

Expediente Núm. 122/2019
Dictamen Núm. 155/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de junio de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 24 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente de resolución del contrato del servicio de cafetería en un instituto de enseñanza secundaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 6 de septiembre de 2016, se adjudica a el contrato del servicio de cafetería en el Instituto de Enseñanza Secundaria, con un plazo de ejecución por el periodo comprendido entre septiembre de 2016 y junio de 2020 (4 cursos escolares).

En la cláusula 15.4.1 del pliego de las administrativas particulares se señala que “el contratista queda obligado a aportar, para la realización del

servicio contratado, los medios humanos y materiales que sean precisos para la buena ejecución de aquél, de acuerdo con lo establecido en los pliegos, teniendo dicha obligación la consideración de obligación contractual esencial a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP". La cláusula 18.1 remite, en cuanto a la resolución del contrato, a lo dispuesto en los artículos 223 y 308 del TRLCSP y a las que se establezcan expresamente en el contrato, y añade, entre otras, "el cierre de las instalaciones por cualquier circunstancia, sin haber obtenido previamente autorización expresa del responsable del contrato" -letra f)- y "el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales previstas en las cláusulas 15.4.1 y 15.5, letra a), del pliego" -letra g)-. Ambas se recogen también como causas de resolución en los apartados f) y g) de la cláusula sexta del contrato.

Obran en las actuaciones practicadas tres correos electrónicos remitidos los días 1, 7 y 13 de febrero de 2019 por el Director del Instituto al Servicio de Centros de la Dirección General de Planificación de Centros e Infraestructuras Educativas y un informe enviado por el mismo responsable a dicho Servicio el 7 de febrero de 2019. Todos ellos se refieren a la problemática suscitada por "la suspensión de la prestación del servicio de cafetería" en el Instituto de Educación Secundaria, tras comunicar telefónicamente el día 1 de febrero la adjudicataria "su intención de coger una baja laboral, por lo que no prestaría el servicio el lunes 4 de febrero ni en días sucesivos"; situación a la que añaden otras quejas relacionadas con la prestación del servicio. Figura también en el expediente un burofax remitido el 5 de febrero de 2019 por la Dirección del centro a la adjudicataria solicitándole que, "en cumplimiento del contrato de concesión proceda a contratar una persona que se encargue de seguir proporcionando el servicio a la mayor brevedad posible".

Asimismo, consta el informe emitido por la Jefa del Servicio de Centros el 20 de febrero de 2019 en el que se describe la situación y se afirma la existencia de causa de resolución imputable al contratista.

2. Con fecha 11 de marzo de 2019, previa propuesta de la Jefa del Servicio de Centros, el Consejero de Educación y Cultura dicta Resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato “por incumplimiento del contratista”, señalándose en sus fundamentos de derecho que existen “diversos incumplimientos por parte del contratista que encajan en las causas de resolución contractual recogidas en la cláusula 18.1, letras f) y g), del (pliego de las administrativas particulares) rector del contrato”.

3. Evacuado el trámite de audiencia mediante escrito notificado a la contratista el 20 de marzo de 2019, esta presenta ese mismo día un escrito de alegaciones en el que manifiesta oponerse “rotundamente” a la resolución del contrato “en tanto en cuanto no se (...) dé solución” a las “alegaciones y desavenencias con la Dirección” del centro educativo. En particular se refiere a la “reclamación” presentada el 4 de enero de 2019 en relación con la instalación en él de una “máquina de café y de agua”.

4. Con fecha 5 de abril de 2019, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Educación y Cultura formula propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato “por la causa de resolución expresamente establecida en la cláusula 18, apartado 1, letra f), del (pliego de las administrativas particulares), consistente en el cierre de las instalaciones por cualquier circunstancia, sin haber obtenido previamente autorización expresa del responsable del contrato”. Asimismo, propone incautar la garantía definitiva prestada por la contratista “para responder de la correcta ejecución del contrato de referencia”.

5. Solicitado informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, se libra este con fecha 17 de abril de 2019 mostrando su conformidad con la concurrencia de la causa de resolución del contrato invocada.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de mayo de 2019, 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 cafetería en el Instituto de Educación, 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.

Si bien en la solicitud de dictamen no se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, el presente dictamen se emite dentro del plazo de quince días hábiles, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, conforme al cual "Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente".

SEGUNDA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es *ratione temporis* la propia de un contrato de concesión de servicios, pues tal y como se refleja en la cláusula 4 del pliego de las administrativas particulares la

interpretación respecto al “carácter del contrato y normas aplicables” debe realizarse “de acuerdo con el efecto directo de las Directivas 2014/23/UE (...) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE”. En este sentido, y respecto a un contrato de la misma naturaleza, ya advertimos en el Dictamen Núm. 65/2018 que el contrato merecería “-de licitarse ahora- la calificación de concesión de servicios”, de conformidad con la regulación establecida en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP); norma cuyo “motivo determinante” (según se declara en su preámbulo) es precisamente “la transposición de las dos Directivas citadas”, cuyo plazo ya había vencido el 18 de abril de 2016.

De conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera de la LCSP, por razón del tiempo en que fue adjudicado -9 de septiembre de 2016-, el régimen jurídico sustantivo del contrato 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 RGLCAP, sin perjuicio del efecto directo de las Directivas reseñadas. 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”; precepto que reitera la cláusula 4.3 del pliego de las administrativas particulares.

