

Dictamen nº: **204/17**
Consulta: **Alcalde de Alpedrete**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **18.05.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 18 de mayo de 2017, sobre la consulta formulada por el alcalde de Alpedrete a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f).d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de servicios de reparación y mantenimiento de los equipos de climatización de los edificios municipales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 18 de abril de 2017, el alcalde de Alpedrete, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato de servicios de reparación y mantenimiento de los equipos de climatización de los edificios municipales (en adelante, *el contrato*). En dicha fecha ha comenzado el cómputo del plazo de treinta días para la emisión del dictamen conforme a lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora,

aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 18 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- De la documentación remitida, de la que se dará cuenta a lo largo del dictamen, y que no es toda la que debería haberse enviado, puesto que el ROFCJA impone que los expedientes se remitan completos, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Según se deduce de la estipulación primera del documento de formalización del contrato, por Decreto de Alcaldía de 2 de marzo de 2016, se aprobó iniciar el expediente para la contratación.

De acuerdo con la estipulación segunda del documento anteriormente mencionado, por nueva Resolución de Alcaldía de 21 de marzo, se aprobó el expediente de contratación junto con los Pliegos de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), y se previó que la adjudicación se llevaría a cabo por procedimiento abierto.

En el PCAP, que figura entre la documentación remitida, se define como objeto del contrato la reparación y el mantenimiento de los equipos de climatización de los edificios municipales del Ayuntamiento de Alpedrete (cláusula 1).

En la cláusula 4, relativa al importe del contrato, se establece que el precio del mismo incluye: a) Toda la mano de obra y las asistencias técnicas que pudieran ocasionarse, incluidas las del servicio de 24

horas; b) Los medios de elevación y accesos a los equipos e instalaciones, c) las revisiones Técnico-Legales a realizar por Entidades Colaboradoras con la Administración, y d) la posibilidad de aumentar el número total de aparatos anuales, no superando el máximo de cuatro. En cambio, según disposición expresa, no incluía los repuestos y accesorios de los equipos que se necesitaran en caso de reparación.

La duración del contrato era de dos años (cláusula 5) y se hacía constar expresamente que *“La presentación de una proposición supone la aceptación incondicionada por el empresario de las cláusulas del presente Pliego”* (cláusula 7). Los criterios de adjudicación a tener en cuenta eran el del precio más bajo (70 puntos), el descuento en los repuestos (15 puntos) y a las propuestas ahorro energético de edificios (15 puntos) -cláusula 8-.

La cláusula 18 establecía los derechos y obligaciones del adjudicatario, comenzando con una cláusula general en cuya virtud *“El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación”* (obligación reiterada en la cláusula 20, al referirse a la ejecución del contrato), siendo responsable el contratista *“de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato”*.

En particular, se catalogaban como *obligaciones esenciales* las de a) proveer de toda la mano de obra y las asistencias técnicas que pudieran ocasionarse, incluidas las del servicio de 24 horas; b) disponer de los medios de elevación y accesos a los equipos e instalaciones necesarios para la correcta ejecución del contrato; c) garantizar que los equipos cumplan la normativa técnico-legal vigente, incluyendo todas

las revisiones a realizar por Entidades Colaboradoras con la Administración y, d) aceptar el posible aumento en el número total de aparatos anuales, no superando el máximo de cuatro.

Finalmente, singularizaba como *obligaciones específicas* del contratista, las de a) dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, b) afrontar determinados gastos e impuestos relacionados con la contratación y, c) cumplir con los requisitos legalmente establecidos para el caso de subcontratación.

En el capítulo de penalidades por incumplimiento (cláusula 23), se reservaba a la Administración la facultad de optar entre la resolución del contrato o la imposición de determinadas penalidades en los casos en que, por causas imputables al contratista, se produjere la demora de éste en el cumplimiento del plazo total o el incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato. En cambio, en relación con la infracción de la adscripción a la ejecución del contrato de medios personales o materiales suficientes, únicamente se preveía la posibilidad de imponer penalidades.

Ya en la cláusula 24 se trataba la resolución del contrato, que tendría lugar en los supuestos señalados en el propio PPT y en los fijados en los artículos 223 y 308 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), con la expresa previsión de que, cuando tal consecuencia tuviera lugar por culpa del contratista, se incautaría la garantía definitiva sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración en lo que excedieran del importe de la garantía.

