

Dictamen Núm. 164/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de septiembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de julio de 2021 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente de resolución del contrato del servicio de mantenimiento integral de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales del ERA.

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 6 de octubre de 2017, se adjudica el contrato del servicio de mantenimiento integral de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales adscritos al organismo autónomo a

El día 31 de octubre de 2017 se formaliza el contrato en documento administrativo, iniciándose su ejecución el 2 de noviembre de ese mismo año.

2. El 29 de octubre de 2019 la Directora Gerente del organismo autónomo autoriza la prórroga, con la conformidad de la empresa, por una duración de 24 meses.

3. Con fecha 15 de febrero de 2021, el Responsable del contrato emite informe en el que pone de manifiesto que se vienen dando “reiterados incumplimientos para el servicio que se debe prestar”, y que las deficiencias observadas se presentan “a todos los niveles” por parte de la empresa, no respondiendo esta desde hace meses a los requerimientos realizados desde las distintas direcciones de los centros adscritos al organismo. Acompaña una copia de los correos electrónicos relativos a los requerimientos remitidos a la empresa por parte de las direcciones de los distintos centros residenciales.

4. El día 17 de marzo de 2021, la Directora Gerente del ERA dicta resolución de inicio del expediente de resolución del contrato. En ella señala que “desde el inicio de la ejecución de la prórroga del contrato la persona designada como Responsable (...) ha venido girando órdenes, instrucciones y comunicaciones a la contratista señalando la total desatención y los defectos en la prestación del servicio a los efectos de su corrección, que han sido siempre desatendidos”.

Se indica que como consecuencia de tales incumplimientos ha sido necesario adjudicar a otras empresas la contratación del suministro de 24 tóneros y el servicio de inspección y puesta a punto de los equipos multifunción de impresión de los centros adscritos al ERA. También se han impuesto penalidades a la contratista.

Por último, aduce que “la deficiente ejecución de las prestaciones que constituyen su objeto en ningún caso ha de interpretarse como un hecho de carácter aislado o esporádico, sino que viene produciéndose de forma continuada en el tiempo desde el inicio de la ejecución de la prórroga del contrato, tal y como se desprende del contenido del expediente seguido para la imposición de penalidades”. Y destaca “la especial trascendencia de los incumplimientos, atendiendo a la tipología del mantenimiento integral de los

servicios multifunción a que afecta el contrato y al elevado número de centros vinculados de uno u otro modo al mismo”.

5. Con fecha 20 de mayo de 2021, la Directora del Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del ERA elabora propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato, “ordenar la incoación de procedimiento específico dirigido a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados con ocasión de la ejecución del contrato que se resuelve, y acordar como medida cautelar la retención de la garantía definitiva en tanto se procede a la cuantificación de los mismos”. En ella subraya “los retrasos en los tiempos de respuesta y reparación de las incidencias acaecidas en los equipos multifunción de cualquiera de los centros residenciales que constituyen uno de los incumplimientos más recurrentes y reiterados por parte de la contratista en el mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos multifunción, lo que impide que el contrato alcance su fin./ Así, habida cuenta del tiempo transcurrido desde el inicio de la prórroga en ejecución del contrato, manteniéndose los incumplimientos que viene trasladando el Responsable del contrato pese a la imposición de penalidades y evidenciándose por parte de la empresa adjudicataria de forma inequívoca una voluntad de inobservancia de las previsiones” de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, “necesariamente procede su resolución al amparo de lo dispuesto en los artículo 223, apartados f) y h), y 212, apartados primero y séptimo, del TRLCSP”.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
<http://www.ccasturias.es>

6. Al día siguiente, se da traslado de la propuesta de resolución a la entidad adjudicataria y a su avalista, indicándoles la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

7. Mediante escrito presentado el 11 de junio de 2021, el representante de la adjudicataria manifiesta que “existe un solapamiento entre el objeto del

expediente de imposición de penalidades, cuya resolución fue recurrida en alzada, y la propuesta de resolución notificada”.

En lo que respecta al procedimiento de resolución del contrato, alega la existencia de “fuerza mayor” y sostiene que “la circunstancia alegada, en relación con el Covid-19 y con la situación de ERTE sufrido por la empresa, fue debidamente puesta en conocimiento de la Administración”. Afirma que “el incumplimiento y ruptura del tracto contractual se produce a instancias del ente administrativo. Y es que (...) la Administración ha ‘secuestrado’ la licitación, forzando al contratista a una situación límite”, acumulando “una deuda superior a 20.000 euros”.

