



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 210/2003

(Pleno)

La Laguna, a 18 de noviembre del 2003.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *interpretación del contrato suscrito entre el Cabildo Insular de Gran Canaria y la Entidad A.C., S.L., en concepto de gestión del servicio de acogimiento residencial de menores, respecto de los Hogares "C.A.I. Tafira para Menas", Hogar "Guía II", Hogar para menores inmigrantes "Cuesta La Higuera", Hogar Maternal "El Monte", Casa de Acogida "El Cerrillo" y Hogar "La Isleta" (EXP. 181/2003 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria solicita que por el Consejo Consultivo se emita dictamen, de conformidad con el art. 11.D).a), apartado 1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, sobre la interpretación de los Decretos de adjudicación de emergencia de fecha 18 de diciembre de 2002, 20 de diciembre de 2002, 21 de febrero de 2003 y 21 de marzo de 2003, por los que se adjudica a la Entidad A.C., S.L., la gestión de los Hogares "C.A.I. Tafira para Menas", Hogar "Guía II", Hogar para Menores Inmigrantes "Cuesta La Higuera", Hogar Maternal "El Monte", Casa de Acogida "El Cerrillo" y Hogar "La Isleta", en lo relativo al cálculo del coste de las prestaciones.

2. Es preceptivo el dictamen del Consejo por disponerlo así el art. 11.1.D.a), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, LCC, en relación con el art. 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

* VOTO PARTICULAR: Sres. Bosch Benítez, Suay Rincón y Fajardo Spínola.

Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2001, de 16 de junio (TRLCAP).

3. Está legitimado para recabar el dictamen el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria, conforme con lo dispuesto en el art. 12.3, en relación con el art. 11.D.a) de la LCC.

4. La solicitud viene acompañada de los documentos relativos a la adjudicación, por el trámite de urgencia a la Entidad Mercantil A.C., S.L., de la gestión de los Centros de Acogida a los que se refiere.

5. Se han cumplimentado las previsiones legales de índole procedimental.

II

1. El expediente recae sobre la interpretación de los Decretos de fecha 12-12-02, 20-12-02, 12-02-03 y 21-02-03 que, por razones de emergencia, acuerdan la apertura inmediata del Hogar "La Isleta" Centro de Menores para acoger a los menores del C.A.I. "Los Ángeles" y del C.A.I. "Las Canteras", por razones de saturación, adjudicando la gestión del Centro a la Entidad A.C., S.L., por importe de 66,71 euros por menor y día, hasta que pueda ser formalizada la contratación por los procedimientos legales; la apertura de un nuevo centro de Acogida Inmediata para Menores Extranjeros C.A.I. "Tafira para Menas" para acoger a los menores extranjeros procedentes del Centro "La Montañeta", como consecuencia del cierre del mismo, por Orden del Fiscal de Menores, adjudicando la gestión del Centro a la Entidad A.C., S.L., por importe de 66,71 euros por menor y día; apertura inmediata del Centro de Menores "Hogar Guía II", para paliar la masificación de los Centros del C.A.I. "Los Ángeles" y "Las Canteras", adjudicando la gestión a la Entidad A.C., S.L., por importe de 66,71 euros por menor y día, con posterior corrección de errores, señalándose un importe de 37,26 euros por menor y día; apertura de una Casa de Acogida "El Cerrillo", Arucas, para mujeres con o sin hijos que hayan sufrido agresión o el riesgo de sufrirla, adjudicando la gestión del Centro a la Entidad A.C., S.L., por importe de 36,06 euros por persona y día; apertura de un hogar para inmigrantes menores en "La Cuesta la Higuera", nº 34, San Mateo, adjudicando la gestión del Centro a la Entidad A.C., S.L., por importe de 66,71 euros por menor y día, apertura de un Hogar Maternal para Menores de hasta 3 años "El Monte", Santa Brígida, adjudicando la gestión a la Entidad A.C., S.L., por importe de 66,71 euros por menor y día.

En todas estas actuaciones el Cabildo Insular de Gran Canaria invoca situaciones de grave peligro y ampara la actuación administrativa en lo dispuesto en el art. 72 "Tramitación de emergencia", en relación con los expedientes de contratación, art. 70, del TRLCAP.

