



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 7 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de diciembre de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de La Palma en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se concluye el procedimiento relativo a la interpretación del contrato administrativo de la gestión del servicio público de la Residencia Sociosanitaria para atender a personas dependientes con necesidad de tercera persona T., su Centro de Estancia Diurna, el Centro de Estancia Diurna E.D. y el Centro de Estancia Diurna P.A. (EXP. 483/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidenta del Cabildo Insular de La Palma, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento correspondiente a la interpretación del contrato administrativo de de gestión del servicio público de la Residencia Sociosanitaria para atender a personas dependientes con necesidad de tercera persona T., su Centro de Estancia Diurna, el Centro de Estancia Diurna E.D. y el Centro de Estancia Diurna P.A., bajo la modalidad de concesión administrativa.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D..c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el artículo 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y con el artículo 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

porque el contratista ha formulado oposición a la interpretación ofrecida por la Administración.

2. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 16 de mayo de 2007, bajo la vigencia del mencionado TRLCAP. Por tanto, de conformidad con lo previsto en la Disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, a la que se remite la correspondiente del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la legislación aplicable viene constituida por el citado TRLCAP.

II

1. Del expediente resultan los siguientes antecedentes relevantes:

- Con fecha 16 de mayo de 2007 se adjudica el contrato administrativo de gestión del servicio público de la Residencia Sociosanitaria para atender a personas dependientes con necesidad de tercera persona T., su Centro de Estancia Diurna, el Centro de Estancia Diurna E.D. y el Centro de Estancia Diurna P.A., bajo la modalidad de concesión administrativa, a la empresa G.I.S.G., S.L.U., subrogándose a favor de la empresa S.C.D., S.L., con fecha 6 de mayo de 2008, una vez cumplidos los requisitos del artículo 114 TRLCAP.

- A partir del mes de mayo de 2011, según se informa en el expediente, la Dirección facultativa del citado Servicio se percató de que la facturación de las prestaciones en los Centros de Día que se ha venido realizando por la empresa no ha sido la correcta, en consonancia con lo establecido en la cláusula 27 de los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares del citado contrato, puesto que ha venido facturando el 100% del precio plaza/día por las plazas reservadas, en contra de lo que establece la citada cláusula.

A partir de entonces se envían varios correos electrónicos a la persona de contacto de la empresa solicitando la corrección de las facturas a partir del mes de mayo de 2011, sin que hubiera acuerdo en la forma de facturar los Centros de Estancia Diurna, aunque le han sido abonadas cantidades aproximadas referenciales.

- Con fecha 25 de noviembre de 2011, S.C.D., S.L. solicita al órgano de contratación la iniciación de un expediente contradictorio con el fin de que se proceda al pago del precio plaza/día de los antedichos Centros. No consta en el expediente tramitación alguna de este procedimiento, sobre el que el contratista en fecha 24 de junio de 2013 solicitó que se declarase su caducidad.

- Con fecha 21 de septiembre de 2012 la empresa presenta documento de cantidad y relación de facturas de mayo de 2011 hasta agosto de 2012.

Consta en el expediente que el Cabildo de La Palma, hasta la resolución del correspondiente expediente contradictorio, y con el ánimo de no producir un menoscabo económico a la empresa, ha abonado el 92% de las facturas presentadas por S.C.D., S.L., de mayo de 2011 hasta diciembre de 2012. Las restantes facturas, así como las correspondientes al año 2013 permanecen impagadas.

3. Con estos antecedentes, con fecha 27 de junio de 2013, se ordena incoar el procedimiento contradictorio, mediante Decreto nº 1984 del Consejero Delegado del Área de Asuntos Sociales y Sanidad, actuando por delegación del Consejo de Gobierno Insular, al objeto de determinar los correctos términos de la aplicación de la Cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la contratación de referencia, denominada "Régimen de pagos", correspondiente a los Centros de Estancia Diurna "El Dorador" y "Princesa Acerina".

Con fecha 8 de julio de 2013 se emite informe por el Servicio de Contratación sobre propuesta de interpretación de la citada cláusula contractual. En este informe se concluye que la facturación de la empresa deberá ser la siguiente:

- Se descuentan a S.C.D., S.L., 5 euros del precio/día, ya que no se presta el servicio de comedor por la empresa, sino por la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias (a quien abona el Cabildo de La Palma el coste de dicho servicio), señalando, por tanto, que el precio/día es de 38,58 € y no de 43,58 €.

- La hospitalización de los usuarios, al igual que en las plazas residenciales del Centro T., se facturará al 85% por la empresa, en el supuesto de que el usuario permanezca hospitalizado por un período superior a 5 días.