8. A continuación, obra incorporada al expediente una nueva propuesta de resolución elaborada por la Directora del Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del ERA -cuya fecha no consta-, en el sentido de resolver el contrato e incoar un procedimiento para determinar los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ejecución del contrato, acordando como medida cautelar la retención de la garantía definitiva en tanto se procede a la cuantificación de los mismos.

Tras reiterar los razonamientos expuestos en su propuesta anterior, procede al análisis de las alegaciones formuladas por la adjudicataria. En relación con el solapamiento entre el expediente de imposición de penalidades y la propuesta de resolución contractual, señala que “la finalidad (que) persigue la Administración con la imposición de penalidades es esencialmente de carácter coercitivo -no sancionador- para garantizar el cumplimiento contractual y, por lo tanto, las penalidades responden a un incumplimiento obligacional, de manera que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control del órgano de contratación en garantía del interés público; no obstante, también se admite su finalidad compensatoria o indemnizatoria”.

Respecto a la doble penalización por incumplimiento que aduce la empresa, se afirma que “no es aplicable al ámbito de las relaciones contractuales por lo que su invocación es improcedente”.

Y en cuanto a la fuerza mayor, sostiene que “el contratista está (...) sujeto a las incidencias propias de la vida de cualquier negocio jurídico (...), como retrasos de los proveedores, conflictos colectivos o el incremento de los costes en los que ha incurrir para ejecutar el contrato (...). Y, por supuesto, a las consecuencias de una situación de emergencia sanitaria como (la) actual”.

Por último, sobre el abuso y discrecionalidad, asevera que “son hechos que no puede probar por no ser ciertos; así, actualmente se han devuelto las facturas emitidas por la empresa correspondientes a los meses de diciembre, enero y abril, pues efectivamente y de manera unilateral la empresa (...) ha dejado de prestar servicios en el mantenimiento de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales adscritos al organismo”.

9. Figura en el expediente el informe emitido por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias el 24 de junio de 2018. En él muestra su “conformidad en lo relativo a la concurrencia de la causa de resolución del contrato invocada por el órgano de contratación, al constatarse el incumplimiento de las obligaciones exigidas al adjudicatario”. Y concluye que “concorre la causa de resolución del contrato de servicio de mantenimiento integral de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales adscritos al organismo autónomo”.

10. Mediante Resolución de la Directora Gerente del ERA de 2 de julio de 2021, 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 y su avalista”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de julio de 2021, 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 mantenimiento integral de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales del ERA, objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo 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.

Si bien en la solicitud de dictamen no se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, resulta aquí de aplicación de conformidad con 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.- 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".

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato, sino a sus causas y consecuencias, lo que constituye el

verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 119/2017), la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

TERCERA.- Se insta el dictamen preceptivo de este órgano sobre el contrato del servicio de mantenimiento integral de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales adscritos al organismo autónomo ERA. La calificación jurídica de este contrato es la propia del contrato administrativo de servicios, tal y como establece la cláusula 2.10.1 del pliego de las administrativas particulares.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -6 de octubre 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 RGLCAP. 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.

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 17 de marzo de 2021-, fecha en la que estaba ya vigente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (en adelante 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 y a su avalista, se han incorporado al expediente los informes suscritos por el responsable del contrato 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 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 del pliego 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”.

Se observa, sin embargo, que no se ha dado cumplimiento 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.

Finalmente, y respecto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP, la Administración ha de dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde el inicio del mismo. El Tribunal Constitucional, en la reciente Sentencia 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, ha declarado que este precepto no tiene carácter básico, por lo que “no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras” (fundamento jurídico 7.C.c). No obstante, dado que el inicio del procedimiento de resolución que examinamos es anterior a la referida sentencia (que surte efectos desde la fecha de su publicación), resulta aplicable el precepto citado, por lo que, habiéndose iniciado el mismo el 17 de marzo de 2021, y sin perjuicio de la suspensión que opera desde la solicitud hasta la recepción de este dictamen, aún no ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses legalmente establecido.

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 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, tal y como se recoge en la cláusula 2.9.1 del pliego de las administrativas particulares y en la cláusula séptima del contrato formalizado entre las partes, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 223 de la citada norma, así como las específicas de resolución del contrato de servicios que se contemplan en el artículo 308 del mismo cuerpo legal. Causas todas ellas que deben ser valoradas en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso y sin que la aparición de una o varias de ellas determine *ipso iure* la resolución del contrato administrativo.