Por lo que se refiere al pliego de prescripciones técnicas (PPT), su cláusula segunda indicaba que el objetivo primordial del objeto del contrato residía en “... *la consecución del mejor estado de conservación*”

de las partes y elementos componentes, y deberá asegurar el funcionamiento continuo y eficaz de las instalaciones del Anexo 1, minimizando las posibles reparaciones como consecuencia de averías, previa aplicación de un mantenimiento preventivo y correctivo en caso de ser necesario, garantizando la seguridad de los edificios y sus instalaciones”.

Asimismo, la cláusula tercera reproducía los términos del PPT en cuanto a las obligaciones incluidas en el precio del contrato, y la cláusula quinta, bajo la rúbrica de “Administración y operatividad del servicio”, imponía la ejecución del contrato por personal cualificado y supervisado por un técnico de la empresa debidamente especializado, el deber de establecer un servicio telefónico permanente y diario de 24 horas para la recepción de llamadas de urgencia y el de acudir a resolver las incidencias detectadas en un plazo siempre inferior a ese mismo plazo. En la sexta cláusula (“Inspección previa y mantenimiento de los aparatos”) se imponía el deber de entregar un informe sobre las instalaciones actuales en el primer trimestre de vigencia del contrato (en el que se corroborara su adecuación a la normativa vigente, entendiéndose que, de no formular reparo alguno, el contratista habría recibido las instalaciones y aparatos en normal estado de funcionamiento), y, posteriormente y con periodicidad trimestral, de suscribir informes trimestrales sobre las revisiones realizadas en todos los equipos que constituyen el objeto del contrato. En cualquier caso, el contratista debería garantizar *en todo momento* que *todos los aparatos de climatización* del Ayuntamiento cumplen la normativa vigente.

2. Por Decreto de Alcaldía de 26 de mayo de 2016, se adjudicó el contrato a la empresa CLIMAGE S.L. (en adelante, *la contratista*) por un importe de 47.817,6 euros, IVA incluido.

En esa misma fecha se constituyó la garantía definitiva por un importe de 1.728 euros, existiendo discrepancia en el documento de

formalización del contrato sobre si la misma fue formalizada mediante aval bancario (tal como indica su cláusula cuarta) o por carta de pago (cláusula quinta).

El 30 de mayo de 2016 se suscribió el contrato, contemplando su cláusula segunda, en correspondencia con la mejora ofertada por la adjudicataria, la aplicación de un descuento del 22% en la adquisición de los repuestos necesarios en la ejecución del contrato. Asimismo, se indicaba que toda la mano de obra y las asistencias técnicas, incluidas las del servicio de 24 horas, se harían sin coste adicional para el Ayuntamiento.

A tenor de la estipulación cuarta del mismo contrato, la garantía definitiva formalizada por la contratista *“no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido en vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato, o resuelto este sin culpa del contratista”*.

3. El 25 de noviembre de 2016, el arquitecto técnico municipal emitió un informe (en que figura el visto bueno del arquitecto municipal) relativo al seguimiento del contrato. En él informaba de las siguientes irregularidades:

<<- Que debido a los presupuestos presentados de reparación de los distintos equipos municipales, se está incumpliendo con el mantenimiento preventivo (punto 2.2), ya que tiene por objeto anticiparse a las averías o irregularidades en el funcionamiento de los equipos.

- Se hicieron entrega de unos libros oficiales, para su legalización, actualización y correcta cumplimentación, que no consta su actualización del presente mes (Noviembre).

- Con carácter mensual, dentro de los 10 primeros días del mes, se deberá presentar un informe donde se recogerán los trabajos y tareas ejecutadas.

- Se han entregado unos informes preliminares de los distintos equipos en las distintas dependencias municipales, en los que no se detectan “irregularidades” y posteriormente se han producido averías importantes, como pueden ser comprobadas en las instalaciones de Juventud.

- Con respecto al mantenimiento correctivo se está incumpliendo con la reparación de averías en el plazo de 24 horas, debiendo ser los Servicios Técnicos Municipales, los que reclamen la presentación de los presupuestos para su tramitación y aceptación, para efectuar las correspondientes reparaciones.

- Se estima además que realizadas las comprobaciones de algunas de las facturas presentadas los precios de los materiales no se corresponden con los precios de venta al público, por lo que no se puede considerar que se realice el ahorro de los materiales del 22% (punto 4.1).

