

Dictamen Núm. 147/2020

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 11 de junio de 2020, 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 esa Alcaldía de 22 de abril de 2020 -registrada de entrada el día 27 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la interpretación del contrato del servicio de limpieza de los edificios y locales dependientes del Ayuntamiento, de la Fundación Municipal de Cultura y de la Fundación Deportiva Municipal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 19 de agosto de 2019, se adjudica a el contrato del servicio de limpieza de los edificios y locales dependientes del Ayuntamiento, de la Fundación Municipal de Cultura y de la Fundación Deportiva Municipal, incorporando criterios sociales de creación de empleo (2019-2022), en las condiciones y precio ofertado de 2.593.430,88 euros, más 544.620,48 euros en concepto de IVA (21 %), para toda la duración del contrato (2 años), con estricta sujeción a los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares aprobados.

El contrato se formaliza en documento administrativo el día 20 de septiembre de 2019, iniciándose su ejecución el 23 de septiembre de 2019.

2. Con fecha 20 de diciembre de 2019, el representante de la entidad adjudicataria presenta en el registro electrónico municipal un escrito en el que manifiesta que “el personal de limpieza se

está haciendo cargo del cierre de las instalaciones en las que prestamos el servicio, práctica que era habitual con la anterior prestataria y que, a los efectos de facilitar la labor” del Ayuntamiento, “mi representada mantuvo hasta la actualidad, conservando las llaves de acceso a las instalaciones de las que disponía el personal subrogado, asumiendo con ello riesgos que esta contratista no tiene el deber jurídico de soportar (...). En consecuencia, dado que la apertura y cierre de los centros no entra dentro de las obligaciones asumidas por esta mercantil y, ante la existencia de un contrato específico que contempla dichas tareas, esto es, el servicio de mantenimiento básico y control de instalaciones deportivas, culturales y administrativas y apoyo a instalaciones y eventos encomendadas a (la empresa que especifica), procederemos a la devolución de todas las llaves de acceso cuya posesión ostenta esta mercantil para que sean los conserjes destinados en cada centro los que, asumiendo sus funciones, procedan a la apertura y cierre de las instalaciones, sin obstaculizar la prestación del servicio de limpieza, el cual se continuará prestando en el horario fijado en el pliego de prescripciones técnicas”.

3. Mediante oficio de 23 de diciembre de 2019, se comunica a la adjudicataria que “cualquier cuestión que varíe las condiciones del servicio que se viene prestando (...) nunca puede ser decisión unilateral de una de las partes (...). En consecuencia, en tanto se estudia y se pacta una solución a la cuestión planteada (...) deberá continuar prestando el servicio en las mismas condiciones que lo ha venido haciendo hasta ahora para garantizar el cumplimiento del contrato y mantener la normalidad del servicio./ No obstante lo anterior, con carácter inmediato, en los colegios públicos en los que no hay actividad por vacaciones si la empresa decide no prestar servicios de limpieza permanecerán cerrados durante las vacaciones”.

4. Desde el Servicio de Gestión Económica y Presupuestos se emite por la responsable del contrato, con fecha 14 de febrero de 2020, un informe en relación a las cuestiones planteadas por la adjudicataria. En él concluye tras su análisis que “dentro del servicio de limpieza contratado (...) debe entenderse incluida la obligación de abrir y/o cerrar los centros con las llaves facilitadas por el Ayuntamiento a los únicos efectos de acceso del personal de limpieza para la realización de estos servicios y en los horarios establecidos en el plan de trabajo fijado por el Ayuntamiento y por los propios pliegos”.

5. A propuesta de la Jefa del Servicio de Contratación Administrativa, y con la conformidad del Secretario General, el 10 de marzo de 2020 la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dispone iniciar, al amparo de lo previsto en el artículo 191 de la Ley de Contratos del Sector Público y 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el procedimiento para resolver las incidencias surgidas en la ejecución del contrato administrativo del servicio de limpieza de los edificios y locales dependientes del Ayuntamiento, de la Fundación Municipal de Cultura y de la Fundación Deportiva Municipal, incorporando criterios sociales de creación de empleo (2019-2022), al considerar que “dentro del servicio de limpieza contratado (...) debe entenderse incluida la obligación de abrir y/o cerrar los centros con las

llaves facilitadas por el Ayuntamiento a los únicos efectos de acceso del personal de limpieza para la realización de estos servicios y en los horarios establecidos en el plan de trabajo fijado por el Ayuntamiento y por los propios pliegos”.