- Las ausencias de los usuarios de los Centros de Estancia Diurna, fuera de su Plan de Atención Individualizada (que se respetarán en todo caso, sean los días que sean mensuales), se facturarán al 85% en el supuesto de que el usuario falte al Centro a partir del 2º día, siempre que sea por una falta no imputable al adjudicatario (ausencias por enfermedad sin hospitalización, vacaciones con familiares, etc.).

Consta en el expediente la concesión de trámite de audiencia a la contratista, que presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto. Se ha emitido asimismo el informe de carácter jurídico, en el que se manifiesta el parecer favorable a la

interpretación de la Administración, así como de la Intervención y se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución.

El procedimiento ha sido pues correctamente tramitado, por lo que procede un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, que se llevará a cabo en el siguiente fundamento de este informe.

4. Procede con carácter previo poner finalmente de manifiesto que el presente procedimiento se inició durante la vigencia del contrato, si bien el mismo se encuentra ya finalizado por el transcurso del plazo de seis años previsto en la Cláusula 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Esta circunstancia no impide sin embargo, como así sostiene la Administración actuante, la continuación del señalado procedimiento hasta su conclusión, dada la subsistencia de la controversia, pues tendrá repercusión en el abono de las cantidades aún debidas a la concesionaria.

III

1. Entrado ya en el análisis del fondo del asunto, hay que empezar señalando que el presente procedimiento se inició en relación con la interpretación de la cláusula 27, apartado 2, PCAP, y en concreto, por lo que respecta a la facturación de las prestaciones en los Centros de Día.

Estipula esta cláusula que "se considera plaza reservada aquella que se encuentre vacante por causas no imputables al adjudicatario. También se considerará plaza reservada la ocupada por un usuario en caso de hospitalización por un período superior a cinco días o la ocupada por un usuario en caso de vacaciones con sus familiares por períodos mínimos de dos días consecutivos o un máximo de treinta, también consecutivos. El número máximo de días por usuario que darán derecho a reserva de plaza será de treinta al año, excepto por hospitalización, que no estará sujeto a límite máximo alguno". Continúa estableciendo que "en el supuesto de plazas reservadas, el Cabildo de La Palma abonará al adjudicatario el 85% del coste plaza/día ofertado para las plazas".

Como resulta de los antecedentes, la entidad concesionaria había venido facturando el 100% del precio plaza/día por las plazas reservadas, en contra de lo que establece la citada cláusula, por lo que por parte del Servicio de contratación se propone la interpretación a la que ya se ha hecho referencia y que se sostiene en la Propuesta de Resolución, que por lo demás no constituye más que una reproducción del tenor literal de aquella cláusula.

Pues bien, sobre esta interpretación la entidad concesionaria en sus alegaciones expresamente señala que no discrepa de los criterios interpretativos sostenidos por la Administración, por lo que “no hay conflicto interpretativo alguno en relación con esta cláusula”.

Ante la expresa conformidad de la concesionaria manifestada en estos términos, no corresponde a este Consejo emitir pronunciamiento alguno al respecto, pues la preceptividad de su Dictamen sólo se prevé por la normativa de aplicación, a la que ya se ha hecho referencia, en aquellos casos en los que el contratista haya formulado oposición a la interpretación ofrecida por la Administración.

2. La entidad concesionaria sin embargo sí manifiesta su oposición en relación con la interpretación referida al pago del precio del servicio de comedor en los Centros de Estancia Diurna.

El servicio de manutención en los centros de estancia diurna se establece como obligatorio en la cláusula 4.3.2.b) del Pliego de Prescripciones Técnicas (dos comidas principales -desayuno y comida-, así como cuantas refecciones intermedias sean prescritas por facultativo).

Sobre esta obligación alega el contratista que al iniciar la ejecución del contrato descubrió que tal servicio ya lo prestaba la Consejería de Educación, con la consiguiente disfunción. A ello añade que el PCAP no sólo no contempló esta circunstancia sino que tampoco reguló la eventual transformación de aquella obligación en otra de reembolso, ni expresó el precio abonado por el Cabildo a la Consejería por este servicio ni la forma en que habría de reembolsarse este coste por el concesionario.

Al respecto se indica en la Propuesta de Resolución que el Cabildo Insular en ningún momento obligó a la empresa concesionaria a prestar el servicio de comedor a través de los comedores escolares de la Consejería de Educación que existen en los inmuebles donde se prestaba el servicio. Esta era la forma en que el Cabildo prestaba la manutención mientras el servicio de los Centros de Estancia Diurna se prestaba en gestión directa, pero en ningún caso se obligó al concesionario a prestarlo de tal forma, aunque sí prestó su conformidad hasta que la concesionaria pudiese prestarlo por sus propios medios. En todo caso, la facturación era abonada directamente por el Cabildo Insular, ya que era la única forma que la Consejería de Educación admitía el correspondiente abono al no poder facturar a una entidad privada.

