

Dictamen Núm. 213/2021

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 21 de octubre 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 esa Alcaldía de 29 de septiembre de 2021 -registrada de entrada el día 1 de octubre de ese mismo año-, examina el expediente de resolución del contrato del servicio de limpieza de edificios municipales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Pravia de 27 de febrero de 2020, se adjudica el contrato del servicio de limpieza de edificios municipales a, por el precio ofertado de 49.531,34 euros anuales y una duración de un año, prorrogable por dos años más.

El día 6 de marzo de 2020 se formaliza el contrato en documento administrativo. Consta que el adjudicatario ha presentado en la caja municipal el resguardo de constitución de la garantía definitiva, mediante aval bancario, por importe de 7.429,70 euros.

2. Con fecha 22 de febrero de 2021, el Alcalde del Ayuntamiento de Pravia emite un informe en el que pone de manifiesto que tras la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, “se sucedieron necesidades de limpieza” que la contratista realizó a petición del Ayuntamiento como “servicios extraordinarios, aunque no se formalizó debido a la urgencia y excepcionalidad de los mismos”. Señala que la entidad “rechazó hacer cargo (de) ninguna de las horas realizadas a la bolsa ofertada, a pesar del compromiso adquirido con la oferta realizada y la firma del contrato./ Además estas horas extraordinarias fueron facturadas a este Ayuntamiento con un coste superior al establecido en el pliego, incumpliendo con esto el apartado 1.2 de la cláusula 1.ª del pliego de prescripciones técnicas, en el que se recoge que “las ampliaciones se facturarán respetando el mismo precio ofertado por el adjudicatario a los espacios objeto del contrato”.

Reseña que a iniciativa de este Ayuntamiento, el día 18 de diciembre de 2020 se reúnen el Alcalde y la empresa “con el fin de aclarar la situación y llegar a un acuerdo”, pues la mercantil realizó una oferta de 745 horas al año con destino a “bolsa de horas para imprevistos y limpiezas adicionales sin coste para el Ayuntamiento, que se destinarán según las indicaciones de este, tanto para la ampliación de limpieza de centros objeto de contrato como para limpiezas extraordinarias”. Tras solicitar la compensación de horas y comunicar la intención del pago del resto de horas pendientes, una vez se compensen la totalidad de las horas ofertadas, la empresa se niega, por lo que finaliza la reunión sin acuerdo.

Por último, indica que con fecha 11 de febrero de 2021 la contratista “remite una reclamación de pagos, sin aclarar el sentido de su oferta, manteniendo un precio superior al ofertado y sin tener en cuenta su compromiso con este Ayuntamiento”.

3. El día 23 de febrero de 2021, el Alcalde dicta resolución por la que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato al concurrir la causa prevista en la letra f) del artículo 211 de la Ley de Contratos del Sector Público y dar audiencia al contratista por un plazo de diez días.

4. Mediante oficio de 26 de febrero de 2021, la Secretaria municipal comunica a la contratista la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, así como la fecha de inicio del procedimiento, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del mismo y los efectos del silencio administrativo.

5. Con fecha 17 de abril de 2021, el Alcalde solicita a la interesada "el inicio de la limpieza adicional en la instalación municipal Museo Prerrománico Santianes".

Asimismo, le indica que "las horas de limpieza en la instalación Museo Prerrománico Santianes deberán descontarse de la bolsa de horas sin coste para el Ayuntamiento".

Por último, le advierte que "la limpieza deberá realizarse todos los lunes sin excepción, con una duración de dos horas, hasta el aviso por parte de este Ayuntamiento de la cesación del servicio".

6. El día 8 de marzo de 2021, la representante de la mercantil presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato, al considerar que "las discrepancias sobre la ejecución del contrato no son causa de resolución". Sostiene que "esta empresa no ha dejado de prestar los servicios de limpieza propios del contrato, ni ese Ayuntamiento lo alega ni acredita en modo alguno".

Con respecto a la utilización de la bolsa de 745 horas gratuitas con cargo al contrato, señala que su uso "no ha sido interesado en ningún momento por ese Ayuntamiento. Dicha bolsa de horas no serviría para cubrir los servicios efectivamente prestados, ni por los edificios donde se han ejecutado (como es

el caso del ERA de Pravia y la Escuela de Música), ni por la naturaleza de los mismos (como es el caso de la Escuela de 0 a 3)".

7. Mediante oficio de 22 de septiembre de 2021, esa Alcaldía solicita a la contratista "la ampliación de limpieza en los centros Escuela Infantil 0-3 años y Colegio Somao con cargo a la bolsa de horas para imprevistos y limpieza adicionales sin coste para el Ayuntamiento, a desarrollar de lunes a viernes, desde el día 4 de octubre de 2021 hasta el día 29 de diciembre de 2021, por un número total de horas de 224".

