

Expediente Núm. 183/2018
Dictamen Núm. 194/2018

V O C A L E S :

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

Secretario General Adjunto:
Mier González, Manuel Eduardo

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de septiembre de 2018, 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 10 de julio de 2018 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, y una vez atendida por escrito de 16 de agosto de 2018 -registrado de entrada el 21 del mismo mes- nuestra solicitud de documentación, examina el expediente de resolución del contrato del servicio de actividades socioculturales, recreativas, artísticas y de ejercicio físico para personas mayores usuarias del servicio de atención residencial prestado por el organismo autónomo ERA, lotes 1 y 2.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (en adelante ERA) de 29 de diciembre de 2017, se adjudica el contrato de servicios de actividades socioculturales, recreativas, artísticas y de ejercicio físico para personas

mayores usuarias del servicio de atención residencial prestado por el organismo autónomo (lotes 1 y 2) a

El día 31 de enero de 2018 se formalizan los contratos correspondientes a los lotes 1 -musicoterapia- y 2 -alfarería- en documento administrativo. Por lo que se refiere al lote 1, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece en su cláusula 2.1.1 que deben impartirse 1.144 horas anuales, 22 semanales, y, en relación con el lote 2, 676 horas anuales, 13 semanales, reseñándose en ambos casos que el "servicio se prestará todos los meses del año con arreglo al calendario y horario establecido en el pliego de prescripciones técnicas". En la cláusula 2.4 de este último se indica que se prestarán los servicios "con arreglo al calendario y horario, preferentemente de tarde, que determinen los Directores de los establecimientos", fijándose las "horas de prestación del servicio (...) en función de la ocupación real de los centros en cada momento, sin perjuicio de las modificaciones a que pudiera haber lugar una vez se inicie la ejecución del contrato, con arreglo a lo dispuesto en la cláusula 2.7.10" del propio pliego técnico.

En cuanto a los medios personales, tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares (2.2 -"Cláusulas especiales de licitación"-) como el pliego de prescripciones técnicas (4 -"Medios que deberá aportar el adjudicatario a la prestación del servicio"-) disponen que "los licitadores deberán comprometerse a adscribir a cada uno de los lotes como mínimo dos monitores con capacitación profesional suficiente y aptitudes idóneas para atender las prestaciones objeto de cada contrato, que desarrollarán cada actividad o taller de manera simultánea, para garantizar una adecuada atención a los residentes y una correcta prestación del servicio".

2. Con fecha 21 de marzo de 2018, la Directora Gerente del ERA dicta resolución de inicio del expediente de resolución de los contratos descritos (lote 1 -musicoterapia- y lote 2 -alfarería-). En ella señala que "en fecha 23 de febrero de 2018" la empresa adjudicataria presenta un escrito en el que

manifiesta que “a partir del próximo 26 de febrero de 2018 cada uno de los centros polivalentes y residencias (...) beneficiarios de los talleres de musicoterapia y alfarería contará con un monitor por sesión, conforme a la literalidad de la cláusulas 2.2.4.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) y del punto 4.1 del pliego de prescripciones técnicas./ Desde el inicio de la prestación del servicio de talleres (...) contamos con 4 monitores de musicoterapia y 3 monitores de alfarería que imparten sesiones o clases de manera simultánea en los distintos (centros polivalentes y residencias), en cumplimiento con el compromiso de adscripción de medios personales descrito en los pliegos del contrato, donde se exige un mínimo de dos monitores por cada uno de los lotes que desarrollarán cada actividad o taller (no se habla de clase, sesión o sinónimo) de manera simultánea”, y pone de relieve que “los términos ‘actividad’ o ‘taller’ son sinónimos de curso, en ningún caso de clase, no constando definido de otra forma tampoco en los pliegos”.