Véase como ejemplo la factura N° FV/10361 Reparación de fuga en radiador (Solo de materiales empleados, aplicando 21 % de descuento y por un importe de 64,24 €)

No se aporta “un Listado de precios” de los materiales más comúnmente empleados en las operaciones de reparación, con los precios actualizados de venta al público.

No se aplica el descuento de los materiales de repuesto en las cargas de los gases refrigerantes de los equipos, pudiendo ser o no considerados como material de repuesto por parte de la mesa de contratación.

Se han presentan unos presupuestos referentes a Kits de limpieza de las distintas calderas en varios edificios municipales, que se considera debían de estar consideradas incluido en los distintos materiales y enseres dentro de las operaciones de correcto mantenimiento>>.

El 2 de diciembre de 2016, la concejala delegada de Hacienda, RR.HH. y Contrataciones (en adelante, *la concejal competente*) efectuó un requerimiento a la contratista en el que, a la vista de los más de 15 presupuestos presentados por la empresa adjudicataria y atendido lo detallado en el informe técnico de 25 de noviembre anterior, se le solicitaba remitiera en diez días hábiles un *preciario* (sic) detallado con todos los materiales de uso común utilizados en la reparación de los aparatos de climatización existentes en los edificios municipales (que, según se recordaba, estaban excluidos expresamente del precio del contrato), en el que al menos se recogieran las marcas comerciales de los distintos suministros, su PVP real y se incluyera el descuento garantizado por la contratista en su oferta. Asimismo, se requería al contratista para que procediera *“a subsanar los incumplimientos detectados por los Servicios Técnicos municipales en lo relativo al mantenimiento preventivo y a la actualización de la información recogida en los libros oficiales en los meses de noviembre y diciembre de 2016”*.

Con fecha 16 de diciembre, la contratista adjuntó lo que manifestaba ser un *preciario* detallado con los materiales más frecuentes en las tareas de mantenimiento, aclarando que a las cargas de gases refrigerantes no se les aplicaba descuento por llevar incluidas en el precio impuestos que no podían ser descontados, que determinada factura ya había sido modificada al considerarla excesiva los servicios técnicos y que los avisos se estaban atendiendo y se dejaban *funcionando* 24 horas, salvo aquellos en los que se necesitaba el suministro de algún material especial, en cuyo caso era necesaria la aprobación del Ayuntamiento y el envío del material del suministrador.

El 20 de diciembre se emitió un segundo informe por los arquitectos municipales, en el que se advertía sobre una incidencia surgida en la ejecución del contrato consistente en la demora excesiva en la valoración y subsanación de deficiencias en equipos, en concreto en relación con sendos avisos dados por correo electrónico y teléfono en fechas 1 y 16 de diciembre en relación con el equipo instalado en la cubierta del Edificio Oficina Judicial, que estaba funcionando con poca presión probablemente debido a una fuga en sus conducciones, afectando al servicio, con las correspondientes quejas de sus usuarios. Según se decía, hasta el momento no se había llevado a cabo por la empresa ni la valoración de la reparación ni el envío del correspondiente presupuesto para su tramitación. Con ello, se estaba incumpliendo según se entendía con el deber de reparación de averías en el plazo de 24 horas, y se obligaba a los servicios técnicos municipales a tomar la iniciativa de reclamar la presentación de los presupuestos para su tramitación y aceptación en orden a efectuar las correspondientes reparaciones, siendo así que se trataba de presupuestos de escasa complejidad.

El 12 de enero de 2017 los arquitectos municipales suscribieron otro informe, esta vez con el objeto de analizar el *preciario* que había sido aportado por la empresa. En él se exponía que se había solicitado otro *preciario* de una tercera empresa lo más análogo posible para su cotejo y comprobación con el aportado por la contratista, y que se habían detectado variaciones muy dispares en los precios de los distintas muestras analizadas (materiales de fontanería), en líneas generales más baratas entre un 40 y un 50 % e incluso en algún caso hasta en un 70 %. Únicamente se había detectado un precio más favorable en las conducciones de cobre, lo que a juicio de los técnicos municipales se explicaba por el país asiático del que procedía el material.

