

Dictamen Núm. 121/2024

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 20 de junio de 2024, por medios electrónicos, 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 15 de mayo de 2024 -registrada de entrada el día 20 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de concesión del servicio de comedor escolar y vigilancia en el colegio público Gesta I-II de Oviedo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de 28 de febrero de 2024, y previa propuesta de la Jefa del Servicio de Centros y Enseñanzas Profesionales, la Consejera de Educación acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato de concesión del servicio de comedor escolar y vigilancia del alumnado en el colegio público Gesta I-II, por incumplimiento del contratista.

Señala que con fecha 20 de febrero de 2024 la adjudicataria “insta a la Consejería de Educación a la resolución del contrato al comunicar el cese en la prestación del servicio a partir del 29 de febrero de 2024”, y que “de

conformidad con el artículo 211.1 de la LCSP son causas de resolución, entre otras, la siguiente: / f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato”, por lo que “la imposibilidad por parte del contratista de cumplir íntegramente el objeto del contrato durante el plazo de ejecución fijado puede ser considerado como un incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

Sobre los efectos de la resolución, indica que “al amparo del artículo 110, letra d), de la LCSP la garantía definitiva prestada por el contratista debe quedar afectada en su totalidad al pago de la indemnización de daños y perjuicios irrogados a la Administración”.

Finalmente, otorga un plazo de diez días a la contratista para que manifieste su posición en relación con la resolución del contrato y sus efectos.

2. Obran en el expediente, como antecedentes, los siguientes documentos:

a) Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir el contrato.

b) Resolución de la Consejera de Educación de 18 de enero de 2022, por la que se adjudica a el contrato correspondiente a la concesión del servicio de comedor escolar y vigilancia en el colegio público Gesta I-II, de Oviedo, por un importe total de veinte mil novecientos ocho euros con sesenta y cinco céntimos (20.908,65 €) y con un plazo de ejecución que “abarcará el período de los cursos escolares 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 y 2024/2025 (...), siendo la fecha fin del contrato el último día de funcionamiento del comedor escolar del citado curso 2024/2025, sin posibilidad de prórroga”.

c) Contrato formalizado entre las partes el 31 de enero de 2022 en documento administrativo.

d) Escrito de la adjudicataria de 20 de febrero de 2024, en el que indica que cesará en la prestación del servicio a partir del 29 de febrero de 2024, con solicitud de “resolución del contrato de mutuo acuerdo”.

3. Notificado el trámite de audiencia tanto a la adjudicataria del servicio como a la avalista el día 29 de febrero de 2024, la contratista presenta un escrito de

alegaciones el 8 de marzo de 2024 en el que se opone “a la causa de resolución”.

Expone que, “como consecuencia de las dificultades financieras sobrevenidas por la pérdida de clientes del contratista, las partes han mantenido el contacto para llevar a cabo la resolución del presente contrato desde el (...) mes de enero, habiéndose consumado la misma, de mutuo acuerdo, el pasado 28 de febrero de 2024, tal y como se informó por medio del documento presentado por registro electrónico el día 20 de febrero./ A la fecha de llevarse a cabo dicha notificación, se habían mantenido conversaciones con todas las partes implicadas para garantizar el servicio y la sustitución del contratista, en tiempo y forma./ Sin embargo, en la comunicación notificada ahora se muta dicha forma de resolución contractual hacia una forma de resolución por incumplimiento, la cual se establece unilateralmente por el órgano de contratación de forma total y absolutamente arbitraria al no tener en cuenta las comunicaciones mantenidas entre las partes con el fin de asegurar el servicio primero y de acordar conjuntamente la resolución del contrato después, como así sucedió”.

Indica que “sólo se puede licitar la prestación de un servicio ya contratado si existe un mutuo acuerdo entre las partes para hacerlo y resolver el contrato previo. Si dicho acuerdo no existiera el Gobierno del Principado de Asturias debería haber iniciado un expediente de resolución por incumplimiento del contrato, lo cual hubiera afectado al servicio a prestar que era lo que ninguna de las partes quería y la causa de dicho acuerdo./ Por lo tanto, si la licitación del nuevo contrato por parte de la Consejería de Educación (...) es anterior a cualquier incumplimiento, que de producirse sólo se ha podido producir a partir del día 1 de marzo de 2024, no es posible negar la existencia de dicho acuerdo que ha puesto fin a la relación contractual previa y pretender justificar ahora un inexistente incumplimiento./ Por otro lado, para que haya un incumplimiento debe haber contrato, y si éste finalizó a todos los efectos el día 28 de febrero de 2024 y hasta esa fecha se prestó el servicio sin problemas no puede haber un

incumplimiento del mismo puesto que, tras la resolución, los efectos del meritado contrato han cesado por expresa voluntad de las partes”.