Se detalla que el “26 de febrero de 2018 se emiten instrucciones relativas a las incidencias de ejecución” en las que se deja constancia de que “la expresión ‘actividad o taller’ establecida en todas las cláusulas apuntadas de los pliegos rectores de la contratación, relativas a la obligación de la empresa de adscribir, como mínimo, dos monitores que deben desarrollar cada actividad o taller de manera simultánea, debe ser entendida como equivalente a sesión o clase a impartir semanalmente en cada uno de los centros objeto del contrato”.

Indica que “a fecha 20 de marzo de 2018”, y a la vista de los informes emitidos por los responsables del contrato, “resulta acreditado el incumplimiento de la adscripción de los medios personales desde el inicio del contrato referente al lote 1 y 2 hasta la fecha, no produciéndose la adscripción al servicio de los medios personales exigidos en los centros en virtud de la interpretación dada por el órgano de contratación”.

Figuran incorporados al procedimiento 4 informes de centros beneficiarios de los servicios en este sentido. Así, la Directora del Centro

Polivalente de Recursos de Pola de Siero advierte, el 20 de marzo de 2018, entre otras incidencias, que “falta (...) un segundo monitor que ayude en la organización del grupo, ya que una persona es insuficiente para controlar y trabajar con el colectivo al que van dirigidas las sesiones”. El Responsable del Centro Polivalente de Recursos de Tineo reseña, el 7 de marzo de 2018, que la contratista debe adscribir “a la ejecución del servicio durante el periodo de ejecución del contrato un mínimo de dos monitores para atender las prestaciones de cada una de las actividades de musicoterapia y alfarería, tal como se recoge en los pliegos”. Por su parte, el Director de la Residencia de Grado y el Responsable del Centro Polivalente de Recursos de Belmonte informan, con fechas 6 y 8 de marzo de 2018, que “las sesiones de musicoterapia semanales, iniciadas el 5 de febrero de 2018 (...), las imparte un único especialista cuando en el pliego se indica que ha de ser desarrollada por dos profesionales” y que se están “ejecutando las actividades de musicoterapia y alfarería con un solo monitor para cada una de las actividades desde el inicio del contrato”, respectivamente.

3. Mediante escrito fechado el 26 de marzo de 2018, el representante de la adjudicataria manifiesta que “habiendo sido notificado el inicio de expediente de resolución de los lotes 1 y 2 (...) y no estando conforme con el mismo presentamos/ oposición a la resolución-alegaciones”.

Indica que “no procede el expediente iniciado, ya que conforme a la literalidad de la cláusula 2.2.4.1.2 del pliego de cláusulas administrativas (...) y del punto 4.1 del pliego de prescripciones técnicas (...) la empresa adscribirá a cada uno de los lotes dos monitores con capacitación legal suficiente. Es decir, la empresa adjudicataria adscribirá a cada lote (lote 1 musicoterapia, lote 2 alfarería, lote 3 manualidades y lote 4 gerontogimnasia) dos monitores, no a cada clase o sesión, como se interpreta por el ERA./ Como ya hemos apuntado en nuestro escrito de (...) 8 de marzo de 2.018, desde el inicio de la prestación del servicio de talleres (...) contamos con cuatro monitores de musicoterapia

que imparten sesiones o clases de manera simultánea en los distintos (centros polivalentes y residencias) (...). Los términos `actividad` y `taller` son sinónimos de curso, en ningún caso de clase, no constando definido de otra forma tampoco en los pliegos”.

Considera que se han vulnerado “los criterios de interpretación de los pliegos contractuales” porque “en el pliego no se habla (...) ni de clases ni de sesiones, sino de lotes (...). Obvia el ERA que si hubiese que impartir cada clase o sesión por dos personas no sería suficiente con dos monitores por lote, ya que en el lote 1 se dan clases en 16 residencias de las cuales 6 tienen el servicio semanal, por lo que sería materialmente imposible que en horario de tarde se atendiesen todas las residencias; por ello, la única forma de organizar el servicio es que las dos personas trabajen simultáneamente en residencias distintas./ Atendiendo a la literalidad de los conceptos, entendemos que nuestra interpretación del artículo viene avalada por la propia Real Academia de la Lengua (...), toda vez que en su diccionario no otorga a los términos `actividad` o `taller` el significado de clase o sesión en ninguna de sus acepciones”.