En el caso analizado, la Administración invoca las causas resolutorias previstas en las letras f) y h) del artículo 223, que aluden, respectivamente, al “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato” y “Las establecidas expresamente en el contrato”.

Además, el artículo 212 de la referida norma -que también se menciona en la propuesta de resolución- establece en el apartado 7 que “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Con carácter previo al análisis de las causas invocadas por la Administración, debemos referirnos al eventual “solapamiento” que alega la adjudicataria entre el procedimiento de imposición de penalidades -que no está sometido al criterio de este Consejo- y la resolución contractual. Según la adjudicataria, el primer procedimiento aún no habría finalizado dado que la resolución que puso fin al mismo fue recurrida en alzada, sin que a la fecha de iniciarse el procedimiento de resolución contractual se hubiese notificado la

resolución del recurso. Sin embargo, esta circunstancia no impide la posterior incoación del procedimiento que ahora analizamos, toda vez que el artículo 212.7 del TRLCSP configura la resolución contractual y la imposición de penalidades al contratista como instrumentos alternativos. El primero de ellos persigue la extinción del contrato y refleja la voluntad del órgano de contratación de poner fin a una licitación infructuosa que ya no satisface el interés público que motivó su formalización, mientras que con el segundo, como se afirma en la propuesta de resolución, “la finalidad (que) persigue la Administración (...) es esencialmente de carácter coercitivo -no sancionador- para garantizar el cumplimiento contractual”.

El hecho de que la Administración haya optado inicialmente por la imposición de penalidades con el fin de compeler al contratista al cumplimiento de sus obligaciones no obsta para que, ante la persistencia de ese incumplimiento, decida resolver el contrato, pues ello forma parte de las prerrogativas que ostenta en virtud de lo señalado en el artículo 210 del TRCSP. El único límite que existe a la imposición de penalidades y posterior resolución es el previsto en el artículo 212.4 del TRLCSP para aquellos casos en que se establezcan penalidades por demora, sin que sea este el caso, pues la circunstancia que concurre en el supuesto analizado es la falta de adscripción de medios y la desatención de las obligaciones esenciales, no una demora en el cumplimiento de la prestación pactada.

Sentado lo anterior, restaría por analizar si concurren las causas resolutorias que la Directora Gerente del ERA invoca en la propuesta de resolución.

Respecto de la causa legal prevista en la letra f), hemos señalado en anteriores ocasiones (entre otras, Dictámenes Núm. 232/2011 y 65/2014) que en principio debe ser objeto de interpretación restrictiva, evitando extender con carácter general el presupuesto contemplado en la norma al incumplimiento de cualquier obligación no calificada en los pliegos o en el contrato como “esencial”. Ahora bien, también hemos indicado que tal interpretación, necesariamente rigurosa en aras de la seguridad jurídica, no debe llevarse al

extremo de perjudicar el interés general por causa de la mera imprevisión en los pliegos o en el contrato de la potencialidad resolutoria de incumplimientos que no son nimios, sino que afectan de manera relevante a la sustancia misma del contrato impidiendo la consecución de su objeto.

Al respecto, la cláusula 2.9 del pliego de las administrativas particulares que rige la contratación de referencia dispone que las causas de resolución serán las recogidas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP, así como las siguientes: “El incumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales y materiales a la ejecución del contrato (...). La desobediencia o inobservancia reiterada de las órdenes escritas del responsable del contrato. Se apreciará reiteración cuando las órdenes inicialmente inobservadas se hayan dictado en tres ocasiones durante un periodo de 6 meses (...). La suspensión de la ejecución del servicio sin autorización expresa (...). El incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en este pliego”.

En relación con la primera de ellas, la cláusula 2.7.4.3 del pliego de las administrativas particulares configura como “obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 223 (del) TRLCSP el cumplimiento efectivo del compromiso de adscripción de medios personales y materiales, que deberá ser mantenido por el adjudicatario durante todo el plazo de ejecución del contrato”.

