras obligaciones del adjudicatario, las de "prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas" y "cuidar del buen orden del servicio".

Según la cláusula 23 del pliego referido, son causas de resolución del contrato, "además de las previstas en el TRLCSP", entre otras, las siguientes: "el incumplimiento por el contratista de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente pliego o en el resto de los documentos contractuales y, en especial, el incumplimiento de las prestaciones incluidas en su proposición; "el abandono por parte del contratista de la prestación objeto del contrato", que "se entenderá producido (...) cuando la prestación no se desarrolle con la regularidad adecuada o con los medios humanos o materiales precisos para la normal ejecución del contrato en el plazo estipulado", no obstante lo cual "cuando se dé este supuesto la Universidad de Oviedo, antes de declarar la resolución, requerirá al contratista para que regularice la situación en el plazo de cinco días a contar del requerimiento"; la "reiterada deficiencia en la ejecución de las prestaciones"; la "interrupción del servicio durante tres (3) días consecutivos, sin autorización expresa del órgano de contratación, por causas imputables a la voluntad del adjudicatario"; el "incumplimiento de las obligaciones establecidas en los convenios, acuerdos, reglamentaciones y demás normas aplicables"; la "falta de pago de los salarios

a los trabajadores y de las cuotas a la Seguridad Social, así como de los bienes y productos a utilizar para la prestación de los servicios contratados"; y "el incumplimiento de alguna de las demás obligaciones contenidas en el contrato".

Se expresa en la misma cláusula, apartado 2, que también será causa de resolución del contrato, entre otras, "el incumplimiento o cumplimiento deficiente de la prestación del servicio o disminución de las cantidades o calidades consideradas como mínimas aceptables, todo ello a juicio del responsable del contrato. En este caso, se formulará al contratista requerimiento escrito, dando un plazo de 1 mes para subsanar las deficiencias observadas. Transcurrido dicho plazo sin ser subsanadas, se procederá a la rescisión automática".

En el apartado 4 de la citada cláusula 23 se señala, en cuanto a los efectos resolutorios, que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, "este deberá indemnizar a la Universidad de Oviedo los daños y perjuicios ocasionados", haciéndose efectiva la indemnización, "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".

La cláusula 24, relativa al cumplimiento y recepción del contrato, precisa que "el contratista deberá prestar el servicio contratado dentro del plazo estipulado, en los locales destinados a cafetería comedor en cada uno de los centros objeto de este expediente. La Universidad de Oviedo determinará si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción./ En el caso de que el responsable del contrato estimase incumplidas las prescripciones técnicas del contrato, dará por escrito al contratista las instrucciones precisas y detalladas con el fin de remediar las faltas o defectos observados, haciendo constar en dicho escrito el plazo que para ello fije y las observaciones que estime oportunas (...). Si se produjese incumplimiento por parte del contratista y de este se derivase perturbación

grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Universidad de Oviedo no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca”.

En la prescripción 1 del pliego de las técnicas se señala que “los precios de venta al público estarán sujetos a la ratificación de la correspondiente tarifa por parte de la Universidad de Oviedo, y deberán ser aplicados desde el día de inicio del contrato o de la autorización de la revisión de precios (...). Inicialmente (...), los precios máximos propuestos por la Universidad son los que, por producto, el licitador proponga en su oferta económica (...). Por lo que se refiere a otros tipos de productos que se quieran incorporar a la oferta del servicio, deberán ser sometidos a la aprobación de la Universidad (...). La lista de precios (IVA incluido) deberá estar expuesta al público en lugar visible y coincidirá con el precio de adjudicación (más las subidas que oportunamente le sean autorizadas). Cualquier variación de precios deberá ser autorizada expresamente por el Gerente de la Universidad de Oviedo (...). El adjudicatario se obliga a tener en todo momento, a disposición de los usuarios, las correspondientes hojas de reclamaciones, así como un libro de sugerencias y reclamaciones, que será presentado trimestralmente al responsable del contrato”.

En la prescripción 3 del mismo pliego se establecen, entre otras, las siguientes obligaciones del adjudicatario: “Cumplir y estar al corriente en todo momento de todas las obligaciones en materia fiscal, laboral y de Seguridad Social, prevención de riesgos laborales, reglamentación técnico-sanitaria, manipulación de alimentos, derechos sindicales y, en general, todas las obligaciones que la normativa vigente impone a las empresas”, a cuyo efecto “deberá acreditar y justificar, siempre que sea requerido por la Universidad, el cumplimiento de las citadas obligaciones mediante la exhibición de la documentación y comprobantes que le sean exigidos, y poner a disposición de la Universidad los libros contables, las liquidaciones de la Seguridad Social, los recibos de los salarios, las declaraciones de los inspectores y, en general, toda la documentación disponible para poder comprobar su correcto cumplimiento

(...). Mantener las dependencias e instalaciones en perfectas condiciones de higiene (...). Mantener a disposición de los usuarios las correspondientes hojas de reclamaciones (...). Cuidar del buen orden del servicio”.

La prescripción 5, apartado 4, del mismo pliego señala que “el servicio contratado será sometido permanentemente a la inspección y vigilancia de la Universidad (...). En caso de deficiencias en el servicio se levantará acta en el momento de la inspección, en la que se harán constar los motivos, y que deberá ser firmada por el representante designado por la Universidad y el representante del contratista, al cual se le hará entrega de una copia./ El contratista deberá poner a disposición de los usuarios un libro, sellado por la Universidad, en la que estos expondrán, en su caso, las quejas y reclamaciones derivadas de la prestación del servicio”.

En la prescripción 11 se establece que “si el adjudicatario hiciera caso omiso de las deficiencias que al efecto se le comuniquen sin poner remedio a ellas, se elevará al órgano de contratación propuesta de resolución del contrato, que deberá ser comunicada al adjudicatario con un (1) mes de antelación para la plena efectividad de la misma”.

3. Con fecha 21 de noviembre de 2016, la Jefa de Servicio de la Administración del Campus de Gijón (en adelante responsable del contrato) suscribe un informe en el que señala que “con fecha 14 de octubre de 2016 se entregan las llaves del servicio de cafetería a los nuevos concesionarios (...). El día 31 de octubre colocan la lista de precios, aunque siguen cobrando los precios antiguos al menos hasta el 2 de noviembre (...). De conformidad con el artículo 1.3 del pliego de prescripciones técnicas, `la lista de precios (IVA incluido) deberá estar expuesta al público en lugar visible y coincidirá con el precio de adjudicación´, sin embargo el concesionario publica la oferta de precios para el servicio de cafetería comedor (...) modificando simplemente el encabezado, con lo que pudiera parecer que existe una horquilla de precios (...). El día 7 de noviembre empiezan a expedir tickets de venta que ellos denominan vale de consumo. En dicho `ticket´ figura el nombre de la empresa y debajo Universidad de Oviedo y