6. Con fecha 12 de marzo de 2020, se notifica esta Resolución a la adjudicataria, con la indicación de que dispone de un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que estime oportunas.

7. El día 10 de abril de 2020, la contratista presenta un escrito de alegaciones en el que formula oposición expresa a la interpretación realizada. Reitera que la prestación discutida “no está incluida ni de forma expresa, ni tampoco tácita, en el objeto del contrato”, e insiste en que “la prestación de apertura y cierre de centros no puede formar parte de las prestaciones contratadas respecto al servicio de limpieza por la sencilla razón de que forma parte de las labores encomendadas a otro adjudicatario, en el marco del `servicio de mantenimiento básico y control de instalaciones deportivas, culturales y administrativas y apoyo a instalaciones y eventos encomendadas´” a la empresa que cita. Considera la contratista que “corresponde una regularización de la situación bien mediante un modificado del contrato y, previa evaluación del coste del servicio, revisar al alza el precio. O bien, decretar que la prestación debe realizarla el contratista adjudicatario del servicio de mantenimiento y control de accesos, y compensar a #reclamante# por el trabajo realizado hasta ese momento”.

8. Mediante Resolución de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 20 de abril de 2020 se dispone, en virtud de lo previsto en el apartado 3 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, la no suspensión de los plazos administrativos y, en consecuencia, continuar con la tramitación del procedimiento de interpretación del contrato de limpieza de los edificios y locales dependientes del Ayuntamiento, de la Fundación Municipal de Cultura y de la Fundación Deportiva Municipal.

En segundo lugar, se acuerda recabar el preceptivo dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y suspender el transcurso del plazo máximo legal de tres meses para resolver este procedimiento de interpretación del contrato por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la recepción de este.

Al día siguiente se notifica esta resolución a la empresa contratista.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de abril de 2020, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la interpretación del contrato del servicio de limpieza de los edificios y locales dependientes del Ayuntamiento, de la Fundación Municipal de Cultura y de la Fundación Deportiva Municipal, objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin las claves para el acceso a los documentos a través de la sede electrónica.

Con fecha 29 de abril de 2020, se recibe un oficio del Ayuntamiento de Avilés por medio del cual se remite un enlace para la descarga de una copia íntegra del expediente administrativo electrónico 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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con las normas citadas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre interpretación de contratos administrativos está condicionada a que "se formule oposición por parte del contratista".

Consta en el expediente que concurre el presupuesto que determina nuestra competencia, pues la adjudicataria ha manifestado su oposición expresa a la interpretación realizada por el Ayuntamiento de Avilés en el escrito presentado el 10 de abril de 2020.

TERCERA.- El contrato cuya interpretación se somete a nuestra consideración es un contrato administrativo de servicios.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -10 de agosto de 2019-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 25.2 de la LCSP, 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.

Tal régimen faculta a la Administración para el ejercicio de la prerrogativa a la que se refiere el artículo 190 de la LCSP, esto es, la de "interpretar" el contrato. Según constante jurisprudencia, la prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos es una manifestación de la potestad de autotutela de la Administración, en virtud del interés público que preside su actividad, impidiendo que esta se vea paralizada o afectada por diferencias en el entendimiento de las cláusulas objeto de acuerdo; precisando que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar -con carácter

supletorio- los principios establecidos en el Código Civil (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:772-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^ª). Ahora bien, dicha facultad debe ejercitarse de conformidad con los requisitos, límites y procedimiento establecidos al efecto en el ordenamiento jurídico, con la preceptiva audiencia del contratista, en los términos de lo dispuesto en el mismo precepto legal.

Al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de interpretación contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento de interpretación, que en este caso ha tenido lugar mediante Decreto de la Alcaldía de 10 de marzo de 2020, lo que implica la aplicabilidad de la LCSP y del RGLCAP.