Añade que “si no se hubiera resuelto de mutuo acuerdo (...) hubiera hecho los esfuerzos necesarios para garantizar el cumplimiento del mismo hasta que dicho acuerdo se obtuviera./ De esta forma, será de aplicación lo previsto en el artículo 213.1 (de la) LCSP que indica que, `cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas’, y no habiéndose previsto ninguna penalidad por dicha resolución puesto que se solventó sin más la sustitución del contratista manteniéndose el servicio a prestar, tal y como puso de manifiesto el personal del área de contratación de la Consejería de Educación (...), deberá procederse a la devolución de la fianza prestada en su día y al archivo del presente expediente”.

4. A la vista de las alegaciones presentadas, el Servicio de Contratación de la Consejería actuante incorpora al expediente un informe en el que sostiene la procedencia de resolver el contrato de concesión del servicio de comedor escolar y vigilancia “por la causa contemplada en la letra f) del (...) artículo 211 de la LCSP, consistente en el incumplimiento de la obligación principal del contrato”, e “incautar la garantía definitiva prestada por el contratista mediante aval bancario (...) para responder de la correcta ejecución del contrato”.

5. Solicitado informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, este se emite el día 29 de abril de 2024.

Muestra el informe su “conformidad en lo relativo a la concurrencia de la causa de resolución del contrato invocada (...). A la vista de las alegaciones de la licitadora claudicante, en primer lugar, cabe oponer que los contratos administrativos no se terminan ni resuelven automáticamente por el mero acuerdo de las partes; a meros efectos dialécticos, si hubiera habido un supuesto mutuo acuerdo debió de adoptarse y formalizarse por el órgano competente (...). En segundo lugar, facilitar la sucesión entre licitadores, cuando

ello es posible, no determina más alcance que evitar los perjuicios y las obligaciones indemnizatorias correspondientes. Tampoco cabe deducir, en modo alguno, que las gestiones seguidas por el órgano gestor en orden a garantizar la continuidad del servicio comprometen o condicionan las decisiones que atañen a la resolución del contrato fallido./ En definitiva, resultando inviable el cumplimiento del contrato para la adjudicataria, cuyo compromiso de prestación debía alcanzar hasta final del curso escolar 2024/2025, concurre (...) el incumplimiento de la obligación principal del contrato (...). En este contexto de incumplimiento de la prestación principal no es factible la resolución contractual por mutuo acuerdo, por mor del artículo 212 (...) LCSP: `4. La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato´”.

6. Con fecha 10 de mayo de 2024, el Servicio de Contratación de la Consejería instructora formula propuesta de resolución.

En ella señala que el expediente resolutorio “se inicia a solicitud del contratista en su escrito con entrada en el Registro del 20 de febrero de 2024, por lo que no es aplicable la caducidad prevista en el artículo 25.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, posición mantenida, entre otros, en el Dictamen N.º 153/10 del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Dictamen N.º 19/2015 de su homónimo del Principado de Asturias. La falta de resolución y notificación en plazo en los procedimientos iniciados a instancia de parte determina, como establece la disposición final 3.ª.2 del TRLCSP, que el interesado pueda considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

Indica que “la imposibilidad por parte del contratista de cumplir íntegramente el objeto del contrato durante el plazo de ejecución fijado puede ser considerado como un incumplimiento de la obligación principal (...) que permite la resolución (...) de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f) (...).

En este caso, el escrito del contratista conlleva una voluntad clara de no atender los compromisos contraídos (...), sujetándose a los plazos establecidos y sin que en ningún caso pueda abandonar unilateralmente la ejecución de los trabajos (...). Tal incumplimiento es sustancial en la medida en que la actitud del contratista impide la realización (...) del servicio durante el período de ejecución del contrato, y que debería extenderse hasta la finalización del curso escolar 2024/2025, esto es el 30 de junio de 2025”.