Subraya que la adscripción de más de un profesor a cada clase o sesión es una excepción, y que como tal debió ser resaltada “con cierta notoriedad y de manera clara” por la Administración.

Por último, reseña que la facultad de interpretar los contratos “prevista en los artículos 59.1 y 249 del TRLCAP ha de ejercerse (...) dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia Ley y en la legislación específica que resulte de aplicación”, por lo que la “prerrogativa de interpretación (...) no es una vía para su reformulación, ni puede encubrir modificaciones”. Afirma que en la tarea interpretativa debe acudir a los criterios del Código Civil, y que “la motivación de la resolución notificada no es ajustada a derecho” al basarse en el argumento de que “la Administración es la redactora de los pliegos de las condiciones contractuales” y que es “quien mejor conoce y puede establecer cuál es el sentido que mejor orienta el interés

público”, concluyendo que “la interpretación efectuada por el ERA está al margen de todos los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1281 a 1289 de nuestro Código Civil, aplicable al caso”.

Adjunta al escrito tres documentos, dirigidos por la adjudicataria a la Residencia de Grado y a los Centros Polivalentes de Recursos de Belmonte y de Tineo el 8 de marzo de 2018, en los que justifica la correcta ejecución del contrato con base en las exigencias de los pliegos.

4. El día 4 de mayo de 2018, el representante de la adjudicataria presenta un escrito en las dependencias de correos en el que expone que, “habiéndose dado traslado de la propuesta de resolución en el expediente de referencia con fecha 26 de abril del año en curso (...) y no estando conforme con la misma”, presenta alegaciones. En ellas, tras analizar cada uno de los antecedentes y fundamentos de derecho de la propuesta de resolución que -según afirma- se le ha notificado, sin que la misma figure incorporada al expediente, señala que “nunca se puso de manifiesto expresamente a la empresa las causas de su exclusión” del lote 3, y que “la Administración ya pudo inferir de nuestra justificación económica que las ofertas presentadas en los lotes 1 y 2 estaban realizadas igualmente conforme a la literalidad de los pliegos, asignando un monitor por clase./ Dejamos citado el referido expediente a los efectos probatorios oportunos y aportamos (...) notificación a la empresa para justificación económica de la oferta anormal o desproporcionada del lote 3, escrito de justificación de la misma y comunicación de denegación referente al lote 3” (Resolución de 9 de enero de 2018).

Pone de relieve que “en los lotes 1 y 2 la empresa” que cita “presenta ofertas económicas más bajas que las de nuestra entidad, apoyando esta circunstancia nuestra interpretación, pues es del todo imposible justificar una oferta inferior a la nuestra teniendo que realizar el doble de horas de servicio. Esto supone que (dicha empresa) también interpretó el pliego de condiciones de la misma forma que nuestra entidad”. Añade que se requirió a la

adjudicataria “por parte de la Administración, mediante escrito de fecha 30-11-2017 (...), la presentación (...) de un proyecto de las actividades o talleres a desarrollar durante la ejecución del contrato donde se detallara la planificación y los contenidos (...), indicando literalmente que `la falta de conformidad del proyecto de las actividades o talleres a desarrollar con las especificaciones establecidas en las referidas prescripciones técnicas, a salvo de lo que la Mesa pudiera acordar en cuanto a su posible subsanación, será causa de la exclusión de la licitación´. Pues bien, en nuestras propuestas técnicas o proyectos de gestión cada vez que se hace referencia a una clase o sesión hablamos de un monitor en singular”, y precisa que así consta, a modo de ejemplo, en las páginas que menciona del proyecto de musicoterapia y en el de alfarería. Indica que “de la lectura de ambos proyectos se infiere con absoluta claridad que la empresa va a disponer de un único monitor por clase. Es por ello que el ERA nos debería haber excluido de la licitación o cuando menos habernos requerido para subsanación. Se adjuntan (...) los proyectos de gestión presentados./ Por último, hacer notar que en el lote 4 la empresa adjudicataria (...) ha presentado una oferta inferior a la nuestra en un 15,50 % (...). Ante esta oferta nos hemos puesto en contacto con la mencionada empresa, adjudicataria también del lote 3, y su coordinador del programa nos confirma que hicieron la misma interpretación (...) y dispusieron un solo monitor en cada clase, y que a raíz de las discrepancias surgidas con (la adjudicataria), una vez transcurrido más de un mes del inicio del programa, la Administración les exigió dos monitores por sesión (...). Se aporta (...) Acta de la primera reunión de la Mesa de Contratación”.