Las partes del contrato interpretan de forma distinta el precio del contrato y habiendo formulado oposición la contratista es preceptivo, como ya se indicó anteriormente, el Dictamen del Consejo Consultivo, conforme con lo establecido no sólo en los arts. 11.1.d), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, sino singularmente por lo ordenado en el art. 59.3.a) del TRLCAP.

2. La causa de divergencia está en el tenor literal de los Decretos del Cabildo Insular de Gran Canaria antes mencionados, de fecha 18-12-02, 20-12-02, 21-02-03, y 21-03-03, por los que se adjudica la gestión de los centros a los que se refiere, a la Entidad A.C., S.L., por importe de 66,71 euros, 37,26 euros por menor-día y 36,06 euros por persona-día, hasta que pueda ser formalizada la contratación por los procedimientos legalmente establecidos.

Señala la Entidad A.C., S.L., por un lado, que para la gestión de los Centros, tuvo que arrendarlos, reformarlos y equiparlos a su cargo, previamente, asumiendo, verbalmente, el Cabildo el compromiso de abonar los gastos ocasionados por ello.

Por otra parte, invoca que la conducta de la Administración expresada a través del Técnico de Administración General del Área, fue la de atender a la capacidad del Centro, aunque luego modificó su criterio por la de plaza ocupada.

Para el Cabildo Insular el cálculo de las prestaciones del servicio en dichos Centros debe partir del número de menores internos o personas atendidos y no del número de plazas de que los Centros dispongan.

Constan en las actuaciones los contratos de arrendamiento entre A.C., S.L., y los propietarios de los inmuebles, actuando A. en su propio nombre y representación, así como determinados gastos realizados.

Los términos literales de los Decretos son claros y terminantes. Así, en el Dispongo numeral 2, se señala que es por importe de 66,71 euros por "menor y día"; por importe de 37,21 euros por "menor y día" y por importe de 33,06 euros por

“persona y día”. En el numeral 1, por el contrario, se alude a la capacidad de los centros, 12, 15, 20 y 25 plazas.

Frente a esta interpretación literal, la Empresa A.C., S.L., invoca los gastos que ha tenido que abonar para hacer realidad los Centros y que la voluntad del Cabildo Insular era inicialmente atender al número de plazas de los Centros y no al de las realmente ocupadas.

III

1. Para este Consejo Consultivo no existe, en cuanto al precio, indeterminación semántica o imprecisión jurídica alguna ya que las expresiones de los Decretos son claras y tajantes, “por menor y día” y por “persona y día”. Una cosa es el número de plazas con que cuenta cada centro (numeral 1) y otra distinta es el precio a abonar por menor y día (numeral 2). En consecuencia, partiendo tanto de una interpretación literal como atendiendo al contexto de los Decretos (sistemática) no cabe duda de que el precio a abonar se refiere a menor-persona-día, sin que quepa tergiversar el sentido recto y propio de los términos escritos, debiendo primar el texto contractual, cuando el mismo es suficiente para regular la relación jurídica.

El art. 1.281 del Código Civil dispone: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

Ninguna relación tiene la interpretación del precio a abonar “menor o plaza” con los gastos que la Entidad A.C., S.L., ha tenido que satisfacer para la puesta en marcha de los citados Centros de Acogida. Si la voluntad del Cabildo Insular de Gran Canaria fue la de hacerse cargo de dichos gastos es ésta una cuestión distinta de aquélla sobre la que versa la presente controversia interpretativa (art. 1.283 C.C.).

Por otro lado, la voluntad o intención de los contratantes no se obtiene sin más de la mera instrucción o criterio de un Técnico de la Administración General, sino de la intención evidente de los contratantes, tanto de la Administración, Cabildo Insular, como de la Empresa A., como se acredita por la conducta expresiva del Cabildo de Gran Canaria de abonar exclusivamente las plazas ocupadas frente a los importes de las certificaciones presentadas atendiendo contrariamente a la capacidad del Centro. Incluso la misma Entidad A.C., S.L., consideró, inicialmente, que el precio a abonar era el de “plaza efectivamente ocupada” por menor o persona y no la de “plaza

disponible”, al requerir el pago por encima de la capacidad numérica del centro, en relación con el número de personas ocupantes de las mismas (“exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente, actos propios”, STC 16-02-1998).

Por otro lado, la intención de los contratantes no deriva de manifestaciones unilaterales sino de las comunes, es decir, suscritas y consentidas por todos (STS 18-10-1995).