un número de teléfono móvil, así como la indicación de que se trata de una factura simple (...). El 8 de noviembre, por parte de la Jefatura de Servicio, se remite correo electrónico en el que se señalan los siguientes extremos:/ `El menú del día debe servirse tanto en Marina Civil como en el Aulario Sur. El precio siempre debe ser el ofertado 5,80. En el ticket falta el CIF, nombre completo de la empresa y dirección y sobra la alusión a la Universidad de Oviedo (...). En los nuevos tickets se elimina la alusión a la Universidad de Oviedo pero siguen sin aparecer el resto de datos. Ver tickets (...). Siguen sin ofrecer menú en la cafetería del Aulario Sur y el de Marina Civil se cobra a 6 euros. Ver ticket (...). La semana del 14 de noviembre empiezan a cobrar los pinchos que ofertaron a 0,90 a 1,20, si bien le han añadido" una "coletilla (...), presentándolo como pincho (...). Esta actuación vulnera lo establecido en el punto 1.3 del pliego, ya que cualquier variación de precios deberá ser autorizada expresamente por el Gerente de la Universidad de Oviedo, previa solicitud del contratista y la conformidad del responsable del centro en el que se ubique la cafetería comedor (...). En el caso de que el concesionario considerase que el pincho" mencionado anteriormente "es un producto nuevo estaría incumpliendo el artículo 1.2 del pliego, que establece que en lo referente a otros tipos de productos que se quieran incorporar a la oferta del servicio deberán ser sometidos a la oferta de la Universidad. Esto se incumple también en la introducción de un café extra cristal -café con leche en vaso (...) que cobran a 1,10- (...). Todas estas cuestiones provocan las quejas de los usuarios (...), que están presentando directamente ante los órganos universitarios al no contar el concesionario con las correspondientes hojas de reclamaciones, tal y como establece el artículo 1.4 del pliego". A este informe adjunta copia de los siguientes documentos: a) Correos electrónicos en los que un usuario alerta a la Jefa de Servicio de la Administración del Campus de Gijón, con fechas 31 de octubre y 2 y 11 de noviembre de 2016, de diversas irregularidades en la prestación del servicio, a saber: en la lista de precios estos están "por debajo de lo que realmente se cobra (...). No están dando recibos o tickets de lo consumido"; lo "siguen cobrando con los precios antiguos, que son

algo más altos que los que figuran en la lista”, y que “ayer ya no hubo el menú del día a 5,80 (...). Hoy a la hora de abrir estaba el comedor cerrado, porque tenían la vajilla de ayer sin lavar”. b) Lista de precios y tickets en los que figura el encabezamiento “vale de consumo”. c) Correo electrónico que la Jefa de Servicio anteriormente citada remite el día 8 de noviembre de 2016 al representante de la mercantil adjudicataria. En él expresa que “mando por correo algunas de las puntualizaciones que hablamos por teléfono: el menú del día: debe servirse tanto en Marina Civil como en el Aulario Sur. El precio debe ser siempre el ofertado que creo que era 5,80./ En el ticket falta el CIF, nombre completo de la empresa y dirección, y sobra la alusión a la Universidad de Oviedo”. d) Vales de consumo correspondientes a los días 16, 17, 18 y 28 de noviembre de 2016. e) Correos electrónicos cruzados entre el representante de la mercantil adjudicataria y la responsable del contrato, de los que resulta que el día 12 de noviembre de 2016, que era sábado, el contratista pretendió utilizar el comedor de la Escuela de la Marina Civil al objeto de prestar un servicio de comida y café a los participantes en un congreso sin autorización. Tal servicio no llegaría a prestarse según se desprende de las afirmaciones del contratista.

4. El día 30 de noviembre de 2016, la responsable del contrato remite al adjudicatario un escrito en el que le comunica que en el citado Servicio se han recibido quejas relativas “al mal funcionamiento del servicio”, a la “falta de variedad de los productos ofertados”, a la “falta de existencias”, a la “bajada generalizada de la calidad”, al “cobro de importes que no se atienen a la lista de precios”, a la “falta de hoja de reclamaciones a disposición de los usuarios”, y a la “falta de datos fiscales en la factura simplificada que expiden”. A continuación pone de manifiesto “la relación de incumplimientos” del pliego de prescripciones técnicas que tales deficiencias suponen, precisando que, “si bien han modificado la lista de precios haciéndola coincidir con la propuesta realizada por ustedes en la licitación, siguen cobrando cantidades que no se corresponden con el listado./ El precio ofertado por ustedes para los pinchos es

de 0,90 €, sin embargo su precio varía según las fechas, el día 16 de noviembre se cobraba a 1,20 €, el día 21 a 1,20 y el día 28 de noviembre su precio es de 1,10./ Por otra parte, el precio ofertado por ustedes para el menú del día es de 5,80 € y sin embargo desde el inicio del contrato han venido cobrándolo a 6 €. El menú debe ofertarse en las dos cafeterías. Actualmente solo lo ofertan en Marina Civil./ Tal y como dispone el artículo 19.9.a) del pliego de cláusulas administrativas particulares, `en cuanto a gestión del servicio de cafetería comedor contratado, el contratista estará obligado a prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas´./ Lo expuesto supone el incumplimiento de lo dispuesto en los siguientes artículos del pliego de prescripciones técnicas:/ Artículo 1.1, que establece que los precios de venta al público estarán sujetos a la ratificación de la correspondiente tarifa por parte de la Universidad de Oviedo y deberán ser aplicados desde el día del inicio del contrato o de la autorización de revisión de precios del pliego de prescripciones técnicas./ Artículo 1.2, donde se dispone que los precios máximos propuestos por la Universidad son los que, por producto, el licitador proponga en su oferta económica (...). Con fecha 28 de noviembre han colocado ustedes carteles donde indican que existen hojas de reclamaciones. Según queja recibida en este Servicio y formulada por (la persona que identifica), el día 28 de noviembre de 2016 estas no están a disposición de los usuarios (...), lo que supone el incumplimiento de lo previsto en el artículo 1.4 del pliego de prescripciones técnicas, según el cual `el adjudicatario se obliga a tener en todo momento, a disposición de los usuarios, las correspondientes hojas de reclamaciones´ (...). En relación con la falta de variedad de los productos, falta de existencias, les adjunto fotografía de la cafetería del Aulario Sur tomada a las 8:40 horas del día 28 de noviembre, donde puede observarse que no hay ningún producto para ofertar como desayuno, tan solo café (...). Las facturas simplificadas que expiden siguen sin

contener sus datos fiscales, tales como el nombre de la empresa, CIF y dirección de la misma”.

A dicho escrito dice adjuntar los siguientes los siguientes documentos: “Anexo I: copia de las reclamaciones y quejas presentadas./ Anexo II: copia de la oferta de precios para el servicio de cafetería comedor de Aulario Sur de Viesques y Escuela Superior de Marina Civil de Gijón./ Anexo III: copia de los vales de consumo/factura simple expedidos por el servicio de cafetería los días 16, 21, 23, 28 de noviembre de 2016./ Anexo IV: fotografías de los expositores vacíos de la cafetería del Aulario Sur realizada el 28 de noviembre de 2016 a las 8:40 horas”.