Manifiesta que “con fecha 27-2-18 por el Servicio de Contratación (...) se emiten instrucciones a los directores de residencia y a la empresa y se aclara” que “la expresión `actividad o taller´ establecida en todas las cláusulas (...) relativas a la obligación de la empresa de adscribir, como mínimo, dos monitores que deben desarrollar cada actividad o taller de manera simultánea debe ser equivalente a sesión o clase a impartir semanalmente en cada uno de

los centros objeto del contrato’./ Esta aclaración pone precisamente de manifiesto que de la literalidad de los pliegos no se desprende que los dos monitores capacitados son a cada actividad o taller, sino a cada uno de los lotes; de ahí que con las instrucciones de fecha 27-1-18 (*sic*) lo que realmente se está haciendo por el Servicio de Contratación es complementar indebidamente lo que los pliegos no contienen”.

Subraya que la interpretación “literal no es caprichosa, ya que en base a ella realizó la oferta económica en la licitación, oferta muy ajustada”, que expone pormenorizadamente. Según los cálculos que recoge, para el lote 1 -musicoterapia- la “suma de todos los gastos presupuestados es de 111.076,25 €, lo que arroja un superávit neto antes de impuestos de 21.043,75 €, lo que supone un 15,92 %”, y para el lote 2 -alfarería- la “suma de todos los gastos presupuestados es (de) 55.929,99 €, lo que arroja un superávit neto antes de impuestos de 5.900,01 €, lo que supone un 9,54 %”. A continuación refleja los datos “según la interpretación de la Administración”, lo que -a su juicio- implica “duplicar el número de horas de servicio, al ser dos monitores por clase”, ascendiendo las pérdidas en el lote 1 a 27.820,44 € y en el lote 2 a 26.852,99 €.

Tras reiterar lo manifestado en el trámite de audiencia anterior sobre la facultad de interpretación de los pliegos, e insistir en que se han vulnerado los criterios de interpretación, sostiene que la Administración contraviene, asimismo, el principio de seguridad jurídica imponiendo obligaciones *ex novo* que no venían reflejadas en los pliegos, que tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el de prescripciones técnicas se identifica lote con actividad o taller y que “no encontramos ni una sola alusión en las cláusulas generales a las palabras sesión-clase que pudiese entrar en contradicción con las definiciones atribuidas en el pliego a las palabras actividad o taller”. Al contrario, “en la página 27-28 del pliego de condiciones administrativas (...) aparece expresamente incluso la identidad entre actividad y taller. Ejemplo: para el lote 1 -actividad/taller musicoterapia- importe (...)”. En

idéntico sentido, destaca que en el pliego de prescripciones técnicas “a lo largo de la página 3 a todas las actividades encuadradas en el apartado 2.2 se les denomina servicio, talleres y no aparece nada que cuando se refiere a taller o actividad se habla de sesiones o clases”.

También pone de relieve que otras empresas adjudicatarias interpretaron el pliego de la misma manera, ajustándose a su “literalidad”, y que los informes de los centros sobre las deficiencias en la ejecución de los contratos “son emitidos con posterioridad a la Resolución de fecha 21-3-18 (...). Son informes realizados a requerimiento del ERA ‘a propósito’ para el ya iniciado expediente de resolución”, examinando a continuación algunas de las contradicciones en las que incurren.