Interpretado el contrato a la luz del art. 1.281 del CC y del art. 14 del TRLCAP, que exige que los contratos tengan siempre un precio cierto (...) que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido, se puede concluir que el precio del contrato es el que resulta de los términos claros del contrato por “menor-persona y día”, coincidente además con la intención evidente de los contratantes, de acuerdo con lo anteriormente expresado sucintamente.

2. La interpretación del contrato realizada, respecto a los Centros de Menores de Acogida, no se altera en el supuesto de que se considere que el contrato adolece de vicios por carecer la Entidad Mercantil A.C., S.L., de naturaleza de Asociación o Fundación sin ánimo de lucro (Ley 1/1997, de Atención Integral del Menor, art. 25 y Ley 1/1987, de Servicios Sociales, Disposición Adicional Quinta y Decreto 130/1999), ya que en el supuesto de que se considere que concurre la ausencia de algún requisito que afecte a la naturaleza de las obligaciones concernientes a la realización de la gestión de los centros de menores, la consecuencia derivada de tal eventualidad del contrato sería su liquidación con arreglo a las prestaciones efectivamente realizadas. En cualquier caso, el carácter de asociación o fundación sin ánimo de lucro afecta a las entidades colaboradoras y el art. 3 del TRLCAP, como es sabido, excluye del ámbito de la contratación de la citada Ley “los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales (...)”.

CONCLUSIÓN

La exégesis acerca del coste de las prestaciones objeto de los Decretos de Apertura inmediata con carácter de urgencia "C.A.I. Tafira para Menas", Hogar "Guía II", Hogar para Inmigrantes "Cuesta La Higuera", Hogar Maternal "El Monte", Casa de Acogida "El Cerrillo" y Hogar "La Isleta", es la del precio del contrato por plaza y día efectivamente ocupada, siendo conforme a Derecho, en consecuencia, la interpretación realizada por el Cabildo de Gran Canaria.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. OSCAR BOSCH BENÍTEZ, AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. CONSEJEROS D. JOSÉ SUAY RINCÓN Y D. LUIS FAJARDO SPÍNOLA, AL DICTAMEN 210/2003 DEL PLENO (EXP. 181/2003 CA).

I

El 26 de septiembre de 2003, tuvo entrada en el Consejo escrito de salida 25 de septiembre del Presidente del Cabildo insular de Gran Canaria, mediante el que interesaba -de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.d), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y por otro, en lo preceptuado por el art. 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, LCAP- preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario en relación con los Decretos de adjudicación por el trámite de urgencia a la entidad mercantil A.C. S.L. de la gestión de 6 centros de acogida (de menores, mujeres e inmigrantes) de los que se da cuenta en el expediente.

II

1. En todos los Decretos de referencia se fundamenta la urgencia del procedimiento del art. 72 de la LCAP en la masificación de los centros actualmente existentes y a la pareja situación de peligro -"grave peligro, dice el art. 72.1 LCAP- de los que por una u otra razón se encuentran bajo la tutela o protección de la Administración insular. La parte dispositiva de los citados Decretos contiene dos cláusulas, una de las cuales [la nº 2] es la que motiva la discrepancia entre ambas partes del contrato, aunque, como se verá, la adecuada resolución de la duda que tal cláusula plantea requiere el análisis del resto del clausulado.

En efecto, la cláusula 1 dispone "la apertura inmediata" del centro que corresponda "ubicado" en distintas localidades y direcciones de Gran Canaria, cada uno de los cuales "con una capacidad" que asimismo se indica.

En la segunda cláusula de los referidos Decretos se adjudica "la gestión" de cada centro a la citada entidad mercantil por un importe determinado, según el caso, por "menor y día" o "persona y día"; y en todos los casos, "hasta tanto se pueda formalizar la contratación por los procedimientos legalmente establecidos", críptica fórmula que puede amparar, en estricta interpretación, la "formalización" del contrato adjudicado en emergencia (lo que encajaría en el art. 72.2 LCAP), como una nueva licitación por los procedimientos "legalmente establecidos", una vez afrontada la situación de emergencia.

2. No es el momento de anticipar lo que se quiso decir o lo que dice tal cláusula -que es la tercera- de los Decretos de adjudicación. La cuestión en este momento es determinar a cuánto asciende el importe de la gestión de cada centro, es decir, el precio del contrato adjudicado en emergencia. Cuestión en la que ambas partes sostienen distintas posturas, lo que ha dado lugar justamente al presente incidente de interpretación de la cláusula conflictiva. La duda está en si el precio por día que se ha contratado es por plaza -como sostiene el contratista- o por niño atendido, como por el contrario sostiene la Administración.