Pues bien en el caso analizado el Responsable del contrato, en el informe librado el 15 de febrero de 2021, pone de manifiesto que “se vienen dando reiterados incumplimientos para el servicio que se debe prestar”, y que las deficiencias observadas “se presentan a todos los niveles” por parte de la empresa, pues “todos los servicios requeridos dentro del ámbito de esta contratación no se están prestando”. Refiere que se ha contactado “por las vías establecidas con la empresa por parte de los diferentes directores de nuestros centros para ello, sin respuesta alguna desde hace meses”. Y menciona que “tampoco se reciben desde hace meses los correspondientes informes periódicos de situación a los que obliga el contrato”.

Al respecto, resultan ilustrativos del incumplimiento los numerosos correos electrónicos enviados al responsable de la empresa adjudicataria requiriendo los servicios de esta para subsanar las incidencias que le son enumeradas. En las comunicaciones que se suceden desde mayo de 2020 hasta febrero de 2021 (documento 7) se pone en su conocimiento que muchos de los equipos requieren una revisión completa que no se ha venido haciendo desde hace tiempo de forma adecuada, así como el hecho de que el mantenimiento preventivo ha sido inexistente, advirtiéndoles de que en caso de no solventar las deficiencias en el plazo concedido al efecto se procederá a la contratación de terceros que se encargarán de realizar los trabajos, repercutiendo posteriormente su coste a la contratista.

La argumentación de la mercantil se centra exclusivamente en la concurrencia de fuerza mayor sobrevenida y derivada del estado de alarma y de la circunstancia de riesgo a la salud pública generada por el virus COVID-19, alegando la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados por falta de equipos de protección individual y de suministros, así como por la inviabilidad económica de continuar durante el estado de alarma con la prestación del servicio, aportando autorización favorable de la Xunta de Galicia de fecha 23 de marzo de 2020 respecto al ERTE solicitado por la empresa.

Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen Núm. 769/2020, de 28 de enero de 2021, “la determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso”. Y a renglón seguido precisa que “no existe, pese a que así lo pretenda afirmar la contratista, una previsión en el Real Decreto-ley 8/2020, en su artículo 34, que asimile el COVID-19 a la fuerza mayor con carácter general”.

Efectivamente, las medidas adoptadas por el Gobierno en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la COVID-19 no contienen

una previsión que asimile la situación de crisis sanitaria causada por la pandemia a la fuerza mayor con carácter general. Así, lo que preceptúa el artículo 34, apartado 1, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19, es la posibilidad de suspender, total o parcialmente, los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva “cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo”. No obstante, el apartado 6 de ese mismo artículo dispone expresamente que las reglas establecidas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto no resultan de aplicación a los contratos de mantenimiento de sistemas informáticos -como el que nos ocupa-. La misma exclusión figura en el apartado 1.2 de la Resolución de la Consejera de Hacienda del Principado de Asturias, por la que se aprueban instrucciones relativas a la tramitación de contratos públicos como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En todo caso, la suspensión de los contratos administrativos prevista en la normativa estatal exige para su aplicación que “el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo (...). Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria” (artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo). En el caso analizado, consta que el 31 de marzo de 2020 la mercantil presentó una solicitud interesando “la suspensión del contrato” y, “subsidiariamente, la resolución contractual como última medida al encontrarse acreditada la situación de fuerza mayor por el órgano administrativo competente, no tratándose de una causa imputable al contratista”. Sin embargo, no consta en el expediente que la Administración estimase la petición presentada por la adjudicataria, por lo que, de conformidad con la normativa expuesta, ha de entenderse desestimada y, por consiguiente, que todas las obligaciones

contractuales mantienen su vigencia. Si la mercantil no estaba conforme con ello debió recurrir en su día la desestimación presunta de la solicitud de suspensión y resolución -lo que no consta que haya hecho-, por lo que la suspensión unilateral de la ejecución del servicio constituye una causa de resolución contemplada expresamente en la cláusula 2.9.4.^a del pliego de las administrativas particulares, en virtud de la cual “se considerará causa de resolución la suspensión de la ejecución del servicio por parte de la empresa sin autorización expresa de la Administración, salvo que obedeciera a una orden del responsable del contrato (...) o a una orden de la autoridad administrativa o judicial competente”, lo que no concurre en este caso, pues el órgano de contratación no había prestado su conformidad a la suspensión del servicio.

En suma, resulta evidente que en la contratación analizada nunca llegó a operar la suspensión contractual prevista en el artículo 34 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, ni existía previsión legal de fuerza mayor que eximiera a la contratista del cumplimiento de sus obligaciones.