Finaliza proponiendo prueba documental, consistente en el “expediente administrativo completo”, 13 documentos que señala aportar pero que no se encuentran incorporados al remitido, el “expediente completo referido a los lotes 3 y 4” y el “expediente completo referido a los lotes 1 (y) 2”, y prueba testifical del Coordinador del Programa, de la Jefa de la Sección de Contratación del ERA y del representante legal de la adjudicataria de los lotes 3 y 4.

5. Con fecha 24 de mayo de 2018, la Jefa de la Sección de Contratación Administrativa del ERA elabora dos propuestas de resolución con idéntica argumentación, una por cada uno de los lotes, en el sentido de resolver el contrato. En ellas señala que “resulta de aplicación la causa de resolución contemplada en el artículo 223.f) del TRLCSP, reiterada en la cláusula 2.9 del (pliego de cláusulas administrativas particulares) que rige la presente contratación, con arreglo a la cual procede la resolución del contrato ante el incumplimiento de la adscripción de los medios personales exigidos y, por ende, de una de las obligaciones esenciales del contrato mencionada en la cláusula 2.7.4, existiendo la certeza de producirse un perjuicio al interés público de continuarse ejecutando la prestación en dichos términos”.

Expone que “notificada al interesado propuesta de resolución (...) presenta alegaciones con fecha de registro 09-05-2018 en las que reitera los argumentos esgrimidos (en su escrito de 26 de marzo de 2018), añadiendo que la Administración no facilitó el dato relativo a que las personas destinatarias tengan deterioros cognitivos graves o movilidads reducidas, lo que dice sería ‘una pista’ de la necesidad de dos monitores”.

A propósito de las facultades de interpretación de los contratos, indica que “la Administración se ajusta en su interpretación a la literalidad de lo recogido en los pliegos; esto es, que la actividad se desarrolle de forma simultánea por dos monitores, la interpretación lógica del término ‘simultánea’ exige que ambos monitores desarrollen la actividad al mismo tiempo y en el mismo lugar, siendo pues patente la finalidad del contrato de prestar una adecuada atención a los usuarios”.

A continuación alude al “artículo 223.f) del TRLCSP”, en el que se contemplan, entre las causas de resolución del contrato, “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, y pone de manifiesto que “el contratista fundamenta su oposición en el adecuado cumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales (...), entendiendo que la prestación simultánea del mismo se refiere a la simultaneidad en dos (centros polivalentes de recursos) distintos por cada monitor y no en la prestación de este por dos monitores en una misma clase o sesión (...). No constituye ningún beneficio para los residentes la prestación por un solo monitor de la actividad en el centro, el objetivo es que estén dos personas realizando la actividad en un mismo lugar a efectos de atender mejor a las necesidades de los usuarios, ya que se trata de personas con demencia o con movilidad reducida”.

Afirma que “el coste de la prestación de los servicios se deriva de la memoria económica que forma parte del expediente administrativo de esta contratación, donde de forma clara y no dejando lugar a interpretaciones se exige la adscripción al mismo de dos monitores durante un conjunto de 1.144

horas anuales, de lo que resulta un precio hora/monitor de 48,40 € IVA incluido”, y destaca “el hecho de que a lo largo del proceso de licitación la (adjudicataria) resultara incurso en oferta anormal o desproporcionada por lo que se refiere a la oferta presentada para el lote 3 (manualidades) y finalmente excluida por la no adscripción de personal suficiente a la prestación del servicio”.

Concluye proponiendo “resolver el contrato” y “ordenar la no devolución de la garantía definitiva”.