El artículo 97 del RGLCAP dispone que “cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido (...) se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes (...): Propuesta de la Administración o petición del contratista (...). Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles (...). Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior (...). Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista”. Debe señalarse, no obstante, que la disposición final primera del RGLCAP no atribuye el carácter de norma básica al citado artículo 97. A tenor del apartado 3 de la disposición final primera de la LCSP, constituyen legislación básica en materia de interpretación de contratos administrativos los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 de la LCSP, que recogen únicamente la necesidad de audiencia al contratista y “dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Ahora bien, en el ámbito local debe contemplarse además lo dispuesto en el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, conforme al cual “Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos serán inmediatamente ejecutivos”.

En este caso se ha incorporado al expediente un informe suscrito por la Jefa del Servicio de Contratación Administrativa el 9 de marzo de 2020, que cuenta con la conformidad del Secretario General, por lo que hemos de entender que se ha cumplido con la exigencia de informe de Secretaría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. No obstante, el Ayuntamiento de Avilés decide prescindir del informe de Intervención alegando precisamente que “el artículo 97 del RGLCAP no tiene carácter básico” (fundamento jurídico cuarto del Decreto por el que se dispone el inicio del procedimiento).

Con relación a dicho informe, este Consejo viene defendiendo la necesidad del mismo en los expedientes de resolución contractual (entre otros, Dictámenes Núm. 162/2015,

196/2018 y 128/2019), pues debe tenerse en cuenta "que la regulación en materia de contratos contenida en el capítulo III del título VI del TRRL -artículos 111 a 125- fue derogada casi en su totalidad por la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que, sin embargo, mantuvo expresamente en vigor el contenido del artículo 114. Ello constituye una muestra inequívoca de la voluntad del legislador de que los informes de la Secretaría y de la Intervención Municipal sean objeto de emisión en todo caso y con independencia de la causa de resolución del contrato invocada ya que, consciente del procedimiento abreviado introducido en los supuestos de resolución por demora, decide mantener esta especialidad en el ámbito local". Pues bien, en el reciente Dictamen Núm. 59/2020 dirigido a esa misma autoridad consultante consideramos que "esta doctrina resulta plenamente aplicable al supuesto analizado, toda vez que el mencionado artículo 114 del TRRL articula los trámites procedimentales para el conjunto de prerrogativas que ostenta la Administración sin distinguir si se trata de interpretar, modificar o resolver los contratos, sujetando su ejercicio a la emisión de un informe previo de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación".

En consecuencia, puesto que los informes de la Secretaría e Intervención municipales deben considerarse preceptivos en todos los procedimientos de interpretación contractual a tenor de lo señalado en el artículo 114 del TRRL, la ausencia del informe de Intervención en el caso examinado impide nuestro pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. Por ello deben retrotraerse las actuaciones al objeto de incorporar al expediente el informe mencionado, tras lo cual habrá de formularse nueva propuesta de resolución recabando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen.

Asimismo reparamos en que -al igual que en el precedente señalado- no se ha procedido adecuadamente al formular la propuesta de resolución de forma simultánea al impulso del procedimiento, pues aquella debería haberse elaborado una vez finalizada la instrucción del mismo; esto es, tras evacuarse el informe del Negociado de Contratación y después del trámite de audiencia y de los informes de Secretaría e Intervención. Al precipitar la propuesta, ni esta ni los informes evacuados se detienen a considerar o rebatir las alegaciones formuladas por la contratista en el trámite de audiencia. Así, en su escrito de 10 de abril de 2020 la empresa interesada niega, entre otras cuestiones, que "los centros y horarios del servicio de mantenimiento y control de acceso sean diferentes a los de limpieza, como afirma la Resolución recurrida" (refiriéndose al informe suscrito por el Negociado de Contratación), e insiste en que "la prestación de custodia de llaves y apertura y cierre de centros, no forma parte de las prestaciones contempladas en los pliegos rectores del contrato administrativo del servicio limpieza, y que es merecedor de una contraprestación económica por la efectiva realización de dicha tarea con efectos desde el inicio de la ejecución". Sin embargo, la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración -por haberse librado prematuramente- no rebata a la luz de los antecedentes ni confronta con la documentación contractual las alegaciones de la contratista, por lo que consideramos necesario que la nueva propuesta que se formule examine razonadamente las alegaciones vertidas en el trámite de