Finalmente le “requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 24.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, para que en el plazo de dos días contados a partir del siguiente a la recepción de esta notificación remedie las faltas o defectos observados”.

5. Con fecha 2 de diciembre de 2016, el Gerente de la Universidad de Oviedo dirige un escrito al representante de la contratista en el que le recuerda la relación de incumplimientos advertidos en la ejecución del contrato al objeto de que les “ponga solución”. Refiere los siguientes: “no se respetan los precios ofertados en la licitación (...). No se ofrecen a los usuarios productos de venta obligatoria (...). Se ofrecen productos cuyas tarifas no han sido ratificadas por la Universidad (...). La lista de precios expuesta al público da lugar a confusiones al incorporar el precio máximo establecido por la Universidad para la licitación (...). No dispone de hojas de reclamaciones (...). Realización de actividades fuera del horario y días establecidos en el pliego de prescripciones técnicas sin autorización de la Administración del Campus (...). Expedición de los denominados ‘vales de consumo’ como único justificante de la consumición incumpliendo las obligaciones legales de facturación (...). Problemas importantes de relación con los trabajadores que inciden directamente y perjudican el buen orden del servicio”, los cuales habrían sido objeto de “denuncias de varios sindicatos” y de “usuarios de la Universidad (personal

docente, PAS y alumnos) (...). Prestación deficiente del servicio en ambas cafeterías”, que se concretaría en el “desabastecimiento y escasez de productos tanto en barra como en las máquinas expendedoras de bebidas existentes en los locales”, en la “baja calidad o mal estado de algunos productos”, en la “variedad de pinchos, bocadillos y platos combinados por debajo de la exigida en los pliegos” y en la “desorganización y falta de cumplimiento de compromisos” puestos de manifiesto en las quejas recibidas de los usuarios.

Asimismo, solicita que designe a un interlocutor frente a la Universidad de Oviedo y señale un domicilio a efecto de comunicaciones, otorgándole finalmente “un plazo improrrogable de cinco días hábiles para que subsanen todas las deficiencias o incumplimientos denunciados”, advirtiéndole que transcurrido dicho plazo, “si aún persisten las mismas, la Universidad de Oviedo iniciará el procedimiento de resolución del contrato al existir causas que lo exigen de las enumeradas en la cláusula 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares”.

6. El día 7 de diciembre de 2016, la responsable del contrato dirige a la contratista un requerimiento para que presente, en virtud de lo establecido en el artículo 3.1.1 del pliego de prescripciones técnicas, “los recibos de salarios de los trabajadores correspondientes al mes de noviembre”, sin que conste que tal solicitud haya sido atendida.

7. Con fecha 20 de diciembre de 2016, el Gerente de la Universidad de Oviedo, por delegación del Rector, resuelve iniciar el procedimiento de resolución del contrato y conceder al adjudicatario un plazo de alegaciones de diez días hábiles, “cumpliendo así el trámite de audiencia preceptivo”. En el texto de la resolución se precisa que “agota la vía administrativa” con expresión del régimen de recursos. Según resulta de los antecedentes de hecho del acto señalado, el procedimiento resolutorio se inicia una vez que ha finalizado el plazo concedido al adjudicatario para la subsanación de las deficiencias advertidas en la prestación del servicio “sin que se haya manifestado por parte

de la empresa contratista alegación alguna sobre los incumplimientos indicados y teniendo en cuenta que las quejas siguen siendo constantes”. En el fundamento jurídico primero de la resolución se identifica como causa resolutoria la del artículo 223, letra f), del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; esto es, “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

Con la misma fecha, la Jefa del Servicio de Contratación y Patrimonio (en adelante Servicio instructor) dirige al adjudicatario una comunicación en la que le informa del inicio del procedimiento y del plazo máximo para resolverlo, así como de las normas con arreglo a las cuales se tramitará y los efectos del silencio administrativo. Respecto de esta última cuestión, señala que “si transcurre el plazo señalado sin que se haya dictado y notificado por la Universidad la resolución correspondiente, carece de efectos jurídicos debiendo cumplirse los trámites y producirse los efectos previstos en la legislación de contratos del sector público, con independencia de las normas que sobre duración y efectos del silencio se contienen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

La citada comunicación se traslada al contratista, mediante correo electrónico, el día 20 de diciembre de 2016.

8. El día 13 de enero de 2017, se recibe en el registro de la Universidad de Oviedo un escrito de alegaciones que suscribe el representante de la adjudicataria. En él se queja de “las actitudes del personal adscrito” y “las impresentables instalaciones” del servicio. Refiere que su empresa tuvo que hacer frente a una situación “conflictiva” desde el inicio de la ejecución del contrato debida al “enfrentamiento permanente” del “ámbito social que desarrolla la enlace sindical”, cuyo “único objetivo”, según afirma, es “conseguir que a la buena o a la mala abandonemos la concesión administrativa y para ello no escatima en medios con su conducta”. Manifiesta que si bien la Universidad ha dado credibilidad a las afirmaciones de dicha empleada, que denuncia el

impago de tres mensualidades y “un continuo desabastecimiento y escasez de productos, baja calidad y mal estado de los mismos, desorganización, etc.”, tales imputaciones no responden a la realidad; en cuanto a los impagos, puntualiza que “no es que este dato sea falso, sino que simplemente aún no llevamos 3 meses con la concesión”, y respecto al supuesto desabastecimiento, señala que “todos los días se han realizado compras y suministros”. Al contrario, significa que es la citada trabajadora quien no desarrolla sus funciones “adecuadamente”, cuestionando asimismo su capacitación profesional.

Por lo que se refiere a la falta de hojas de reclamaciones, afirma no entender que “a estas alturas la Universidad de Oviedo no se haya enterado que toda reclamación en los servicios de sus cafeterías ha de resolverse dentro del ámbito de la propia Universidad”, lo que -según indica- “es una exigencia de la Ley de Turismo, toda vez que el servicio es de contratación interna y por lo tanto ninguna cafetería es ningún establecimiento turístico”.

Manifiesta, igualmente, que “se nos acusa de fraude fiscal, de no mantener un correlativo y no entregar tickets, de no facturar el IVA, de cobrar indebidamente los menús y un sinfín de incidencias más que no son más que falsedades”.

Sobre el empleo de los vales de consumo, reseña que la empresa trató de implantar un sistema conforme al cual el usuario “obtiene un ticket de consumo porque primero solicita el servicio, paga y con el correspondiente documento acude al camarero para que se lo entregue”, aunque -según aclara- “ha sido imposible porque ninguna de las empleadas aceptó el sistema; ellas continuaban dando el servicio y posteriormente cobrando, pero no dando el vale de consumo y realizando después el servicio. Esta conducta dio lugar a que se pensara que por nuestra parte era una forma de potenciar un fraude, ya que se afirmaba que no dábamos ticket, y esta afirmación fue asumida por la Administración del Campus, que ha llegado a requerirnos afirmando que el vale de consumo no tiene ticket y carece de correlativo. Por eso aportamos la relación completa y exacta de tickets de las cafeterías”.

