

Expediente Núm. 199/2019
Dictamen Núm. 229/2019

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 3 de octubre 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 9 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 14 de ese mismo mes-, examina el expediente de resolución del contrato del servicio de cafetería en el centro de día para personas mayores dependientes y centro social de Pumarín.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales de 10 de abril de 2018, se adjudica a el contrato del servicio de cafetería en el centro de día para personas mayores dependientes y centro social de Pumarín, con un plazo de 36 meses y por un canon mensual total (IVA incluido) de 375,10 €.

En la cláusula 17.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación del servicio de cafetería en el centro de día para

personas mayores dependientes y centro social citado, se señala que “la empresa contratista está obligada a abonar el canon de adjudicación del contrato, por meses vencidos, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al vencimiento del mes./ La entidad adjudicataria realizará el pago a través del impreso de autoliquidación de tasas y otros ingresos del Principado de Asturias, modelo 046”. Y la cláusula 19.1 del referido pliego, establece que “el órgano de contratación podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en este apartado para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo”. Entre los supuestos que se consideran “ejecución defectuosa” se contempla, en el apartado i), la “falta de pago de canon”.

Obran en las actuaciones practicadas la Resolución de fecha 26 de diciembre de 2018, suscrita por la Jefa de Servicio de Mayores, Diversidad Funcional y Autonomía Personal por la que se acuerda la imposición de una penalización de 1.143,90 € al contratista por falta de abono del canon correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2018, en aplicación de la cláusula tercera del documento administrativo de formalización del contrato.

2. Con fecha 28 de mayo de 2019, previa propuesta de la Jefa de Servicio de Mayores, Diversidad Funcional y Autonomía Personal, la Consejera de Servicios y Derechos Sociales dicta Resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, conforme a lo establecido en el “artículo 223” del “Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (*sic*), según el cual “es causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones que se establezcan expresamente en el contrato”. Y en tal sentido se alude a las cláusulas 17.1 y 19.1.i) del pliego de cláusulas administrativas particulares, relativas al abono del canon, que se entienden vulneradas.

3. Evacuado el trámite de audiencia mediante escrito notificado al contratista el 11 de junio de 2019, este presenta el día 21 de ese mismo mes un escrito de alegaciones en el que solicita “anular el inicio del expediente de resolución del contrato” dado que “su inicio se basa en la falta de pago de canon del mes de diciembre 2018, enero 2019, febrero 2019, marzo 2019 y abril 2019, y dichos cánones están abonados”. Aporta documento de pago correspondiente a los meses de marzo y abril de 2019.

4. Remitidas las alegaciones presentadas al Servicio de Mayores, Diversidad Funcional y Autonomía Personal, el 8 de julio de 2019 la Jefa de Unidad de Recursos de Personas Mayores informa que el abono de los cánones reclamados se llevó a cabo durante el trámite de audiencia, cuando debió realizarse dentro de los cinco primeros días siguientes al vencimiento del mes, de conformidad con la cláusula 17.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Asimismo, indica que están pendientes de abono los cánones correspondientes a “los meses de mayo, junio y julio de 2019”, “cuyo incumplimiento de acuerdo con la letra i) de la cláusula 19.1 del pliego rector faculta al órgano de contratación para optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades”. Con base en lo anterior, informa favorablemente sobre la continuidad del procedimiento de resolución del contrato.

5. Con fecha 10 de julio de 2019, la Jefa de Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales formula propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato “por incumplimiento culpable” del contratista, al concurrir la causa de resolución prevista en el artículo 192.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con lo dispuesto en la cláusula 19.1.i) del pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la presente contratación. Asimismo, propone incautar la garantía definitiva prestada por el contratista y determinar los “daños y perjuicios a que hubiere lugar”.

6. Solicitado informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, se libra este con fecha 25 de julio de 2019 mostrando su conformidad con la concurrencia de la causa de resolución del contrato invocada.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de agosto 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 centro de día para personas mayores dependientes y centro social de Pumarín (expte.), adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

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.- La consulta preceptiva a este Consejo en materia de resolución de contratos administrativos viene condicionada, a tenor de la normativa anteriormente citada, a la oposición por parte del contratista, ya sea a la resolución del contrato propiamente o a sus causas y consecuencias, en los términos que este Consejo viene manifestando (por todos, Dictamen Núm. 72/2019).

En el asunto ahora analizado la oposición del contratista existe, toda vez que éste solicita “anular el inicio del expediente de resolución del contrato”, mediante escrito de alegaciones presentado el día 21 de junio de 2019.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es, según la cláusula 1.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el servicio, la de un contrato administrativo especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP). No obstante, si bien la aprobación del expediente de contratación tuvo lugar el 28 de noviembre de 2017, esto es, vigente el TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a la fecha de su adjudicación -10 de abril de 2018- ya se encontraban en vigor la mayor parte de los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya disposición derogatoria deja sin vigencia el TRLCSP y en cuya disposición transitoria primera, apartado 2, de la LCSP establece que “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. En consecuencia, interpretada *a sensu contrario* la citada disposición transitoria, resulta evidente que, adjudicado el contrato que nos ocupa con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, su régimen jurídico habrá de regirse por la propia Ley y no por el TRLCSP, tal y como se recoge en la propuesta de resolución -no así en la resolución de inicio ni en el pliego de cláusulas administrativas- sometida a la consideración de este Consejo.