La Administración consultante señala que los contratos públicos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista. Este principio en materia contractual, que recoge el artículo 215 del TRLCSP con carácter general, evoca el riesgo que aquel asume en relación con las contingencias comunes que puedan surgir durante la vida del contrato, entre las que se encuentran las medidas de flexibilización laboral que adopte la empresa. Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen Núm. 637/2019, de 3 de octubre, “la alteración del negocio se da primordialmente cuando la equivalencia entre la prestación y la contraprestación pactada varía sustancialmente”. Por tanto, el hecho de que el ERTE afectase “al trabajador encargado hasta la fecha del mantenimiento de los equipos informáticos de los centros residenciales objeto del contrato” -según señala la adjudicataria- no ampara la desatención del servicio, toda vez que precisamente para evitar eventuales problemas como los alegados se dispuso en el pliego de cláusulas administrativas particulares que “el contratista está obligado a mantener durante la vigencia del contrato la adscripción de los medios personales a que se refiere la cláusula 2.2.4.1 (...). El

contratista se obliga a cubrir las ausencias de personal, de forma que se mantenga permanentemente, como mínimo, el número de efectivos exigidos en la cláusula 2.2.4.1 como adscripción de medios personales, conforme a la dedicación horaria establecida” (cláusula 2.7.4.1).

En definitiva, el hecho de que la mercantil dejase de prestar el servicio de mantenimiento integral de los equipos multifuncionales, así como el resto de las tareas adicionales que definen el objeto del contrato (cláusula 2.1.1 del pliego de las administrativas particulares), constituye un incumplimiento generalizado y continuado de las obligaciones esenciales, lo que además ha abocado a la Administración a la contratación del servicio con terceros.

Así las cosas, se entiende que concurre la causa legal de resolución esgrimida por la Administración, y que se debe al incumplimiento culpable por parte del contratista de su obligación esencial de adscribir los medios personales y materiales a la ejecución del contrato de mantenimiento de los equipos multifunción de la sede central del ERA y de los centros residenciales adscritos, así como a la suspensión *de facto* de la ejecución del servicio adoptada unilateralmente por la adjudicataria.

De otro lado, la empresa sostiene que la Administración “ha acumulado (...) una deuda superior a 20.000 euros”, por lo que considera que “ha `secuestrado´ la licitación, forzando al contratista a una situación límite”. Pues bien, sobre esta cuestión ha de recordarse a la adjudicataria que en virtud de lo dispuesto en el artículo 212.8 del TRLCSP, la Administración se encuentra facultada para hacer efectivas las penalidades “mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones”; previsión que igualmente se enuncia en la cláusula 2.7.9.2 del pliego de las administrativas particulares. Por tanto, nada tiene que objetar al respecto este Consejo.

Finalmente, en lo que atañe a los efectos de la resolución contractual, la propuesta sometida a dictamen constata también la existencia de un perjuicio económico para el ERA y acude a lo establecido en el apartado 3 del artículo

225 del TRLCSP, donde se establece que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”. En este sentido, los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento ponen de manifiesto la necesidad de recurrir a contrataciones con terceros para atender la reparación y suministro de consumibles necesarios sobre los equipos multifunción, tanto en los servicios centrales como en los centros adscritos, lo que llevó a licitar dos contratos por importe, respectivamente, de 3.837,38 € y 17.847,50 € (IVA incluido).

La propuesta de resolución no efectúa cuantificación alguna de los daños y perjuicios irrogados dado que el contrato continúa ejecutándose (su finalización está prevista para el 1 de noviembre de 2021), por lo que coincidimos en que existe una imposibilidad real de conocer con carácter previo a su resolución el importe de determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios. Por ello, resulta correcta la retención, con carácter cautelar, de la garantía definitiva hasta que sea posible concretar tal cuantía.

En conclusión, entendemos que procede la resolución del contrato administrativo por incumplimiento de una obligación contractual imputable al contratista, así como la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Ahora bien, en relación con esta última cuestión, es imprescindible un pronunciamiento expreso de la Administración sobre la justificación y la cuantía indemnizatoria finalmente resultante, de modo que, con audiencia de la contratista, se resuelva el procedimiento instruido para determinarla (tal y como figura en la propuesta de resolución remitida); procede entretanto la retención cautelar de la garantía definitiva.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos, del contrato del servicio de mantenimiento integral de los equipos multifunción de la sede central y centros residenciales del ERA, con los efectos expuestos en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,