Asume como "únicos errores" los de "ofertar otros productos sin autorización, como pasaba con el café en vaso de cristal", y el "precio del menú", respecto del cual explica que "heredamos el tener que realizar el servicio de comida como un buffet (...) y dentro de este servicio no solo figuran refrescos que no forman parte de la oferta del menú sino que además cuenta con café y por lo tanto habría que sumar al precio del menú ofertado, 5,80, el precio del café con leche, 0,85, lo que hace un total de 6,65 cuando sin embargo se ha venido cobrando 6 euros".

Seguidamente realiza una serie de consideraciones relativas a lo que identifica como "apartado económico", calificando el "requerimiento realizado por la Administradora del Campus de Gijón el 7 de diciembre de 2016 para que le entregáramos la justificación de que las trabajadoras habían cobrado el mes de noviembre" de "acoso", dado que "podía haber esperado a una fecha algo más avanzada, pues lo normal es efectuar los pagos de nóminas entre el 1 y el 10 de cada mes, pero nuevamente tiene que salir a citarse a la enlace sindical que se empeña en que ella tiene que cobrar el día 5".

Por otra parte, pone de relieve que "el resumen de caja de noviembre y diciembre, las ventas horarias de noviembre y diciembre (...), demuestran el exceso de plantilla, puesto que solo hay trabajo significativo entre las 10 y las 13 horas y en el caso de Marina podemos añadir la hora de 15 a 16 por el servicio de comedor".

Afirma que el día 1 de diciembre de 2016 ha denunciado a "parte del personal" en la Comisaría de Policía "a fin de que autorizara un seguimiento y control de estas personas y (...) controlar la praxis de la caja a fin de determinar por qué no se corresponde la compra de artículos con las ventas realizadas y por qué los diferenciales son tan disparatados". Entiende que "las compras y la facturación hablan por sí solas, y está claro que el personal no ha cobrado porque no se ha facturado lo suficiente para pagarles, pero sin embargo sí se ha comprado no solo para pagarles sino para obtener beneficios".

Manifiesta poner "a disposición de la Universidad de Oviedo toda la documentación necesaria y que se nos solicite para que proceda a auditar toda la gestión económica desde el 17 de octubre al 31 de diciembre, y que sea la propia Universidad quien determine dónde están los errores, dónde está el dinero que falta y por qué no hay fondos suficientes para hacer frente al pago de las nóminas", e insta de la Universidad el abono de ciertas cantidades que -según señala- se le adeudan, junto con el reintegro del exceso supuestamente facturado en concepto de canon trimestral.

Concluye que la "amenaza de resolución (...) cuando estamos tratando desde el primer día de racionalizar la misma no solo es injusto sino que además demuestra determinadas carencias difíciles de entender".

A su escrito adjunta copia de una voluminosa documentación que incluye: a) Documentos entregados -según indica- al Gerente de la Universidad de Oviedo el día 21 de noviembre de 2016; entre ellos, un escrito en el que el representante de la empresa adjudicataria refiere a tal fecha las dificultades habidas en la prestación del servicio, marcadas -afirma- por el retraso del anterior contratista en abandonar las instalaciones, "por la actitud del personal empleado que desde el minuto uno nos han tenido como a un enemigo a batir", por el hecho de que "todo" se encuentre "en condiciones deplorables" debido a "la falta de higiene, el abandono de las instalaciones todos los días sin efectuar limpieza alguna, la carencia de mantenimiento, la manifiesta irresponsabilidad en la manipulación de alimentos y un largo etcétera inagotable", y dado que "el dinero falta de la caja". A este escrito adjunta un reportaje fotográfico de las instalaciones, diversos requerimientos dirigidos por el representante de la empresa a los trabajadores relacionados con el estado higiénico de las instalaciones y los alimentos, facturas de suministros adquiridos por la empresa entre el 18 de octubre y el 18 de noviembre de 2016 y un "informe de recomendaciones muy importantes en materia de seguridad alimentaria e higiene en la cafetería de la Marina y del Aulario Sur", emitido por un Técnico de Calidad e Higiene en la Industria Alimentaria de una empresa especializada a raíz de la visita realizada a las instalaciones el día 14 de noviembre de 2016, en

el que se pone de relieve la “falta de limpieza y control de estokaje en ambos casos de las cafeterías” y la falta de higiene en la cafetería de la Escuela de Marina Civil, pues el día que se realiza la visita (lunes) “las ollas y demás utensilios de trabajo y elaboración del viernes anterior habían quedado sin limpiar” y en el comedor del mismo centro “no solo no limpian, sino que no se recogen los platos de los comensales del día anterior”. b) Listado de apuntes del diario general de la empresa en el periodo comprendido entre el 17 de octubre al 31 de diciembre de 2016. c) Manual de análisis de peligros y puntos de control críticos de las cafeterías del Aulario Sur y la Escuela de la Marina. d) Propuesta de plan de prevención de riesgos laborales junto con otra documentación en la materia. e) Listados de facturación durante los meses de noviembre y diciembre de 2016. f) Resumen de cajas por arqueos desde el 2 de noviembre de 2016 al 31 de diciembre de 2016, diagramas de barras relativos a las ventas por hora, listado de ventas de artículos, aperturas de cajón y borrados.

9. El día 23 de enero de 2017, la Jefa del Servicio instructor suscribe un informe en el que, tras establecer la “cronología de hechos acaecidos desde la formalización del contrato”, indica que los “problemas en la prestación del servicio” derivan de las causas que seguidamente enumera. Refiere, en primer lugar, la existencia de “problemas entre el concesionario y sus trabajadores, hecho que repercute de forma negativa en la prestación del servicio de cafetería”, significando que no resulta “admisibile” que el contratista aduzca “problemas con el personal para justificar el mal funcionamiento del servicio, siendo competencia del empresario normalizar y ejercer el poder de dirección sobre dicho personal, así como asumir todas las obligaciones de orden laboral que le competen”. En segundo lugar, alude a “problemas en la gestión del servicio de cafetería comedor contratado”, ya que “actualmente los trabajadores se encuentran en situación de huelga indefinida y la apertura y cierre de las cafeterías no cumplen los horarios establecidos. Las listas de precios expuestas al público en un inicio no respondían a las aprobadas por la

Universidad. No disponen de hojas de reclamaciones a disposición de los usuarios, tal como se exige en el pliego de prescripciones técnicas”. Afirma que las citadas circunstancias constituyen un incumplimiento de la cláusula 19.9 del pliego de las cláusulas administrativas particulares, que obliga al contratista a prestar el servicio con la continuidad convenida y cuidar del buen orden del servicio.

Finalmente, concluye que procede resolver el contrato “a la vista de la sucesión de acontecimientos que se han venido produciendo a lo largo de los tres meses de ejecución” del mismo, y “teniendo en cuenta que todos ellos derivan de problemas laborales y organizativos del concesionario que repercuten de forma negativa en la prestación del servicio”.