Con base en ello, propone resolver el contrato e incautar la garantía definitiva prestada.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de mayo de 2024, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de concesión del servicio de comedor escolar y vigilancia en el colegio público Gesta I-II, de Oviedo, adjuntando a tal fin una copia autenticada del mismo en soporte digital.

Se acompaña el acuerdo de suspensión del plazo para resolver en tanto se reciba el dictamen de este Consejo.

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.- 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 -como sucede en este caso-, en los términos que este Consejo viene manifestando de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 72/2019).

TERCERA.- En relación con la calificación jurídica del contrato, la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares indica que tiene por objeto “la concesión del servicio público de comedor escolar en el colegio público (...), que incluye tanto la elaboración, confección y preparación de los menús precisos para atender la demanda, como las funciones de vigilancia o atención al alumnado durante la prestación del servicio”. Por su parte, la cláusula 4 del referido pliego señala que se trata de un contrato administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1 de 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), regulado en los artículos 284 y siguientes relativos al contrato de concesión de servicios, “a través del cual se gestiona indirectamente un servicio de titularidad de la Administración susceptible de explotación económica por particulares quienes asumen el riesgo operacional derivado de la misma, teniendo como destinatarios de la prestación los usuarios o público general que accede a las instalaciones y no implica ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, acorde a la definición que del mismo se hace en el artículo 15 de la LCSP”.

A la vista de ello, al contrato que analizamos le correspondería la calificación jurídica de contrato administrativo de concesión de servicios, pues para la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (transpuesta al ordenamiento español a través de la LCSP), el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es quién asume el riesgo operacional: en el

caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios; por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado (Resolución de la Consejera de Educación de 18 de enero de 2022), su régimen jurídico sustantivo es el establecido en la vigente LCSP. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el apartado 2 del artículo 25 de la LCSP, el establecido en la propia Ley 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-, 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”. El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no sólo 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 sólo 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 el artículo 212 de la LCSP; 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 órgano consultivo que corresponda cuando se formule oposición por parte del contratista. En el asunto que analizamos, se ha dado audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, se ha recabado informe del Servicio Jurídico y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, ajustándose, por tanto, a la referida estructura procedimental.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, conforme a lo señalado en los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP corresponde al órgano de contratación. En el supuesto examinado, el contrato fue adjudicado por Resolución de la Consejera de Educación de 18 de enero de 2022, debiendo concluirse que la resolución contractual atañe al mismo órgano.

Respecto al plazo para la resolución, este Consejo ya puso de manifiesto la necesidad de una disposición autonómica que recupere la vigencia de un plazo suficiente para los procedimientos de resolución contractual, toda vez que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, es de aplicación el plazo de tres meses que la legislación básica señala para los supuestos de no concretar las normas otro plazo. El Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia de 29 de enero de 2024 -ECLI:ES:TS:2024:422- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) que “el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establecía un plazo de caducidad de 8 meses para la instrucción y resolución de los expedientes de resolución contractual, fue declarado inconstitucional y expulsado del ordenamiento jurídico por STC 68/2021, de 18 de marzo, por lo que, a falta de otra previsión legal específica, resulta de aplicación el plazo de tres meses previsto en el art. 21.3 de la Ley 39/2015”.

En el caso analizado, el expediente resolutorio se incoa como consecuencia del escrito presentado por la contratista el 20 de febrero de 2024, en el que deja constancia de que no puede atender el servicio a partir del 29 de febrero del mismo año e interesa la “resolución del contrato de mutuo acuerdo”,

y al que sucede la resolución de 28 de febrero de 2024 por la que se ordena la instrucción del procedimiento de resolución contractual fundado en aquel abandono unilateral del servicio.

En este contexto, no puede soslayarse que el expediente se inicia por la empresa adjudicataria el 20 de febrero de 2024, cuando anticipa que dejará de atender el servicio a fin de mes y solicita la resolución por mutuo acuerdo a través de un escrito que desencadena las ulteriores actuaciones dirigidas a esta resolución contractual, pues no cabe obviar que la causa de resolución esgrimida (el mutuo acuerdo) requiere que se excluya la concurrencia de "otra causa de resolución que sea imputable al contratista" (artículo 212 de la LCSP) y el propio adjudicatario pone de manifiesto -en el mismo escrito por el que se inician las actuaciones- un inminente abandono del servicio o cese unilateral en sus prestaciones.