8. A continuación, obra incorporado al expediente un informe jurídico suscrito por la Secretaria municipal el 28 de septiembre de 2021 en el que se señala que "la causa de extinción del contrato es clara, ha existido un incumplimiento manifiesto y reiterado de las obligaciones principales del contrato (art. 211.f LCSP) establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas".

Concluye que "procede la resolución del contrato del servicio de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento de Pravia (...) a consecuencia del incumplimiento del objeto" del mismo "por parte de Se ha constatado un incumplimiento reiterado y constante de las obligaciones establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas, tales como no realizar la limpieza en determinados edificios del objeto del contrato o no realizar tareas obligatorias mensuales. Procede de la misma forma la pérdida de la garantía constituida al efecto".

9. La Interventora municipal informa, con la misma fecha, que "la actuación que se pretende llevar a cabo es conforme a la legislación vigente, por lo que se informa favorablemente".

10. Advertido error material en la Resolución de la Alcaldía de 23 de febrero de 2021, por la que se inicia el expediente de resolución del contrato de servicios de limpieza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procede a su subsanación mediante Resolución de 27 de septiembre de 2021, precisando que la fecha de adjudicación del contrato fue el 27 de febrero de 2020.

11. Mediante oficio de 27 de septiembre de 2021, la Alcaldía del Ayuntamiento de Pravia solicita a la contratista "la ampliación de limpieza en los centros Escuela Pública Santa Eulalia de Mérida, Colegio Agones y Escuela de Música con cargo a la bolsa de horas para imprevistos y limpieza adicionales sin coste para el Ayuntamiento, a desarrollar de lunes a viernes, desde el día 4 de octubre de 2021 hasta el día 29 de diciembre de 2021, por un número total de horas de XXXX".

12. Con fecha 28 de septiembre de 2021 el Alcalde dicta resolución por la que, "de conformidad con el artículo 109.1.d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...), y (...) 191 de la Ley de Contratos del Sector Público, en los que se establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma en el caso de resolución del contrato cuando se formule oposición por parte del contratista, se remite el expediente completo relativo a la pretendida resolución del (...) contrato del servicio de limpieza en edificios municipales (...) a fin de que por ese órgano se emita el informe o dictamen que estime pertinente". Y añade que "procede (...) la pérdida de la garantía constituida al efecto".

Asimismo, se dispone la suspensión del "computo de plazos establecidos para la resolver el procedimiento hasta la expedición del dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias".

Al día siguiente, la Secretaria municipal da traslado de esta Resolución a la mercantil.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de septiembre de 2021, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que

emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato del servicio de limpieza de edificios municipales, objeto del expediente, 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 b), y 40.1, letra b), 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".

Finalmente, en relación con la petición recibida, se observa que no se ha remitido el extracto de secretaría que debe acompañar a la misma, de conformidad con lo señalado en el artículo 41.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo.

SEGUNDA.- De acuerdo con la normativa mencionada, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule 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 de la contratista existe, toda vez que esta solicita en su escrito de alegaciones que se “tenga a esta empresa contratista por opuesta a la resolución del contrato”.

TERCERA.- Se insta el dictamen preceptivo de este órgano sobre el contrato del servicio de limpieza de los edificios municipales del Ayuntamiento de Pravia. La calificación jurídica de este contrato es la propia del contrato administrativo de servicios, tal y como establece la cláusula 4.^a del pliego de las administrativas particulares.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -27 de febrero de 2020-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en 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). Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 25 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente el RGLCAP-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

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”. En el mismo sentido, 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, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la

facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

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 el artículo 212 de dicha norma, precepto que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico 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 ámbito de la Administración local, el artículo 114 del TRRL establece como necesarios, además, para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención municipal.

En el expediente sometido a nuestra consideración advertimos una instrucción deficiente, motivada en primer lugar por el hecho de que, aunque la propuesta de resolución contractual comprende la incautación de la garantía definitiva -constituida mediante aval, según resulta del resguardo de depósito que obra incorporado al expediente-, no se ha comunicado el inicio del procedimiento de resolución contractual ni se ha dado la preceptiva audiencia al avalista, en los términos señalados en el artículo 109.1.b) del RGLCAP. Al respecto, debe recordarse que el artículo 112 de la LCSP establece, en su

apartado 1, que "Las personas o entidades distintas del contratista que presten garantías a favor de este no podrán utilizar el beneficio de excusión a que se refieren los artículos 1.830 y concordantes del Código Civil". Por su parte, el artículo 56 del RGLCAP añade, en su artículo 56.1.a), que el aval será "pagadero al primer requerimiento", de modo que el avalista deberá hacer efectiva la garantía una vez que se le notifique la causa que da lugar a su ejecución, abstrayéndose de la relación obligatoria subyacente entre la Administración y la adjudicataria; de ahí que el apartado 2 del referido artículo 112 de la LCSP disponga que "El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común". Al respecto el Tribunal Supremo entiende, en la Sentencia de 11 de junio de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:4257- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), que "si el avalista responde frente a la Administración del importe señalado como fianza en los mismos términos que si hubiere sido constituida por el contratista -sin poder utilizar el beneficio de excusión- sus derechos e intereses están afectados en forma directa y de inmediato por el acto de la Administración que decretó la incautación de la fianza, por lo que han de propiciarse a su favor las correspondientes posibilidades defensivas, toda vez que, en otro caso, se produciría la indefensión constitucionalmente prohibida en el art. 24 de la Constitución".