10. El día 24 de enero de 2017, la Jefa del Servicio instructor eleva al órgano de contratación propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista de “las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, con incautación de la garantía definitiva en su totalidad.

11. Se incorporan al expediente a continuación, entre otros documentos, un escrito que firman tres funcionarias destinadas en el Aulario Sur en el que se da cuenta de cierto incidente motivado por la negativa del contratista a entregar una hoja de reclamaciones.

12. Con fecha 25 de enero de 2017, una Asesora del Servicio Jurídico de la Universidad de Oviedo, con el visto bueno de la Secretaria General, informa favorablemente la propuesta de resolución contractual por considerar que “se ha seguido el procedimiento legalmente establecido” y que “concorre la causa prevista en el artículo 223.f) del TRLCSP y en la cláusula 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares”. Respecto de la cláusula 23, significa que aquella señala como motivos resolutorios “el incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el

presente pliego o en el resto de los documentos contractuales, y en especial el incumplimiento de las prestaciones incluidas en su proposición” y “el abandono del contratista de la prestación objeto del contrato”.

13. El día 30 de enero de 2017, la responsable del contrato informa que “con fecha 19 de enero se inicia huelga indefinida en las cafeterías del Aulario Sur y de la Escuela Superior de Marina Civil”, y que la cafetería de la Escuela Superior de Marina Civil ha estado cerrada los días 19, 20, 23, 24, 25 y 26 de enero de 2017, en tanto que la del Aulario Sur ha cerrado los días 20, 24, 25 y 26 del mismo mes, con apertura el día 19 hasta aproximadamente las 17:30 horas, y de 9:30 a 15:20 el día 23.

14. Con fecha 31 de enero de 2017, el Gerente de la Universidad de Oviedo libra un informe en el que señala que, “a partir del 17 de octubre de 2016 y hasta la fecha, la conflictividad entre empresario y empleados ha ido en aumento hasta convertir el servicio de cafetería en un permanente conflicto laboral que obliga a la Universidad a iniciar el procedimiento de resolución del contrato como única vía posible para resolver la conflictividad existente y el cruce de acusaciones entre unos y otros”. Por lo que se refiere a dicho conflicto, afirma que la empresa “no efectúa el pago de los salarios a los trabajadores, adeudando en la actualidad hasta dos mensualidades”, y que “desde el inicio de la prestación las denuncias por incumplimientos del contratista y las justificaciones del concesionario sobre las mismas se han venido sucediendo de manera continuada sin que la Universidad y los usuarios (...) reciban el servicio de cafetería comedor en las condiciones estipuladas”.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de febrero de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la resolución del contrato de prestación del servicio de cafetería comedor en varios centros de la Universidad de Oviedo (lote 2), 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.

Hemos venido señalando reiteradamente desde el Dictamen Núm. 103/2006 que dicha competencia derivaría de la calificación de la Universidad de Oviedo como Administración pública del Principado de Asturias, y como tal sujeta en su actuación a la legislación administrativa, sin perjuicio de su autonomía para el cumplimiento de sus fines institucionales de docencia e investigación. Hasta la entrada en vigor el pasado 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), venía siendo unánime la consideración de las Universidades públicas como Administraciones públicas. Son numerosísimos los pronunciamientos en la materia, tanto doctrinales como jurisprudenciales -entre los cuales cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2012, de 29 de octubre (ECLI:ES:TC:2012:192)-, que han sostenido tal planteamiento partiendo de la calificación de la naturaleza jurídica de las Universidades en las Leyes configuradoras del régimen jurídico básico de la Administración pública. En algunas de esas normas tal determinación no se expresa de modo directo, sino que requiere tomar como punto de partida la premisa, sobre la que también

existe consenso, de que las Universidades son entidades de derecho público que se encuentran vinculadas a otra Administración pública -en este sentido, pueden citarse los artículos 2.2 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 1.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado-. En otras la calificación se realiza a partir de la asimilación de su régimen jurídico y procedimental al propio de la Administración pública -así, el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades-, aunque también existen disposiciones legales en las se atribuye a las Universidades la calificación de Administraciones públicas de manera expresa, como el artículo 2.1.e) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el artículo 3.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

En la actualidad, la LPACAP y la LRJSP (artículo 2 de ambas normas) parecen haber alumbrado para las Universidades públicas un régimen jurídico diferenciado del que sería propio de las Administraciones públicas y en el que las previsiones normativas que integran el llamado procedimiento administrativo común no resultaría aplicable a las Universidades más que con carácter supletorio en lo que no se encuentre previsto en su normativa específica.

Tratándose de la Universidad de Oviedo, habrá que estar a lo señalado en sus Estatutos, aprobados por Decreto del Principado de Asturias 12/2010, de 3 de febrero, en cuyo artículo 109 se establece que "La Universidad de Oviedo, por su carácter de Administración pública, se ajustará en sus actuaciones a lo establecido en la legislación universitaria específica y en las normas generales sobre actuación y régimen jurídico de las Administraciones públicas". Teniendo en cuenta dicha remisión, y considerando además que la Universidad de Oviedo

se encuentra plenamente sujeta a las normas del TRLCSP de conformidad con lo señalado en su artículo 3.2.c), hemos de concluir que, al margen de cuál haya de ser la exacta calificación de su naturaleza jurídica -entidad integrante del sector público institucional a efectos de la LPACAP y la LRJSP, o Administración pública a efectos del TRLCSP-, las incidencias que surjan en relación con los contratos administrativos que celebre han de regirse por lo establecido en el citado Texto Refundido, cuyo artículo 211.3 impone, al igual que el artículo 13.1, letra n), de nuestra Ley reguladora, la preceptividad del dictamen del órgano consultivo cuando se trate de resolver contratos administrativos y exista oposición del contratista.

SEGUNDA.- Como acabamos de señalar, la consulta preceptiva a este Consejo sobre la resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el asunto ahora analizado existe oposición del contratista, quien considera injusta la resolución contractual que se propone.

TERCERA.- El contrato que analizamos es de indudable carácter administrativo, atendida la naturaleza jurídica de la entidad contratante -que es una Administración pública en el sentido del artículo 3.2.c) del TRLCSP- y lo señalado en el artículo 19.1 del mismo cuerpo legal. Más concretamente, se trataría de un contrato administrativo de naturaleza especial de los del artículo 19.1.b) del TRLCSP, pues la prestación contratada no satisface una finalidad pública de la específica competencia de la Universidad de Oviedo, sino que se trata de un servicio complementario o auxiliar para el cumplimiento de sus fines que, por tanto, estaría vinculado al giro o tráfico de dicha Administración.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -29 de septiembre de 2016-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el TRLCSP 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 por sus normas específicas, aplicándose en lo no previsto en ellas el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, y 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 administrativos 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, en lo esencial, de todos los trámites mencionados, sin perjuicio de lo que a continuación señalaremos.