La cláusula en principio no puede ser más clara: "por menor y día" y "por persona y día", según los casos, por lo que parece que es la tesis de la Administración la que debe prevalecer. Ahora bien, la respuesta no es ni puede ser tan sencilla. El órgano de contratación ostenta, ciertamente, la prerrogativa de interpretar los contratos. Ahora bien, con lo dicho no basta. Tal facultad se encuentra limitada de forma expresa e implícita tanto por preceptos legales como por principios generales del Derecho; incluso, por principios de la propia contratación administrativa que acotan de tal forma la potestad administrativa de interpretación de los contratos que ésta no puede ser entendida como la interpretación auténtica del contrato, sino como la interpretación "provisional", pues la "ultima palabra le corresponde a los Tribunales (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2001). No es por ello una "facultad decisiva y decisoria . . . porque también la contratación administrativa está sujeta al principio esencial del equilibrio objetivo en las prestaciones" (STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 2001).

3. A tales efectos, en primer lugar debe señalarse que si conforme al art. 1281 del Código Civil, los términos de un contrato son claros y "no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas" de interpretación contenidas en los arts. 1282 y siguientes del Código Civil, "que funcionan con el carácter de normas subsidiarias respecto a lo que preconiza la interpretación literal" (STS de 14 de noviembre de 2000). Sólo cuando no existe tal certeza, habrá de acudir a los otros parámetros de interpretación a fin de averiguar la "verdadera y real voluntad de las partes para establecer el alcance y contenido de lo pactado" (STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2001).

Y para llegar a esa conclusión en este caso se deberá estar, entre otros, a los principios de "proporcionalidad" (congruencia entre los hechos y sus consecuencias) y "equidad"; la doctrina de los "actos propios", los "actos coetáneos y posteriores al contrato"; que la interpretación del contrato "no debe favorecer a la parte causante de la oscuridad" (STS id.); así como los principios de "buena fe y confianza legítima" (art. 3.1 LRJAP-PAC).

Pues bien, pese a que la cláusula que motiva el incidente de interpretación parece clara y no ofrece dudas, el mantenimiento de la interpretación literal -que es la que sostiene la Administración- conculcaría los principios a los que se ha hecho mención, por lo que debe analizarse el expediente completo, en todos sus aspectos, a fin de encontrar cuál fue la real voluntad de las partes.

III

1. Ha de partirse del dato inicial de que los Decretos de referencia son la expresión formal inicial de una contratación tramitada por el procedimiento de emergencia (art. 72 LCAP) en la que cabe, como excepción de la regla, la contratación verbal (art. 55 LCAP). La perentoriedad de la adopción de las medidas materiales objeto de un contrato de emergencia conlleva necesariamente una atenuación del rigor formal y por ello de la necesaria precisión a la hora de fijar de forma indubitaba los elementos esenciales del contrato; entre ellos, el objeto y el precio (art. 1261 del Código Civil). Por supuesto que incluso en esa eventualidad la Administración debiera haber formalizado los acuerdos de manera más precisa, pues debe recordarse que la interpretación de los contratos "no deberá favorecer a la parte que hiciese ocasionado la oscuridad" (art. 1288 del Código Civil).

Hay aspectos esenciales del contrato que al parecer sólo han tenido expresión verbal -como se desprende de los escritos de la empresa adjudicataria-, pero cuyo concurso o inexistencia determinaría una u otra solución. Ciertamente existen otros indicios en las actuaciones que ayudarían a decantar la solución en uno u otro sentido, pero el inconveniente de la contratación verbal -en la contratación de emergencia, única en la que se permite- es el de su prueba.

2. Por otra parte, no estamos ante un contrato típico de prestación de servicios mediante la vinculación de ambas partes a un contrato administrativo de tal naturaleza. Los Decretos proceden a la "apertura inmediata con carácter de urgencia" de los centros, adjudicándose la gestión a la empresa adjudicataria. En un seguimiento lineal de los acuerdos, parece como si los centros fueran de titularidad o responsabilidad pública -pues es el Cabildo quien los abre de forma inmediata-, concediéndosele la gestión a la empresa citada. Pero no es así.