audiencia. En este sentido, ya señalamos en el Dictamen Núm. 10/2016, en unos términos en los que ahora nos reiteramos, que “en el ejercicio de su potestad revisora la Administración no queda vinculada, naturalmente, a ninguna de las alegaciones de parte, pero esta libertad no se cercena ni disminuye por el hecho de motivar o exteriorizar las razones que explican la aceptación de unas y el rechazo de otras. Esa labor de reflexión racional constituye un importante instrumento procedimental para orillar la eventual arbitrariedad de la Administración (proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución), que puede tener su origen en la precipitación o improvisación con que se elabora una resolución, mientras que aquella tarea de reflexión racional reduce las posibilidades de una eventual actuación arbitraria. Por otro lado, dicho modo de proceder satisface plenamente las finalidades materiales que se persiguen cuando se reconoce un trámite de audiencia a favor de los interesados; finalidades que no se alcanzan rectamente cuando la Administración se limita a oír sin escuchar, porque cuando despacha rutinariamente no permite a los afectados participar materialmente en el procedimiento. Esta apertura o diálogo no debilita en nada las potestades de la Administración, sino que da pleno sentido a la intervención que el artículo 105 de la Constitución impone como trámite procedente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho”.

En consecuencia, y tal como dictaminamos en el precedente invocado, consideramos que no procede dictar en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de que se incorporen el informe de Intervención preceptivo en aplicación del citado artículo 114 del TRRL y una nueva propuesta de resolución elaborada a la luz de aquel informe y de las específicas alegaciones de la contratista, tras lo cual habrá de recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.

Siguiendo con el análisis del procedimiento, y por lo que se refiere a la competencia para dictar la resolución interpretativa, el artículo 190 de la LCSP la atribuye al “órgano de contratación”, y el artículo 97 del RGLCAP al “órgano que haya celebrado el contrato”. La adjudicación objeto de este expediente fue acordada por la titular de la Alcaldía, por lo que será esta quien deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento que ahora analizamos.

Finalmente, en cuanto al plazo de resolución del procedimiento y a los efectos derivados del transcurso de aquel, hemos de señalar que a falta de una regulación específica del procedimiento de interpretación contractual en la normativa sectorial deben aplicarse de forma supletoria las reglas contenidas en el título IV de la LPAC, conforme se establece en la disposición final cuarta de la LCSP y ha venido estimando la jurisprudencia. En consecuencia, resultará de aplicación el plazo de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la LPAC.

Si bien no existen pronunciamientos jurisprudenciales sobre la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de interpretación de los contratos administrativos, el Consejo de Estado afirma en su reciente Dictamen 238/2019, de 11 de abril, que el “procedimiento de interpretación no está sujeto, por otra parte, a la inexorable declaración de caducidad que previene el artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, no obstante superarse el plazo máximo de tramitación establecido -tres meses en aplicación del artículo 21.3 del mismo cuerpo legal-. Ello por cuanto no se trata de un procedimiento en el que se ejerzan por la

Administración ni potestades sancionadoras ni de intervención” (en la misma dirección el Dictamen Núm. 78/2020 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

En el caso examinado, el procedimiento de interpretación se ha iniciado de oficio mediante Decreto de la Alcaldía de 10 de marzo de 2020, y la Administración municipal ha suspendido el transcurso del plazo de resolución por el tiempo que medie entre la petición (registrada de salida el 23 de abril de 2020) y la recepción del dictamen de este Consejo, momento en el que se reanuda el cómputo -artículo 22.1.d) de la LPAC-, debiendo además tomarse en consideración que el plazo quedó ya suspendido -imperativamente- el día 14 de marzo, de conformidad con lo señalado en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19. Al respecto, se estima que la referida disposición adicional no ampara la continuación del procedimiento acordada por la Alcaldía, que ha de entenderse suspendido, en suma, hasta la recepción de este dictamen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de realizar los actos de instrucción señalados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

V.º B.º

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.