En lo que al trámite de audiencia se refiere, dado que la garantía cuya incautación se propone fue constituida en metálico, no existen interesados distintos del contratista a los que deba oírse antes de que recaiga la resolución definitiva. La audiencia del adjudicatario se practica una vez cursados varios requerimientos de subsanación de los incumplimientos contractuales constatados por la Universidad desde el comienzo de la prestación; incumplimientos que la resolución de inicio reconduce a la causa recogida en el artículo 223.f) del TRLCSP, referente al incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales establecidas como tales en los pliegos o en el contrato. Ahora bien, sucede que con posterioridad a la evacuación de dicho trámite, más concretamente a partir del día 19 de enero de 2017, los trabajadores de la contrata inician una huelga indefinida, asumiéndose en los informes de la Jefa del Servicio instructor de fecha 23 de enero de 2017 y del Servicio Jurídico que tal circunstancia integraría un nuevo incumplimiento contractual por afectar a la obligación de prestar el servicio con la continuidad convenida, llegando a equipararse la situación de huelga en el último de los informes citados con el “abandono del contratista de la prestación objeto de contrato” al que se refiere la cláusula 23 del pliego de las administrativas particulares. En el informe del Gerente de la Universidad de Oviedo de 31 de enero de 2017 parece subyacer la misma tesis cuando se afirma que el procedimiento de resolución contractual es la “única vía posible para resolver la conflictividad” entre empresario y trabajadores, de la que el paro constituiría el máximo exponente. Sin embargo, puesto que la huelga se inicia en un momento posterior a la evacuación del trámite de audiencia, ocurre que el contratista no ha tenido la posibilidad de conocer formalmente que el abandono del servicio se considera por parte de la Universidad como causa resolutoria, ni se le ha dado la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas frente a dicho incumplimiento. Algo similar sucede con el impago de salarios a los trabajadores al que se alude por primera vez en el informe del Gerente de 31 de enero de 2017, si bien parece que tal circunstancia habría sido admitida por el propio contratista cuando reconoce en el escrito de

alegaciones presentado en el trámite de audiencia que “no es que este dato (el impago) sea falso” y que “el personal no ha cobrado”. Como ha señalado este Consejo en anteriores ocasiones, el trámite de audiencia ha de permitir a los interesados adquirir una visión completa del expediente en garantía de sus derechos de defensa y contradicción, por lo que el momento idóneo para su práctica es aquel en que la instrucción del procedimiento ha finalizado (artículo 82.1 de la LPACAP), ya que si se realizaran nuevos actos tras la celebración de la audiencia estos se les sustraerían con la consiguiente indefensión. Al objeto de prevenir la anulación de actuaciones que pudiera conllevar tal circunstancia en el caso sometido a nuestra consideración, podría retrotraerse el procedimiento al objeto de dar nueva audiencia al interesado y, tras solicitar un nuevo informe al Servicio Jurídico de la Universidad de Oviedo, formular otra propuesta de resolución sometida al dictamen de este Consejo de persistir la oposición del contratista; no obstante, habida cuenta de que existen otros incumplimientos contractuales sobre los que sustentar la resolución, considerando que la pendencia del procedimiento podría ocasionar perjuicios al interés público, y teniendo en cuenta que la retroacción de aquel no cambiaría el sentido de la resolución que ha de ponerle fin, entendemos que procede, de acuerdo con los principios de economía procesal y eficacia, continuar con la tramitación resolviendo el asunto, si bien, al objeto de salvaguardar el carácter contradictorio del procedimiento, habrán de tomarse en consideración únicamente los incumplimientos contractuales que el interesado ha tenido la oportunidad de discutir en el trámite de audiencia, al análisis de los cuales se ceñirá este dictamen. 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.

Por otro lado, ha de valorarse positivamente que se haya comunicado al interesado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPACAP, el plazo máximo establecido para la resolución y notificación y los efectos del silencio administrativo. Sin embargo, advertimos que la citada comunicación

adolece de la debida claridad en lo que se refiere a una cuestión esencial, como es la relativa al efecto de la falta de resolución en plazo, al señalar que “si transcurre el plazo señalado sin que se haya dictado y notificado por la Universidad la resolución correspondiente, carece de efectos jurídicos debiendo cumplirse los trámites y producirse los efectos previstos en la legislación de contratos del sector público, con independencia de las normas que sobre duración y efectos del silencio se contienen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. Siendo tal efecto la caducidad del procedimiento con archivo de las actuaciones -cuestión sobre la que volveremos más adelante-, lo procedente habría sido indicarlo así directamente.

Siguiendo con el examen de las actuaciones practicadas, hemos de recordar a la autoridad consultante la necesidad de extremar el celo al realizar la calificación de cada una de las actuaciones administrativas, evitando errores como el cometido respecto de la resolución de inicio -en cuyo texto se expresa que “agota la vía administrativa”- que pudieran confundir a los interesados sobre la verdadera naturaleza de los actos notificados.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución contractual, los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al “órgano de contratación”. El contrato de cuya resolución se trata fue adjudicado por el Gerente de la Universidad de Oviedo. Entendemos que la resolución de adjudicación, que no obra entre la documentación remitida a este Consejo, debió adoptarse por delegación del Rector, que es el órgano de contratación de la Universidad a tenor de lo establecido el artículo 60, letra s), de los Estatutos de la Universidad de Oviedo, aprobados por Decreto del Principado de Asturias 12/2010, de 3 de febrero. Por la misma razón, a menos que el titular de la competencia avoque para sí su ejercicio, habrá de ser el Gerente quien suscriba por delegación la resolución que ponga fin al procedimiento, y ello en aplicación de lo dispuesto en el anexo VIII, apartado 1, letra e), de la Resolución de 2 de junio de 2016, del Rector de la Universidad de Oviedo, por la que se aprueban las funciones y la estructura general de gobierno del Rectorado de la

Universidad, se delega el ejercicio de funciones propias y se establece el régimen de suplencias, en relación con lo establecido en el artículo 20.2, letra i), de las bases de ejecución del Presupuesto de la Universidad de Oviedo para el ejercicio 2017.

Finalmente, ha de hacerse una referencia a los efectos del transcurso del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, aspecto este sobre el que la Administración instructora -como ya hemos indicado- no ha efectuado un pronunciamiento claro. El TRLCSP dedica el apartado 2 de su disposición final tercera a tratar los efectos del silencio en los procedimientos tramitados a instancia de los interesados, pero no establece la regla aplicable a los procedimientos iniciados de oficio. Sobre el particular, reiterada 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) viene señalando que, al no establecer la legislación contractual específica el plazo máximo de tramitación ni los efectos del silencio en los procedimientos resolutorios, ha de estarse a lo sentado en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común. En el asunto que nos ocupa, puesto que el procedimiento de resolución contractual se inicia una vez en vigor la LPACAP, debe atenderse a lo dispuesto en sus artículos 21.3.a), 22 y 25.1.b), de los que resulta que el plazo máximo para resolver expirará transcurridos tres meses desde el acuerdo de iniciación a menos que la Administración acuerde suspender dicho cómputo de concurrir causa legal para ello. En todo caso, si el citado plazo máximo llegara a consumirse antes de notificar la resolución que ponga fin al procedimiento, lo que no ha tenido lugar a la fecha de emisión de este dictamen, se produciría la caducidad y la Universidad vendría obligada a declararla ordenando asimismo el archivo de las actuaciones; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites del anteriormente tramitado, si los motivos resolutorios persistieran.