Antes de los Decretos de referencia, la Administración y la posterior empresa adjudicataria sostuvieron conversaciones y negociaciones -propio de una contratación de emergencia- que concluyeron en que la empresa adjudicataria buscaría los locales, los alquilaría y remodelaría conforme las instrucciones de la Administración y, finalmente, gestionaría la prestación de los servicios asistenciales objeto último de la prestación.

Pues bien, los Decretos no evidencian y expresan esa realidad pre contractual, ignorándola. De hecho, podríamos entender que estamos ante dos negocios distintos, pues todas las actividades preparatorias pueden entenderse como expresión de gestión de negocios ajenos (arts. 1888 a 1894 del Código Civil) que faculta "el ejercicio de una acción *in rem verso*" (STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 1999) contra la Administración que, consecuentemente, debe abonar el gasto. Cuestión distinta, que es a la que se contrae la cuestión cuya interpretación se somete a la consideración de este Consejo, es a cuánto asciende el precio de esa gestión.

3. No se trata, como se ha dicho, de que el contratista pone a disposición del contrario sus propios medios percibiendo un precio por gestión en el que se encontraría incluido, lógicamente, el coste real de la misma y el legítimo "margen industrial" (STS de 4 de julio de 2003). Fue la Administración la que dispuso el número de plazas de cada centro que era imprescindible para hacer frente a la situación de emergencia. La Administración podía haber dicho, simplemente, que la

emergencia obligaba a la apertura de los centros que fueren precisos, conforme a las especificaciones que resultan de la legislación específica (Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, LAIM) y, en consecuencia, el precio pactado por menor/día correspondía a menor atendido, no a plaza disponible. Como se dijo, conforme a las instrucciones recibidas el adjudicatario, con carácter previo, habilitó y la Administración dio el visto bueno, a las instalaciones, que fueron abiertas para la atención de un determinado nº de menores que en cada caso se señalaba en los Decretos de apertura. Es decir, el número de menores que debían atender fue objeto de la adjudicación de emergencia; número que, como se ha dicho, expresaba la situación de emergencia a la que se intentaba hacer frente.

Dicho esto, si contrastamos la información que obra en las actuaciones con los principios que se han indicado, podemos llegar a idéntica conclusión; es decir, a la conclusión de que la interpretación administrativa de la cláusula cuestionada no se atempera a la realidad de los hechos, ni a la hermenéutica ponderada que exige la consideración de ciertas variables, como los actos y conductas de ambas partes.

4. Una interpretación radical de la tesis de la Administración significaría que en el precio menor/día (66,71 €, en el caso del Hogar La Isleta) estarían comprendidos los gastos pre contractuales y los gastos de gestión de los menores realmente atendidos. En esa tesis, si el centro en algún momento no tuviere ningún interno el adjudicatario no recibiría precio alguno, lo cual quebraría los principios de proporcionalidad y equidad, así como el de proscripción del enriquecimiento injusto de la Administración; además de consistir en una interpretación "*ad absurdum*" (STS de 11 de septiembre de 1979), pues nadie contrataría a sabiendas de que el lucro empresarial podría ser negativo.

Claro que lo primero que habría que dilucidar es la contraprestación, todos los conceptos, a que responde el precio, es decir, no sólo si es menor/plaza por día -que es a lo que en apariencia se contrae la consulta-, sino si en el mismo se computa o se pretende computar los gastos pre contractuales realizados por el posteriormente adjudicatario. Si no están contemplados, los mismos deben abonarse en concepto de gestión de negocios ajenos; si están -que no es lo que parece- es obvio que el precio pactado debiera singularizar ambos conceptos, lo cual no se hace.

En suma, la interpretación administrativa de la cláusula quiebra el equilibrio del contrato de forma tal que debe haber otra interpretación posible, porque la que propone la Administración, además, vulnera los principios de buena fe y de confianza

legítima, pues según manifiesta el adjudicatario todo el procedimiento de adjudicación de emergencia fue precedido por negociaciones y pactos verbales, no negados por la Administración, de los que resultaba que el precio pactado era el de plaza/día. Es más, en las actuaciones -las concernientes al centro El Monte- existe un informe, cuyo objeto era la idoneidad de la entidad mercantil para ser adjudicataria de una gestión como la señalada, en el que se efectúa una valoración de los contratos siendo el criterio utilizado el de plaza/día y no el que ahora se pretende aplicar menor/día.