En cualquier caso, lo cierto es que en el precio del contrato se incluía el coste de este servicio de manutención, de prestación obligatoria por el concesionario, si bien las vicisitudes relatadas han generado el problema interpretativo del coste que ha abonarse, en forma de reembolso, por parte de aquél.

3. De acuerdo con la interpretación ofrecida por la Administración ha de descontarse a S.C.D., S.L., 5 euros del precio/día, ya que no se presta el servicio de comedor por la empresa, sino por la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias señalando, por tanto, que el precio/día es de 38,58 euros y no de 43,58 euros. El coste del servicio es abonado directamente por el Cabildo a la Administración autonómica, por la inadmisión por parte de la Consejería de Educación de facturar al concesionario.

Esta interpretación además es la que ha venido operando en la práctica, pues, el descuento por importe de 5 € (coste de los gastos de manutención por plaza/día) fue practicado por la entidad concesionaria en las correspondientes facturas, en las que no obstante añadía que se llevaba a cabo “de forma provisional y a resultas de negociar una mejor solución a la facturación por este concepto”.

Por su parte, la entidad concesionaria sostiene que propuso desde un primer momento una fórmula equilibrada de reembolso basada en criterios objetivos, consistentes en el coste real y uso efectivo del servicio por los usuarios, reembolsando cada mes al Cabildo el coste real que éste, por su parte, hubiese abonado a la Consejería de Educación.

Entiende además que la Administración se limita a decir que dicho coste importa 5 euros/día, cifra que estima excesiva e irreal.

Indica a estos efectos que el precio/día ofertado de 43,58 euros se calculó y dimensionó a 365 días al año y, adicionalmente, sobre la base de una ocupación efectiva de 45 personas según los Pliegos. Con ello, añade, la pretensión sobrevenida de reducir el precio/día de 43,58 euros en 5 euros, dejándolo en 38,58 euros, por razón de un servicio de comedor que solo se presta 305 días al año (esto es, excluyendo los meses de julio y agosto en que el comedor está cerrado por imposición de la Consejería de Educación; meses en los que el Cabildo no paga precio alguno en concepto de servicio de comedor) e ignorando asimismo que hay usuarios que no utilizan real y efectivamente el servicio de comedor por estar hospitalizados o ausentes (usuarios por los que el Cabildo tampoco paga precio alguno en concepto de servicio de comedor respecto de esos días de ausencia), evidencia que se está ante un planteamiento asimétrico, arbitrario e injustificado.

A los efectos de solventar esta cuestión, ha de partirse de que en el PCAP no consta un desglose los costes de cada uno de los servicios que ha de prestar el concesionario. Ahora bien, el propio concesionario en sus alegaciones manifiesta que ofertó la cantidad de 43,58 euros como precio total por plaza/día y ha de entenderse que esta incluye el coste del servicio de comedor. Esta cantidad se fijó además sobre un cómputo de 365 días /año y sobre una base efectiva de 45 personas.

Por lo tanto, dado que no presta el servicio por las razones expuestas, ha de detrarse de ese precio la cantidad correspondiente al coste del mismo de acuerdo con su oferta y no sólo, como pretende, sobre el coste real según la ocupación efectiva y detrando los meses de julio y agosto, pues su precio se ha fijado para el año completo y para aquel número de usuarios. De otra forma, en la interpretación del contratista, si éste reembolsa el coste real atendiendo a la ocupación efectiva, le sería abonado el resto del servicio no prestado. Singularmente, en los meses de julio y agosto el precio plaza/día seguiría siendo 43,58 euros a pesar de que el servicio de comedor no se presta y lo mismo vale decir para aquellos días en que la ocupación real del servicio de comedor es inferior a 45 personas.

Por lo demás, como argumenta la propia Administración, el reembolso de 5 euros fue aceptado por el concesionario, si bien de forma provisional, ya que manifiesta la aceptación del precio, aunque difiriere con la forma hasta un acuerdo con la Administración. Esta cantidad además, indica la Propuesta de Resolución, no solo cubre el coste real del servicio, sino el coste en medios materiales y recursos humanos que supone para el Cabildo de La Palma la tramitación de la correspondiente facturación por el servicio de comedor que se prestaba en los Centros de Estancia diurna.

CONCLUSIÓN

La interpretación efectuada por la Administración se considera conforme a Derecho.