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. Previstas con carácter general las causas resolutorias en el artículo 223 del TRLCSP, la letra f) alude al “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, siendo este el motivo resolutorio invocado en el caso que analizamos.

Respecto de esta causa legal, ha señalado este Consejo en anteriores ocasiones (Dictámenes Núm. 232/2011, 65/2014 y 30/2015) que en principio debe ser objeto de interpretación restrictiva, evitando extender con carácter general el presupuesto contemplado en la norma al incumplimiento de cualquier obligación no calificada en los pliegos o en el contrato como “esencial”. Ahora bien, también hemos indicado que tal interpretación, necesariamente rigurosa en aras de la seguridad jurídica, no debe llevarse al extremo de perjudicar el interés general por causa de la mera imprevisión en los pliegos o en el contrato de la potencialidad resolutoria de incumplimientos que no son nimios, sino que afectan de manera relevante a la sustancia misma del contrato impidiendo la consecución de su objeto.

En el asunto que nos ocupa sucede que ninguna de las obligaciones cuyo incumplimiento se reprocha al contratista ha sido calificada expresamente en los pliegos ni en el contrato como esencial, pareciendo más bien que la Universidad articula la causa del artículo 223.f) como epígrafe comprensivo de todos los incumplimientos detectados durante las actuaciones previas practicadas inmediatamente antes de la incoación del procedimiento. Así ha debido entenderlo también el contratista, quien en el trámite de audiencia celebrado contesta a los concretos incumplimientos que se le achacan.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizaremos a continuación cada uno de los motivos resolutorios -con la salvedad señalada en la consideración anterior a propósito de los aducidos con posterioridad a la sustanciación del trámite de audiencia- indagando sobre si resultan acreditados, si disponen de virtualidad por sí mismos para originar la resolución del contrato al margen de su encaje en la causa invocada o, en caso contrario, si pueden reconducirse a esta última por afectar sustancialmente a la consecución del objeto contractual. Asimismo, y puesto que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establece un sistema conforme al cual los incumplimientos deben ponerse de manifiesto al contratista requiriéndole para su subsanación antes de acordar la resolución del contrato -con carácter general en la cláusula 24, y para incumplimientos concretos en las cláusulas 23.1.c) y 23.2-, hemos de verificar si se ha cumplido con dicho trámite.

Los incumplimientos que se imputan al contratista, reflejados en el último de los requerimientos que se le dirigieron para que procediese a su subsanación, más concretamente en el cursado por el Gerente de la Universidad de Oviedo con fecha 2 de diciembre de 2016, son los siguientes: "no se respetan los precios ofertados en la licitación (...). No se ofrecen a los usuarios productos de venta obligatoria (...). Se ofrecen productos cuyas tarifas no han sido ratificadas por la Universidad (...). La lista de precios expuesta al público da lugar a confusiones al incorporar el precio máximo establecido por la Universidad para la licitación (...). No dispone de hojas de reclamaciones (...). Realización de actividades fuera del horario y días establecidos en el pliego de prescripciones técnicas sin autorización de la Administración del Campus (...). Expedición de los denominados `vales de consumo´ como único justificante de la consumición incumpliendo las obligaciones legales de facturación (...). Problemas importantes de relación con los trabajadores que inciden directamente y perjudican el buen orden del servicio (...). Prestación deficiente del servicio en ambas cafeterías".

Por lo que se refiere a los incumplimientos consistentes en la prestación de servicios por un precio superior al comprometido en la proposición y a la

venta de productos cuyos precios no han sido aprobados por la Universidad, se encuentran acreditados, pues así resulta del cotejo de los "vales de consumo" que obran en los folios 264 a 270 del expediente con la oferta del adjudicatario (folios 67 y 68). Consta asimismo que se advirtió al contratista para que procediese a corregirlos en diversas ocasiones, en lo relativo a la percepción de un precio por el menú superior al convenido mediante correo electrónico fechado el día 8 de noviembre de 2016, y por lo que se refiere a ambos incumplimientos mediante escritos de la responsable del contrato de 30 de noviembre de 2016 y del Gerente de la Universidad de Oviedo de 2 de diciembre de 2016. En la última de las ocasiones señaladas se concedió al adjudicatario un plazo de subsanación de cinco días hábiles al amparo de lo previsto en la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares, y resulta que a la fecha de incoación del procedimiento resolutorio, el día 20 de diciembre de 2016, tales incumplimientos no se habían remediado, pues así se desprende de lo referido en la resolución de inicio, en la que se expresa que esta se dicta una vez finalizado el plazo concedido para su subsanación "sin que se haya manifestado por parte de la empresa contratista alegación alguna sobre los incumplimientos indicados y teniendo en cuenta que las quejas siguen siendo constantes". Pero resulta, además, que la realidad de los citados incumplimientos habría sido reconocida por el propio adjudicatario en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, quien asume que ha ofrecido a los usuarios "productos sin autorización" y que cobra el menú a un precio que excede el establecido en su oferta. Por otra parte, no resultan de recibo las justificaciones aducidas por el contratista en descargo de su proceder respecto del precio del menú, pues, debiendo constar este de dos platos, postre, pan, agua, vino o cerveza, según se recoge en el adjunto al anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se establece el modelo de la oferta de precios, el supuesto exceso de coste que pudiera conllevar el despacho de productos no comprendidos en el menú, como café o refrescos, ha de ser de su cargo. Tales incumplimientos tienen una trascendencia resolutoria fuera de toda duda. Al cobrar precios más altos u

ofertar productos distintos de los propuestos en el momento de la licitación el adjudicatario incumple lo establecido en la prescripción 1 del pliego de las técnicas, siendo la consecuencia de ello -según la prescripción 3 del mismo pliego- la resolución del contrato; a mayor abundamiento, tal incumplimiento tiene una relevancia que va más allá de una simple falta de compromiso con lo acordado, pues al proceder de esta forma podría verse afectado el principio de concurrencia que ha de presidir no solo la licitación sino toda la vida del contrato. En el caso que analizamos, resulta de la cláusula 13 del pliego de las administrativas particulares que los precios de los productos constituyen la partida más relevante, a efectos de valoración, de las que integran la oferta económica del licitador, que a su vez supone el 60% de la puntuación total correspondiente a cada proposición. No puede admitirse, por tanto, que durante la vigencia del contrato el prestador del servicio altere unilateralmente al alza los precios que han servido de fundamento a la adjudicación, pues si se hubieran fijado como precio tipo de la licitación precios idénticos a los cobrados por el adjudicatario -así, 1,10 € por un café en lugar de 0,90 € que es el precio tipo fijado en el adjunto al anexo I- es posible que el contrato hubiese sido adjudicado a un empresario distinto o hubieran concurrido otras empresas a la licitación.