Un cuarto informe fue suscrito por los arquitectos municipales el 31 de enero de 2017, esta vez a título de ampliación del segundo de los emitidos, de 20 de diciembre de 2017. En él se hacía referencia a incidencias surgidas en relación con las instalaciones de dos edificios municipales: 1° En relación con la *Casa de Cultural*, se objetaba la falta de contestación por la contratista a la solicitud de 7 de diciembre de 2016 para que se informara sobre los trabajos de reparación de los equipos, concretando plazos estimados, cuyos presupuestos habían sido aceptados el 29 de noviembre, siendo así que a fecha 31 de enero de 2017 no se tenía constancia de que se hubieran iniciado los trabajos de reparación presupuestados hacía más de dos meses. 2° Por lo que se refiere a los equipos de la Oficina Judicial, se indicaba que el 24 de enero de 2017 se había aportado por parte de la contratista el presupuesto referente a los trabajos de reparación, que al día siguiente y previa solicitud de los Servicios Técnicos se había aportado el albarán justificativo del presupuesto del motor y del ventilador, no viniendo desglosado. Asimismo, se indicaba que se había solicitado a otra empresa un presupuesto de reparación de los equipos de la Oficina Judicial, comprobando que los precios presentados por la contratista variaban al alza de manera apreciable con respecto a los de la otra compañía, por lo que se estimaba que se podían estar ocasionando perjuicios económicos al Ayuntamiento. Para finalizar, se hacía constar que la demora en el servicio de reparación de incidencias afectaba *enormemente* a las instalaciones, que dejaban de funcionar con los perjuicios correspondientes a los usuarios y trabajadores.

El 8 de febrero de 2017, la Alcaldía, atendidos los informes de los Servicios Técnicos municipales, dispuso mediante Providencia que la Secretaría emitiera un informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en relación con la resolución del contrato por causa imputable al contratista, trámite que fue formalizado por la requerida en primera instancia al día siguiente mediante un informe de contenido general sobre las causas y el procedimiento de la resolución

de los contratos, y más adelante mediante un nuevo informe de 14 de febrero, redactado esta vez a la vista del expediente administrativo de seguimiento del contrato, en el que se indicaba la concurrencia de la causa de resolución recogida en el artículo 223.f) del TRLCSP.

4. Por Decreto de Alcaldía de 14 de febrero de 2007, se decidió con fundamento en los informes técnicos de 25 de noviembre de 2016 y de 31 de enero de 2017 y en los de Secretaría de 9 y de 14 de febrero, cuyo resumen se recogía, incoar el procedimiento de resolución del contrato, advirtiendo que ello conllevaría la correspondiente incautación de la garantía y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere y no fuese suficiente la citada garantía.

Mediante escrito presentado el 25 de febrero, la contratista formuló alegaciones en las que llamaba la atención sobre la concepción formalista del TRLCSP en relación con la conceptualización de determinada obligación como de carácter esencial, y, repasando aquellas que en concreto adquieren tal condición en el PCAP del contrato objeto de la controversia, advertía que los hechos por los que se sigue el procedimiento no están incluidos entre dichas obligaciones esenciales. Asimismo, discutía que los incumplimientos invocados por el Ayuntamiento fueran realmente tales. Así, con respecto a la reparación de averías en el plazo de 24 horas, alegaba estar cumpliéndola a través de tres teléfonos distintos (oficinas centrales, teléfono de guardia y operario de mantenimiento), y haberse personado siempre en menos de 24 horas en las instalaciones correspondientes, una vez recibido el aviso por parte de los técnicos municipales, para comprobar la gravedad, facilitar la asistencia inmediata y en su caso determinar cuál es la avería que en su caso precise reparación (adjuntaba, a tal efecto, los partes de intervención del mes de febrero), sin perjuicio de que muchas de las reparaciones tuvieran que demorarse por precisarse piezas de repuesto, y exigir en estos casos el Ayuntamiento un presupuesto escrito para aceptarlo expresamente. En cuanto a los