El ejercicio de dicha 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 mencionar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

Para la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato debemos remitirnos al momento de incoación del procedimiento -en el presente caso el 11 de marzo de 2019-, fecha en la que estaba ya vigente la LCSP. La instrucción de los procedimientos de resolución contractual se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en los apartados 1 y 8 del artículo 212 de dicha Ley; precepto este 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 procedimentales: 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; informe del Servicio Jurídico, salvo que no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva “cuando se formule oposición por parte del contratista”.

En el supuesto analizado se ha dado audiencia a la contratista -quien había hecho efectiva la garantía mediante ingreso en favor de la Administración-, se ha documentado el requerimiento dirigido a la adjudicataria para el cumplimiento de sus compromisos, se han incorporado al expediente los informes suscritos por la Jefa del Servicio de Centros y por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, lo que resulta suficiente para la correcta determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al “órgano

de contratación". El sometido a nuestra consideración fue adjudicado por el titular de la Consejería de Educación y Cultura, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento examinado.

Se observa, sin embargo, que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que si bien algunos de estos extremos se deducen de la resolución de incoación -de la que se le dio el oportuno traslado- dicha comunicación no se ajusta a lo previsto en el artículo citado.

Finalmente, debemos poner de manifiesto que la Administración ha de dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde su inicio, acordado por Resolución de 11 de marzo de 2019, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de subrayar, en primer término, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, el TRLCSP rige la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato. Por tanto las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 223 de la citada norma, que determina los supuestos que dan lugar a la resolución del contrato, entre ellos, "el incumplimiento de las restantes obligaciones

contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato” -apartado f)-, así como “las establecidas expresamente en el contrato” -apartado h)-.

Tanto en el informe emitido por el Director del centro educativo -y responsable del contrato- el 7 de febrero de 2019, como en las restantes comunicaciones dirigidas por él al Servicio de Centros de la Consejería de Educación y Cultura, se constata la “suspensión de la prestación del servicio de cafetería” desde el día 4 del mismo mes debido a la baja laboral de la adjudicataria, que manifiesta verbalmente su intención de no proceder a la necesaria cobertura a fin de mantener abierta la cafetería. De las actuaciones practicadas se desprende, además, que esta incidencia se mantiene durante la instrucción del actual procedimiento de resolución contractual.

Al respecto, el “cierre de las instalaciones” está contemplado como causa de resolución tanto en la cláusula 18 del pliego de las administrativas particulares aprobado para regir la contratación, como en la cláusula sexta, letra f), del contrato, con la matización de que se produzca “por cualquier circunstancia, sin haber obtenido previamente autorización expresa del responsable del contrato”, lo que ocurre en el caso que nos ocupa.

Del análisis del expediente se desprende la concurrencia de la causa de resolución alegada, pues se encuentra plenamente acreditado el incumplimiento que se imputa a la contratista, sin que esta cuestione la entidad ni la realidad de ese incumplimiento. La adjudicataria se limita, en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia, a oponerse a la resolución “en tanto en cuanto” no se dé “solución” a las “desavenencias con la Dirección” del centro, solicitando además la resolución de la “reclamación” presentada ante el Servicio de Centros el día 4 de enero de 2019, relativa al “perjuicio” sufrido por la instalación de una máquina expendedora de bebidas en las dependencias del instituto y de “un bidón de agua en la sala de profesores”. Si bien no cabe anticipar el resultado de esta última reclamación -aunque sí apreciamos que ni en el pliego ni en el contrato se establece la exclusividad de la contratista “de

todo negocio (...) de monedas” que se instale en el instituto, como expresa ella-, tales alegaciones carecen de relevancia a efectos de exonerar su responsabilidad por interrumpir sin autorización la prestación del servicio.

En especial se advierte que la interesada no refuta las afirmaciones vertidas en el informe emitido por la Jefa del Servicio de Centros con fecha 20 de febrero de 2019, en el que se deja constancia de que aquella ha manifestado que “no piensa reabrir la cafetería y que se van a quedar sin servicio”; afirmación que implica una voluntad inequívoca y persistente de no cumplir el periodo contractual pendiente.

Apreciada la concurrencia de la causa de resolución examinada, restan por determinar únicamente los efectos derivados de la misma. En particular, sentado que los incumplimientos constatados no pueden ser achacados sino a la contratista, resulta procedente la incautación de la garantía constituida. 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, aplicable al caso, 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, garantizando en todo caso la audiencia del contratista en la determinación del *quantum* indemnizatorio. Tal criterio resulta de aplicación al supuesto sometido a nuestra consideración, en el que, según la propuesta de resolución, existirían daños y perjuicios “difíciles de precisar por conceptos asociados a la prestación del servicio y que son imputables a la contratista, como el menoscabo económico que se le irrogará a la Administración si, como consecuencia de un nuevo contrato, el canon que pase a percibir sea inferior al fijado en el que ahora se pretende resolver, además del margen de tiempo en el que la cafetería permanezca improductiva mientras se tramita un nuevo procedimiento de licitación, etc.”. En consecuencia, estimamos acertado que se proceda a resolver el contrato acordando la retención de la garantía.

En definitiva, consideramos que concurre causa legal para disponer la resolución del contrato a tenor de lo argumentado en el presente dictamen con incautación de la garantía constituida y posterior liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 225 del TRLCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución con incautación de garantía, por incumplimiento del contratista, del contrato del servicio de cafetería del Instituto de Enseñanza Secundaria” sometida a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.