En consonancia con lo anterior, la calificación del contrato debe realizarse en el marco de los nuevos tipos contractuales delimitados en el Capítulo II, Sección 1ª de la citada LCSP, siguiendo las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero

de 2014. Esta configuración mantiene la vigencia de los contratos de obras, concesión de obras, suministro y servicios; mientras que el contrato de gestión de servicios públicos desaparece de la regulación. En su lugar, configura una nueva modalidad, el contrato de concesión de servicios -artículo 15-, que ya no exige que la gestión se refiera a un "servicio público" de la Administración, sino que basta con que el "servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio". La concurrencia de estas notas -abono de un canon y transferencia del riesgo- en la prestación contratada determina que la calificación jurídica del contrato que examinamos sea *ratione temporis* la propia de un contrato de concesión de servicios, superando así la calificación como "contrato administrativo especial", tradicionalmente atribuida a otros con un objeto similar, al tratarse de una categoría netamente residual. En este sentido, y respecto a otros contratos de la misma naturaleza, ya advertimos en los Dictámenes Núm. 65/2018 y 155/2019 que el contrato merecería "-de licitarse ahora- la calificación de concesión de servicios", de conformidad con la regulación establecida en la vigente LCSP.

Igualmente, la resolución del contrato, así como sus efectos, en tanto que forma de extinción del mismo a tenor de lo establecido en el artículo 209 de la LCSP, se rige por esta propia norma y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente, 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- y no por el TRLCSP, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Al respecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, 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 previstos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP 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. En aplicación de este marco normativo, la resolución del contrato queda sujeta 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; informe del Servicio Jurídico, salvo que este no sea necesario atendida 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 al contratista -quien había hecho efectiva la garantía mediante ingreso en favor de la Administración-, se ha documentado el requerimiento dirigido al adjudicatario para el cumplimiento de sus compromisos, se ha incorporado al expediente el informe suscritos 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”. En el caso examinado, el contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la titular de la Consejería de

Servicios y Derechos Sociales, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento examinado.

Finalmente, debemos poner de manifiesto que la Administración deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde el inicio del procedimiento acordado mediante Resolución de 28 de mayo de 2019, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP. Al respecto, observamos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, 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 la superación del mismo.

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 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, la LCSP resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato. Previstas con carácter general las causas resolutorias en el artículo 211 de dicha norma, la letra f) alude al “incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: / 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. / 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”, siendo este el motivo resolutorio invocado en el caso que analizamos.

En efecto, en el asunto que nos ocupa sucede que la obligación cuyo incumplimiento se reprocha al contratista -la falta de pago del canon pactado- viene expresamente contemplada en la cláusula 17.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación del servicio, a tenor de la cual "La empresa contratista está obligada a abonar el canon de adjudicación del contrato, por meses vencidos, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al vencimiento del mes"; lo que también se recoge en la estipulación segunda del contrato formalizado entre las partes con fecha 30 de abril de 2018. Además, el incumplimiento de la referida obligación ha sido calificado expresamente como un supuesto de cumplimiento defectuoso de la prestación [cláusula 19.1.i)], que habilita al órgano de contratación para "optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en este apartado para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo" (cláusula 19.1), de conformidad con lo previsto en el artículo 192.2 de la LCSP.

Del análisis del expediente se desprende la concurrencia de la causa de resolución alegada dado que se encuentra plenamente acreditado el incumplimiento que se imputa al contratista, sin que este cuestione la entidad ni la realidad de ese incumplimiento. El adjudicatario se limita, en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia, a solicitar que se "anule" el procedimiento de resolución, argumentando que el canon correspondiente a los meses de diciembre de 2018 y enero, febrero, marzo y abril de 2019 se encuentran "abonados", pero omite que ese pago se realiza durante el trámite de audiencia del presente procedimiento, y por tanto, una vez rebasado ampliamente el plazo previsto en el contrato, que impone el ingreso del canon "dentro de los cinco primeros días siguientes al vencimiento del mes". Al respecto debe significarse que en los antecedentes del expediente se deja constancia de que el contratista también adeudó el pago correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2018, motivo por el cual fue requerido hasta en dos ocasiones y que desatendido

dicho requerimiento condujo a la imposición de una penalidad que ascendió a 1.143,90 € en noviembre de 2018.

Finalmente, la Jefa de Unidad de Recursos de Personas Mayores deja constancia en su informe de fecha 8 de julio de 2019 que, según los datos obrantes en la Oficina Presupuestaria de la Consejería instructora se encontraban pendientes los pagos correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2019, si bien este último no se habría devengado a la fecha del citado informe.

Lo anterior pone de manifiesto una voluntad deliberada por parte del adjudicatario del servicio de incumplir de manera sistemática no ya la obligación de abonar el canon en el tiempo estipulado, sino de efectuar el pago en sí mismo, dado que poco después de iniciarse la ejecución de la prestación -mayo de 2018-, se producen los primeros incumplimientos, que enmienda previa intimación de la Administración cuando le impone las penalidades a las que ya nos hemos referido. Asimismo, el pago del canon correspondiente a los meses de diciembre de 2018 y enero, febrero, marzo y abril de 2019 se efectúa, según hemos indicando, durante el trámite de audiencia del procedimiento de resolución contractual y persisten a la fecha de solicitud del dictamen a este Consejo pagos pendientes de las mensualidades de mayo y junio.

En conclusión, siendo el pago del canon una obligación de carácter esencial prevista expresamente en el clausulado del contrato, y habiéndose acreditado suficientemente en el expediente el incumplimiento de dicha obligación en plazo por parte del adjudicatario, este Consejo estima que concurre causa justificada para la opción elegida por la Administración de acordar la resolución del contrato al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP, según se expone en el presente dictamen, por lo que en aplicación de lo preceptuado en el artículo 213.3 de la LCSP procede, tal y como propone la Administración, la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la obligación del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que le hayan sido ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, y cuya determinación deberá llevarse a cabo por el órgano

de contratación mediante decisión motivada adoptada previa audiencia de aquella en los términos de lo establecido en el artículo 113 del RGLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución del contrato del servicio de cafetería en el centro de día para personas mayores dependientes y centro social de Pumarín.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,