precios de los materiales, se remitía al *preciario* de los materiales más frecuentes en las tareas de mantenimiento presentado con fecha 2 de diciembre de 2016, y advertía de la facilidad con que una empresa de la competencia podía facilitar un P.V.P. más reducido por interés comercial o por aplicar antes de fijarlo algún descuento que pudiera facilitarle el suministrador, no obstante lo cual, ante la desconfianza surgida, se ofrecía a instalar los repuestos o materiales que pudiera facilitar el Ayuntamiento, si este lo consideraba más rápido y económico. Adjuntaba en cualquier caso los presupuestos del suministrador, para que se pudiera comprobar el P.V.P. del material que la contratista había incluido en sus presupuestos. Advertía finalmente que todas estas cuestiones se habían valorado en reciente reunión mantenida con los responsables técnicos municipales el 24 de enero de 2017, en la que se habría acordado la elaboración por parte de la contratista de un informe con las mejoras energéticas de cada edificio municipal, pues ambas partes eran conscientes de la falta de aptitud de algunas máquinas instaladas, y se habían emplazado para valorarlo el día 1 de marzo de 2017, a la vez que se comprobaba la evolución del servicio de mantenimiento, por lo que le parecía sorprendente que, sin haberse producido novedad ni formulado queja alguna desde entonces, se descolgara ahora el Ayuntamiento promoviendo la resolución del contrato.

Con fecha 14 de marzo y previa solicitud de la concejal competente, un abogado colegiado del Ilustre Colegio de Zaragoza (ICAZ) emitió informe jurídico sobre las alegaciones de la contratista, en el que exponía su parecer favorable a la resolución del contrato al entender que los incumplimientos acreditados por los técnicos municipales afectaban a un elemento esencial de la prestación, al incidir directamente sobre el objeto del contrato.

Asimismo, la secretaria general del Ayuntamiento emitió informe de 27 de marzo sobre las alegaciones de la contratista, mostrándose

también favorable a la posible resolución al entender que el incumplimiento afectaba al objeto del contrato, que es un elemento esencial del mismo y debía reputarse infringido al no haberse logrado un funcionamiento continuo y eficaz de las instalaciones, toda vez que las correspondientes a dos edificios habían tardado dos meses en repararse (situación que, según se indicaba, continuaba en uno de ellos, al menos, a la fecha del informe). Añadía a mayor abundamiento que tampoco se estaba aplicando correctamente el descuento del 22% en los precios de los materiales empleados en las reparaciones, que fue uno de los criterios que puntuaron para la adjudicación, aunque no se le diera carácter esencial, según había quedado de manifiesto en la reunión mantenida el 24 de enero, en que la contratista explicó que, partiendo de los precios del fabricante de los materiales utilizados, primero les cargaba un 40% y al precio resultante le descontaba el 22% pactado con el Ayuntamiento, con lo cual, según su parecer, más que realizar la detracción del porcentaje señalado, se incrementaba el precio de dichos materiales en un 18%.

El informe finalizaba proponiendo la solicitud de informe a los Servicios Técnicos y a la Intervención sobre la existencia de daños o perjuicios derivados del incumplimiento, así como la adopción de medidas provisionales urgentes consistentes en la suspensión del contrato durante la tramitación del procedimiento de resolución en aplicación del artículo 220 del TRLCSP y en el inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación del servicio mediante contrato menor, *“... por el plazo máximo e improrrogable de un año, para garantizar la continuidad de la prestación del servicio, evitando el perjuicio que está ocasionando a los usuarios de las instalaciones y al personal municipal que trabaja en los mismos, en tanto se tramita el procedimiento de resolución del contrato y, si así resultara, se inicie y resuelva un nuevo procedimiento de adjudicación del mencionado servicio”*.

Por Decreto de Alcaldía 251/2017, de 28 de marzo, se adoptaron las medidas provisionales urgentes propuestas por la secretaria del Ayuntamiento.

Ya con fecha 30 de marzo de 2017, la interventora municipal suscribió informe sobre la posible resolución del contrato. En él, tras recoger cómo los servicios técnicos habían informado del incumplimiento reiterado de la reparación de averías, de la demora en el servicio de reparación de incidencias que afectaba a las instalaciones mantenidas que dejan de funcionar con los perjuicios que ello ocasionaba a los usuarios y trabajadores y del excesivo precio marcado en los *preciarios*, informaba favorablemente a la resolución del contrato con incautación de la garantía definitiva constituida. También proponía que se solicitara de la contratista la presentación de un *precario* adaptado a los precios de mercado, al objeto de aplicar sobre el mismo el descuento comprometido, y que se le exigiera el reintegro de las cantidades abonadas en exceso como perjuicio económico ocasionado a la Administración.