IV

1. Por supuesto, la Administración no está sometida a sus actos si éstos son ilegales, pues no cabe adquisición de derechos en tal circunstancia. Si hubiera habido acto expreso, el procedimiento sería el de revisar de oficio el acto ilegal; pero si no hubo acto expreso pero sí informe previo del que se desprende determinada interpretación de cierta cláusula, la Administración no puede cambiar de criterio de forma inmotivada, simplemente porque la nueva interpretación le resulta más ventajosa desde el punto de vista económico. Una vez que el adjudicatario presentó su facturación en razón de lo acordado verbalmente y lo informado por la propia Administración, ésta le devuelve la documentación con ruego que rectifique el criterio de facturación, en los términos señalados y que han dado lugar al presente incidente contractual.

A lo dicho se debe añadir que en caso de duda la "intención evidente de los contratantes prevalecerá sobre [las palabras]" (art. 1281 del Código Civil); las palabras dudosas se interpretarán en "el sentido que resulte del conjunto de todas" (art. 1285 CC); y, nuevamente, que las cláusulas oscuras no deben favorecer "a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (art. 1288 CC).

Finalmente, como la duda recae sobre "el objeto principal del contrato" si conforme a los anteriores criterios no pudiere solventarse la cuestión, el contrato sería "nulo" (art. 1289 CC), con los efectos que se señalan en los arts. 1300 y ss. del Código Civil.

Este Consejero considera, sin embargo, que de las actuaciones se desprenden suficientes indicios que abundan en el hecho de que el precio del contrato era por plaza/día y no por menor-persona/día.

2. Ahora bien, debe traerse a colación una cuestión -apuntada en el expediente- que se plantea en las actuaciones concernientes al centro El Monte y en las que obra informe -al que se hizo antes referencia tangencialmente- en el que se señala la incapacidad de la empresa contratista para ser adjudicataria de los contratos en cuanto tengan por objeto la atención de menores; pues otra cosa no se desprende de los arts. 83.1, 95 y 96 de la citada LAIM, así como del Decreto 130/1999, de 17 de junio, por el que se regula la Habilitación de las Entidades colaboradoras de atención integral a menores.

De tal regulación resulta que sólo "fundaciones y asociaciones de carácter no lucrativo" que hayan sido así reconocidas por la Administración autonómica pueden desempeñar actividades y tareas de atención integral a los menores. Siendo así que la adjudicataria es una sociedad de responsabilidad limitada y, por ello, de naturaleza mercantil a la que es consustancial el lucro.

Tal extremo sugiere un doble género de comentarios.

De una parte, la invalidez del contrato bien de índole administrativa (arts. 61 y 62 LCAP) o civil, en su caso (art. 66 LCAP).

De otra, que sería coherente con que las entidades prestatarias de los servicios de atención a menores sean entidades sin ánimo de lucro el que el precio sea por menor/día y no por plaza/día. Abunda ello pues en el hecho de que la Administración ha efectuado una interpretación errada de la cláusula cuestionada. Sólo que en este caso, el contrato sería inválido y habría que pasarse por las consecuencias propias en Derecho.

3. Curiosamente, fue en el mismo informe en el que se advirtió de tal grave irregularidad cuando interpretó la Administración que el precio era de plaza/día y no menor/día. Seguidamente, la Administración cambia de criterio interpretativo sin pronunciarse sobre la ilicitud del contrato. Lógicamente, se supone que el cambio de criterio no tiene vinculación alguna con la ilicitud del contrato; algo así como una suerte de pacto, incalificable por otra parte: rebajamos el precio del contrato a cambio de no declarar la ilicitud del mismo. No es sino una presunción o simple sospecha, pero desde luego sorprende que concurriendo una causa de ilicitud contractual la Administración no ya no inicie de oficio el procedimiento que corresponda, sino que tan siquiera se pronuncia sobre ella.

No podemos ir más allá en este punto, pues no es el objeto de la consulta. Pero la Administración debe asegurarse no sólo que no se excede de sus facultades de interpretación, sino que debe tener asimismo presente las consecuencias que de su proceder se podrían derivar, bien vía reclamación de responsabilidad patrimonial, bien a través de una revisión de oficio a instancia de parte, procedimiento al que puede ser propio el incidente indemnizatorio (art. 102.4 LRJAP-PAC).

Este es nuestro voto particular por el que disiento de la mayoría del Consejo, voto que firmo y rubrico en la misma fecha y lugar del Dictamen del que me aparto.