Siguiendo con el examen de los incumplimientos, y respecto al consistente en que “no se ofrecen a los usuarios productos de venta obligatoria”, hemos de comenzar por apuntar que, aunque en el requerimiento del Gerente de la Universidad no se concreta a qué se refiere exactamente tal extremo, resulta de los informes que suscribe la responsable del contrato con fechas 21 y 30 de noviembre de 2016 que en la cafetería del Aulario Sur no se sirve el menú, existiendo además escasez de otros productos. A la fecha de incoación del procedimiento resolutorio la adjudicataria no había atendido los requerimientos previos cursados para la subsanación de dichos incumplimientos, que en lo relativo a la obligatoriedad de servir el menú en las dos cafeterías incluidas en el objeto del contrato se habría cursado por primera vez el día 8 de noviembre de 2016, y en lo referente a la falta de existencias el

día 30 del mismo mes. El representante de la mercantil contratista -que no desmiente la falta de prestación del servicio de comedor en la cafetería señalada, por lo que ha de entenderse que implícitamente la asume- niega que pueda imputársele escasez de productos en sus instalaciones, aportando en apoyo de esto último justificantes de compra a cargo de su empresa. No puede entenderse, sin embargo, que tales documentos alcancen a desvirtuar los incumplimientos constatados por la Administración, pues no se ha acreditado que los productos adquiridos sean realmente destinados a surtir la cafetería universitaria.

Respecto al incumplimiento consistente en la exposición de una lista de precios que incorpora el precio máximo de la licitación induciendo a confusión sobre la realidad de las tarifas comprometidas, advertimos que se habría subsanado antes del inicio del procedimiento de resolución contractual, según resulta de lo actuado, ya que en el requerimiento que la responsable dirige al adjudicatario el día 30 de noviembre de 2016 se indica que "han modificado la lista de precios haciéndola coincidir con la propuesta realizada por ustedes en la licitación". Por ello, superado el incumplimiento, no resulta procedente la resolución del contrato por tal causa.

Por otro lado, tampoco deberá fundamentarse esta en la "realización de actividades fuera del horario y días establecidos en el pliego de prescripciones técnicas sin autorización de la Administración del Campus", ya que, aunque el propio contratista admite que trató de prestar un servicio en la cafetería de la Escuela de la Marina Civil el día 12 de noviembre de 2016 y resulta de lo informado por la responsable del contrato que carecía de autorización para ello, no consta que el mismo llegara a realizarse.

Se imputa al adjudicatario, asimismo, el incumplimiento de las obligaciones de tener hojas de reclamaciones a disposición de los usuarios y de expedir facturas en forma reglamentaria, consignadas en la prescripción 3 del pliego de las técnicas. Tales incumplimientos se encuentran acreditados, pues obran en el expediente copias de varios tickets entregados como justificantes de la operación junto con el testimonio de varias funcionarias que dan cuenta

de la negativa del responsable del contrato a dar una hoja de reclamaciones; no han sido subsanados pese a haber sido requerida su corrección en diversas ocasiones -en lo relativo a los tickets o facturas mediante correo electrónico fechado el 8 de noviembre de 2016 y por lo que se refiere a ambos incumplimientos mediante escritos de la responsable del contrato de 30 de noviembre de 2016 y del Gerente de la Universidad de Oviedo de 2 de diciembre de 2016-, y han sido asumidos por el propio contratista, quien, no obstante, rechaza que exista obligación de entregar dichas hojas a los usuarios que las soliciten aduciendo argumentaciones inadmisibles para tratar de justificar que no entregue a los usuarios la factura reglamentaria. Tales irregularidades, que llevan aparejado el incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las Obligaciones de Facturación, y del artículo 27 de la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios, constituyen causas de resolución contractual, según se desprende de la prescripción 3 del mismo pliego. Por esta razón procede fundamentar en ellas la resolución propuesta, teniendo en cuenta, además, que tanto la entrega de hojas de reclamaciones como la expedición de facturas sirven a la finalidad de controlar que la prestación del servicio se ajusta a las condiciones convenidas por las partes, y, al igual que se ha señalado a propósito de la observancia de las tarifas aprobadas, con el cumplimiento de tal obligación también se contribuye a salvaguardar el principio de concurrencia.

Por el contrario, entendemos que debe abstenerse la Universidad de sustentar la resolución propuesta en los "problemas importantes de relación con los trabajadores". El contratista ha asumido la obligación de prestar el servicio en las condiciones comprometidas y cuando la incumple por dificultades económicas, organizativas o de índole social atinentes a su empresa las razones que se encuentren en la base de tal incumplimiento han de resultar indiferentes a la Administración. Basta con comprobar si el servicio se presta o no adecuadamente, siendo innecesario a tal fin indagar en las causas de un incumplimiento que, en último término, solo sería imputable a la adjudicataria,

a quien corresponde ejercer todas las facultades inherentes al poder de dirección empresarial.

Por lo que se refiere a la "prestación deficiente del servicio en ambas cafeterías", que se concretaría en el "desabastecimiento y escasez de productos tanto en barra como en las máquinas expendedoras de bebidas existentes en los locales", en la "baja calidad o mal estado de algunos productos" y en la "variedad de pinchos, bocadillos y platos combinados por debajo de la exigida en los pliegos", deberá valorar la autoridad consultante si dispone de pruebas suficientes sobre las que sustentar la realidad de tales incumplimientos, de los cuales este Consejo no tiene constancia más allá de la referencia por parte de la responsable del contrato a una fotografía que evidenciaría el desabastecimiento de las instalaciones en un momento puntual.

Sentado que los incumplimientos constatados no pueden ser achacados sino al contratista, quien -como ya se ha puesto de manifiesto- no puede descargar en terceros su responsabilidad, nos ocuparemos a continuación de los efectos resolutorios. Propone al respecto la Universidad incautar totalmente la garantía definitiva constituida en su día por importe de 1.000 euros. La cláusula 23.4 del pliego de las administrativas particulares, de redacción prácticamente idéntica a la del artículo 225.3 del TRLCSP, establece que "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Universidad de Oviedo 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". Este Consejo viene manteniendo reiteradamente (entre otros, Dictámenes Núm. 43/2015 y 98/2016) 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, quien, a la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, habrá de guiarse por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, con lo que deberá garantizar en cualquier caso la audiencia del

contratista en la determinación del *quantum* indemnizatorio. En el caso que analizamos, aunque en principio no parece irrazonable que los perjuicios causados por la resolución del contrato se cuantifiquen en un valor equivalente al importe de la fianza, lo cierto es que no consta que se haya practicado ninguna liquidación de daños en forma contradictoria, por lo que estimamos acertado que se proceda a resolver el contrato acordando la retención de la garantía definitiva por el tiempo indispensable para instruir el procedimiento de liquidación de daños con participación del contratista.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede la resolución del contrato de prestación del servicio de cafetería comedor en varios centros de la Universidad de Oviedo (lote 2), sometido a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.