En suma, la tramitación seguida evidencia, por encima de la literalidad de los términos en los que se manifiesta la resolución de 28 de febrero de 2024, y al igual que en el supuesto examinado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 153/10, que la Administración opera a impulso o instancia del escrito presentado por la contratista el 20 de febrero de 2024, por lo que no se estima que entre en juego en este caso el instituto de la caducidad sino la regla de la desestimación presunta de la solicitud de resolución por "mutuo acuerdo", debiendo explicitarse en la resolución expresa tardía que se estima o desestima aquella solicitud, aparte del indisociable pronunciamiento sobre el incumplimiento culpable que se ventila.

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.

El motivo resolutorio invocado por la Administración es el previsto en el artículo 211.1.f) de la LCSP, esto es, el incumplimiento de la obligación principal del contrato -causa de resolución recogida también en la cláusula 21.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato-.

Por su parte, la mercantil contratista se opone a la motivación esgrimida por la Administración afirmando que "las partes han mantenido el contacto para llevar a cabo la resolución del presente contrato desde el (...) mes de enero, habiéndose consumado la misma, de mutuo acuerdo, el pasado 28 de febrero de 2024, tal y como se informó por medio del documento presentado por registro electrónico el día 20 de febrero", y que "a la fecha de llevarse a cabo dicha notificación se habían mantenido conversaciones con todas las partes implicadas para garantizar el servicio y la sustitución del contratista, en tiempo y forma". Señala la contratista que "sólo se puede licitar la prestación de un servicio ya contratado si existe un mutuo acuerdo entre las partes para hacerlo y resolver el contrato previo. Si dicho acuerdo no existiera el Gobierno del Principado de Asturias debería haber iniciado un expediente de resolución por incumplimiento del contrato, lo cual hubiera afectado al servicio a prestar que era lo que ninguna de las partes quería y la causa de dicho acuerdo", y que "para que haya un incumplimiento debe haber contrato y si éste finalizó, a todos los efectos, el día 28 de febrero de 2024 y hasta esa fecha se prestó el servicio sin problemas no puede haber un incumplimiento del mismo puesto que, tras la resolución, los efectos del meritado contrato han cesado por expresa voluntad de las partes".

El posicionamiento del órgano de contratación viene respaldado por el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en el que se expone que "si hubiera habido un supuesto mutuo acuerdo debió de adoptarse y formalizarse por el órgano competente", que "la falta de continuidad en la prestación hasta el fin de contrato es imputable a la exclusiva decisión de la empresa adjudicataria" y que no es factible la resolución por mutuo acuerdo, dado que el artículo 212 de la LCSP indica que ello sólo podrá tener lugar "cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la

permanencia del contrato". Asimismo, alude el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias a los dictámenes del Consejo de Estado 602/2013, 352/2015 y 959/2015, en los que dicho órgano consultivo mantiene que la renuncia expresa del contratista constituye causa de resolución del contrato, en tanto que incumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo.

A la vista de la posición de las partes, procede entrar en el fondo de la cuestión que se debate.

En primer lugar, debemos recordar que en el escrito presentado el 20 de febrero de 2024 la contratista manifiesta que "la sociedad se encuentra en situación de insuficiencia de tesorería para abastecerse de alimentos, siendo imposible anticipar el suministro solicitado por los proveedores y contando únicamente con almacenaje suficiente hasta final de mes de febrero. Es por ello que, según ya se adelantó hace unos días por vía telefónica, ante esta situación tan adversa, no queda más remedio que proceder a la disolución/liquidación de la empresa, por lo que inevitablemente se va a dejar de prestar el servicio contratado a partir del próximo día 29 del presente mes de febrero, lo que se pone en conocimiento de esa Administración, instando también (la) resolución del contrato, de mutuo acuerdo, por razones de interés público para el mantenimiento del servicio contratado con otra empresa y sin perjuicio de los usuarios". Así pues, resulta notorio que lo efectivamente realizado mediante el referido escrito de la mercantil es, pura y simplemente, poner en conocimiento de la Administración que "se va a dejar de prestar el servicio contratado a partir del próximo día 29 del presente mes de febrero", proponiendo la resolución contractual de mutuo acuerdo, pero sin que conste documentación o actuación administrativa alguna que permita sostener que ha concurrido la voluntad del órgano de contratación accediendo a tal forma de resolución, lo que por lo demás contravendría la normativa reguladora de la contratación pública.