6. Obra incorporado al expediente el informe emitido por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias el 11 de junio de 2018. En él pone de manifiesto, que “la resolución administrativa de inicio del procedimiento fue notificada a la adjudicataria (...), que con fecha 2 de abril de 2014 (...) presentó escrito de alegaciones”; que por el organismo autónomo contratante se emitieron “sendas propuestas de resolución contractual de fecha 24 de mayo de 2018, correspondientes cada una de ellas a la resolución de los lotes 1 y 2”, y que “frente a las citadas propuestas de resolución contractual la asociación adjudicataria presenta un amplio escrito de alegaciones de 9 de mayo de 2018 solicitando el archivo del expediente”. Añade que en el expediente administrativo figuran el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, el informe de 28 de noviembre de 2017 sobre las proposiciones presentadas por los licitadores, la resolución de adjudicación de 29 de diciembre de 2017 y los contratos formalizados con la adjudicataria el 31 de enero de 2018.

Afirma que la adjudicataria fue excluida del lote 3 porque en su oferta se hacía “referencia a un único monitor cuando en los pliegos (...) se exige la adscripción simultánea de dos monitores a la realización de la actividad”, y razona que “de acuerdo con el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas (...) es necesario adscribir a cada lote un mínimo de dos monitores, señalándose que `desarrollarán su actividad o taller de manera simultánea para

garantizar una adecuada atención a los residentes y una correcta prestación del servicio". Señala que "de una valoración conjunta de los pliegos (...) fácilmente puede concluirse que en un contrato de estas características la voluntad expresada en la cláusula 2.2.4.1 en relación con los medios personales exigidos era la de adscribir un mínimo de dos monitores en la ejecución y desarrollo de cada (una de) las actividades contratadas para cada uno de los lotes (...), sin que sea admisible la interpretación del contratista según la cual la adscripción mínima es a cada lote y no `a cada clase o sesión`. En este punto es de recordar que corresponde a la Administración contratante la prerrogativa de interpretar el contrato, y en particular al responsable del contrato, en virtud de la cláusula 2.7.2 del (pliego de las administrativas particulares), teniendo en cuenta las cláusulas de los pliegos que rigen el presente contrato y que llevan a determinar que la presencia de los dos monitores lo es para cada una de las actividades a desarrollar en los centros residenciales".

Concluye que la propuesta de resolución "es conforme a derecho en cuanto declara la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223, apartados f) y h), del TRLCSP", y que "procede igualmente que el acuerdo que se adopte declare la incautación de la garantía definitiva constituida por la adjudicataria".

7. Mediante Resolución de la Directora Gerente del ERA de 13 de junio de 2018, se acuerda "recabar el preceptivo informe 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 del dictamen y, una vez evacuado, la recepción del mismo a la empresa contratista".

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de julio de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen

sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato del servicio de actividades socioculturales, recreativas, artísticas y de ejercicio físico para personas mayores usuarias del servicio de atención residencial prestado por el organismo autónomo ERA en lo relativo a los lotes 1 -musicoterapia- y 2 -alfarería-, objeto del expediente núm. 21/2017, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

El día 1 de agosto de 2018, el Presidente del Consejo Consultivo, una vez constatado que no se había enviado el expediente completo, solicita su remisión íntegra, junto con otros antecedentes que se consideran necesarios para la emisión del dictamen.

Mediante oficio de 16 de agosto de 2018 -registrado de entrada el día 21 del mismo mes-, V. E. traslada a este órgano diversos documentos; entre otros, los que se adjuntan al escrito de alegaciones de la adjudicataria; un correo electrónico de 23 de febrero de 2018; las "Instrucciones relativas a las incidencias (...) con ocasión de la ejecución del servicio de actividades socioculturales, recreativas, artísticas y de ejercicio físico 21/2017, lotes 1 -musicoterapia- y 2 -alfarería-, suscritas por la Directora del Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del ERA; el requerimiento efectuado por el ERA a la adjudicataria el 20 de noviembre de 2017 en orden a justificar la oferta presentada al lote 3, y la documentación enviada por esta.

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”, lo que efectivamente se verifica en este caso.

TERCERA.- Se insta por segunda vez (en la primera ocasión se inadmitió la consulta) el dictamen preceptivo de este órgano sobre dos contratos de servicios de actividades socioculturales, recreativas, artísticas y de ejercicio físico para personas mayores usuarias del servicio de atención residencial adjudicados por el organismo autónomo ERA; en concreto, los que afectan a los lotes 1 -musicoterapia- y 2 -alfarería-.