Como ha puesto de manifiesto este Consejo en numerosas ocasiones, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista, sino una medida al servicio de un objetivo concreto, en palabras del Tribunal Supremo, el de "posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho" (Sentencia de 22 de septiembre de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:6463-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Por otro lado, observamos que el trámite de audiencia se evacúa prematuramente, al tiempo de dictarse la resolución de incoación y antes de incorporarse al expediente extremos trascendentes, frente a los que los interesados no han tenido oportunidad de formular alegaciones. Singularmente

reparamos en que el informe de la Alcaldía de 22 de febrero de 2021, previo a la incoación del procedimiento de resolución contractual, únicamente se refiere a un incumplimiento relacionado con la “bolsa de horas para imprevistos y limpiezas adicionales” ofrecida por la adjudicataria; sin embargo, tanto en el informe de Secretaría como en la “propuesta de resolución”, ambos de 28 de septiembre de 2021, se alude a otros posibles incumplimientos en la ejecución del contrato, tales como las deficiencias en la limpieza de los edificios municipales de la escuela de 0-3 años, de la Policía Local, de la escuela de música y del “almacén de obras” (antecedentes noveno y décimo, aunque por error en la numeración se duplica el noveno). Sobre tales extremos no se ha podido pronunciar la contratista, cuyas alegaciones se restringen a los motivos indicados en el mencionado informe de la Alcaldía.

Se incumple así la regla general contenida en el artículo 82.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme a la cual el trámite de audiencia se celebrará “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”. Como ha señalado este Consejo en ocasiones anteriores, la finalidad de la audiencia no es otra que la de posibilitar a los interesados la eficaz defensa de sus derechos e intereses mediante la puesta a su disposición de los elementos de hecho y de derecho manejados durante la instrucción, y en un caso de resolución contractual por causa imputable al contratista exige la constancia clara y circunstanciada de los eventuales incumplimientos y de los razonamientos jurídicos aplicables, lo que evidencia que el momento en el que se celebre el trámite de audiencia no tiene una importancia meramente formal.

Por ello, en los casos de indefensión insubsanable, lo que entendemos concurre en este supuesto, tanto por lo que hace a la omisión del trámite de audiencia al avalista como por no haber permitido a la contratista que formule alegaciones sobre todos los incumplimientos que el Ayuntamiento le imputa, ha de acudir a la retroacción del procedimiento al objeto de proceder a la

subsanción de los defectos, pues ello impide en este momento un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Igualmente, debemos resaltar que el expediente remitido no contiene una "propuesta de resolución" como tal, sino una Resolución de la Alcaldía por la que se acuerda la procedencia de la resolución del contrato del servicio de limpieza de edificios municipales, así como la pérdida de la garantía constituida al efecto.

Aunque a la vista de su contenido podemos inferir que se trata de una propuesta y no de un acto definitivo, pues dispone la remisión del expediente a este Consejo con suspensión del cómputo del plazo "para resolver" hasta la emisión del dictamen, no constituye una práctica correcta que el órgano competente para resolver el procedimiento (la Alcaldía, en este caso) suscriba también la propuesta de resolución. Las propuestas de resolución -a las que el artículo 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, denomina "informes para resolver"- tienen como finalidad facilitar a la autoridad competente para resolver el procedimiento los elementos precisos para que pueda formarse un juicio recto sobre el sentido de la resolución que haya de adoptar en cada caso, por lo que va de suyo que su elaboración atañe a una persona distinta de aquella a la que corresponda dictar la resolución que pone fin al procedimiento, lo que deberá tener en cuenta la Administración consultante al redactar la nueva propuesta de resolución.

Finalmente se advierte que, resultando aplicable a este procedimiento el plazo de resolución de ocho meses (por haberse iniciado con anterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, por la que el artículo 212.8 de la LCSP queda desprovisto de su condición de norma básica), dicho plazo está próximo a agotarse, lo que aconseja acudir a una instrucción ágil y a la suspensión del plazo que ampara el artículo 22 de la LPAC con ocasión de la solicitud de nuevo dictamen a este Consejo.

En suma, procede la retroacción de las actuaciones a fin de someter a la audiencia del contratista y su avalista el conjunto de los incumplimientos en los que se funda la propuesta y, librados nuevos informes de Secretaría e Intervención y nueva propuesta a la luz de las alegaciones formuladas, solicitar a continuación el dictamen de este Consejo.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe practicarse cuanto queda indicado en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE PRAVIA.