En segundo lugar, como certeramente señala el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, *ex artículo 212.4 de la LCSP* la resolución por mutuo acuerdo "sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés

público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”. Así pues, para que quepa la resolución por mutuo acuerdo -amén de la necesidad de justificar que, por razones de interés público, resultaría innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato- se eleva a *conditio sine qua non* la no concurrencia de “otra causa de resolución que sea imputable al contratista” (extremo en el que este órgano viene insistiendo, entre otros, Dictámenes Núm. 65/2014 y 43/2015). El mencionado informe advierte (con cita de los Dictámenes del Consejo de Estado 602/2013, 352/2015 y 959/2015) que la renuncia expresa del contratista a seguir cumpliendo con la prestación es causa de resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, posición que ha venido manteniendo también el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en los Dictámenes Núm. 14/2015 y 296/2022, destacando además que resulta “indiferente, a estos efectos, las causas que hayan motivado la decisión del contratista”. En el mismo sentido se manifestó también la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 27/99, de 30 de junio, señalando que “la renuncia expresa del contratista a la ejecución de un contrato (...) debidamente formalizado debe considerarse causa de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial del mismo (...), sin perjuicio de que pueda apreciarse el incumplimiento de obligaciones concretas que operen el mismo efecto y sin que, en consecuencia, proceda esperar a que se produzca demora en la ejecución”, y que “la indemnización de daños y perjuicios a la Administración, por resolución por causa imputable al contratista, debe comprender los efectivamente causados, entre ellos la diferencia entre el importe del contrato resuelto y el importe del nuevo contrato a celebrar”. Cabe traer aquí a colación lo apuntado en el Dictamen del Consejo de Estado 414/1992, cuando advierte que “es perfectamente comprensible que una ajustada valoración del interés público pueda respaldar no sólo la conveniencia de resolver el contrato sino también la de hacerlo por mutuo acuerdo, atribuyendo una mayor eficacia expeditiva a tal acuerdo y resaltando, incluso, su utilidad preventiva de incidentes y controversias. Sin embargo, ello no puede obstar el debido examen de la concurrencia de la causa resolutoria imputable al

contratista, puesto que la Administración, según resulta de lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Constitución, actúa con sometimiento a los fines que la justifican, por lo que procede constatar la inexistencia de la causa resolutoria imputable al contratista, para evitar así una hipotética o eventual desviación de poder, que podría consistir en sanar el incumplimiento del contratista o en liberarle de las consecuencias onerosas que de él pudieran seguirse". Como corolario de lo expuesto, en este caso nos hallamos ante el incumplimiento de la obligación principal del contrato que la expresa renuncia a su ejecución implica, resultando inviable el mutuo acuerdo al concurrir esa decisión unilateral de abandono.

Advertido esto, se estima que las "conversaciones con todas las partes implicadas para garantizar el servicio y la sustitución del contratista, en tiempo y forma", invocadas por la contratista serían expresivas de su voluntad de minimizar los perjuicios causados a la Administración; conducta que opera en beneficio de la propia mercantil, atemperando los efectos indemnizatorios derivados de la inejecución parcial del contrato.

En conclusión, del análisis del expediente se desprende la concurrencia de la causa de resolución prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP ("El incumplimiento de la obligación principal del contrato") y alegada por la Administración, puesto que resulta acreditado -y asumido- el incumplimiento que se imputa a la empresa contratista.

Por lo que atañe a los efectos de la resolución, el artículo 213.3 de la LCSP preceptúa que "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada", y el artículo 113 del RGLCAP (al que expresamente se remite la cláusula 21.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato) señala que "En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre

otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración". Así pues, procede la incautación de la garantía constituida, debiendo a continuación ventilarse en expediente contradictorio el importe de los daños y perjuicios causados a la Administración en lo que excedieren del importe de aquélla.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento de la contratista, del contrato de concesión del servicio de comedor escolar y vigilancia en el colegio público Gesta I-II, de Oviedo, adjudicado a

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.