Por razón del tiempo en que fueron adjudicados -29 de diciembre de 2017-, 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.

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 Directora Gerente del ERA, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento analizado. Así lo señala de modo expreso la cláusula 2.10.2 de las administrativas particulares, en la que se establece que "el órgano de contratación es la persona titular de la Dirección Gerencia" del ERA, quien "ostenta las prerrogativas de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta".

La instrucción del procedimiento que examinamos 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 este supuesto, se formula oposición por parte del contratista.

Desde un punto de vista formal, la tramitación del presente procedimiento adolece de múltiples defectos que, en principio, aconsejarían la devolución del expediente. Así, y sin ánimo de exhaustividad, hemos de destacar que la mayor parte de la documentación no aparece asentada en el registro administrativo correspondiente, y que no se incorporan a aquel los justificantes de las notificaciones efectuadas; en particular, no consta la acreditativa del traslado de la resolución de inicio del procedimiento al avalista. Siendo ello grave, y en este último caso obstativa a la continuación del procedimiento de resolución, considera este Consejo que también debe resaltarse negativamente el hecho de que no se hayan valorado las alegaciones de la adjudicataria. En efecto, con ocasión del segundo trámite de audiencia presenta esta un pormenorizado análisis de los presupuestos económicos de la licitación en apoyo de sus razonamientos, junto con otros argumentos que sustentan la interpretación que pretende (dejemos ya sentado que defiende llanamente la interpretación literal de los pliegos). En dicho escrito manifiesta acompañar una serie de documentos (que en el expediente original remitido a este órgano no figuraban) y solicita la práctica de prueba testifical, sobre la que no se ha resuelto. Pues bien, nada de esto se ha tenido en cuenta realmente por la Administración, que despacha el trámite de audiencia señalando básicamente que la adjudicataria “reitera los argumentos esgrimidos” en sus anteriores alegaciones. La falta de estudio de la prolija documentación que adjunta la empresa, así como el silencio sobre la práctica de la prueba testifical que propone, suponen un mero cumplimiento ritual del trámite de audiencia. Pero además, tales omisiones, en la medida en que no se aportan al expediente datos y razonamientos que cuestionen los que señala la empresa contratista, dificultan el discernimiento de la interpretación contractual que se plantea; cuestión ciertamente compleja que incluso obligó a la Administración a redactar unas instrucciones apartándose de la literalidad de las cláusulas contractuales.

No obstante lo anterior, y respecto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, se aprecia que iniciado de oficio el

procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Directora Gerente del ERA de 21 de marzo de 2018, en la fecha de solicitud de nuestro dictamen -10 de julio de 2018- había transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), precepto de idéntica redacción a la del artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 25.1.b) de la LPAC.

Consta en el expediente que mediante Resolución de la Directora Gerente del ERA de 13 de junio de 2018 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" instado a este órgano consultivo. Sin embargo, de acuerdo con lo indicado, entre otros, en nuestros Dictámenes Núm. 161/2015 y 15/2016, los efectos de la suspensión se identifican con la fecha del registro de salida de la petición de consulta, por lo que ha de concluirse que a la fecha de solicitud del dictamen el procedimiento se encontraba caducado.

En consecuencia, en acatamiento de la jurisprudencia citada y para garantizar el respeto al principio de seguridad jurídica, procede declarar la caducidad del procedimiento sometido a nuestra consideración. Todo ello sin perjuicio de que pueda la Administración consultante acordar la iniciación de un

nuevo procedimiento resolutorio en el que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites de aquel que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, y previa la oportuna audiencia a los interesados y formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato del servicio de actividades socioculturales, recreativas, artísticas y de ejercicio físico para personas mayores usuarias del servicio de atención residencial prestado por el organismo autónomo ERA, lotes 1 -musicoterapia- y 2 -alfarería-, adjudicado a, 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.