Concluida la tramitación del procedimiento de resolución, el alcalde, mediante nuevo Decreto de 5 de abril de 2017 (279/2017), acordó desestimar las alegaciones de la contratista y considerar procedente la resolución del contrato, con incautación de la garantía, con fundamento en el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, puesto que la defectuosa prestación afecta a un elemento tan esencial del contrato como es el propio objeto contractual. A dichos efectos, resolvía remitir el procedimiento para dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, suspendiendo el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que mediara entre dicha petición y la recepción del dictamen.

En el expediente administrativo consta el oficio de notificación de la anterior resolución, expedido por la secretaria del Ayuntamiento el 6

de abril de 2017, que constituye igualmente la fecha del registro de salida con destino a la contratista.

Por oficio del secretario de la Comisión Jurídica Asesora de 11 de mayo, se ha solicitado la ampliación del expediente administrativo mediante la remisión del documento de formalización de la garantía definitiva, aclarando si, en su caso, se ha otorgado el trámite de audiencia a la entidad avalista y si le ha sido comunicada la suspensión del plazo de tramitación del procedimiento.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f.)d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó mediante Decreto de Alcaldía de 26 de mayo de 2016, por lo que, en cuanto al fondo del asunto,

resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es el alcalde de Alpedrete.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 14 de febrero de 2017, en virtud de Decreto del alcalde), lo que supone igualmente la aplicación del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista, garantía que ha sido respetada en el procedimiento en el cual se enmarca la consulta.

Asimismo, el artículo 109 del RGLCAP exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, como es el caso. En el supuesto sujeto a dictamen, se desconoce, puesto que no ha sido remitido completo el expediente administrativo y a la fecha de la

emisión del dictamen no ha sido atendida nuestra solicitud de aclaración de 11 de mayo, si la garantía definitiva fue formalizada mediante carta de pago o por aval bancario. En este último caso, esto es, si se hubiera constituido mediante aval bancario, a la tramitación del procedimiento que ha seguido el Ayuntamiento que realiza la consulta se le debería objetar la falta de audiencia del avalista. Según expresamos en el Dictamen 62/16, de 5 de mayo, la audiencia al avalista es un trámite necesario cuando se propone la incautación de la garantía, cuya exigencia trae causa del artículo 97.2 del TRLCSP, inserto en el Libro Primero de la Ley y, por tanto, aplicable a todos los contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”* y como tal parte interesada tiene derecho a audiencia en aplicación de lo previsto en el artículo 84 de esta última norma. *Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGCAP prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía*”. Por ello, según expresamos en el referido dictamen, no puede procederse válidamente a su incautación si previamente no se ha dado la oportunidad de hacer alegaciones al avalista.

Debe matizarse que, con posterioridad a la fecha de otorgamiento de la audiencia, se han incorporado nuevos informes al procedimiento, en particular los de un abogado colegiado del ICAZ y de la Secretaría, a los que precisamente se ha podido expusieran su parecer sobre las alegaciones de la contratista. También se ha pedido el preceptivo informe en el ámbito de la Administración Local de la Intervención. No se puede decir sin embargo que con esta práctica se le haya generado indefensión puesto que los referidos informes no añaden hechos nuevos como base de la pretensión resolutoria, sino que abundan en las consideraciones hechas en la propuesta de incoación y en los informes

previos (citados expresamente en aquélla), que ya eran de su conocimiento o al menos tuvo la oportunidad de conocerlos al concedérsele el trámite de alegaciones.

Tal como venimos señalando en nuestra doctrina (por todos, el dictamen 62/16, de 5 de mayo), en el ámbito de la Administración Local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación. Ya hemos hecho referencia con anterioridad a la constancia de ambos informes en el procedimiento de resolución contractual en el que se enmarca la consulta.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo un decreto de Alcaldía por el que, con carácter previo a la emisión de informe por la Comisión Jurídica Asesora, se desestiman las alegaciones del contratista y se estima procedente la resolución del contrato ante el incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones esenciales, al considerar que la defectuosa prestación que ofrece el adjudicatario afecta a una elemento tan esencial del contrato como es el propio objeto contractual. De esta forma, se puede considerar dicho documento como propuesta de resolución, interpretado cohonestadamente con el acuerdo de incoación y con los informes incorporados al procedimiento, sobre cuya relevancia en cuanto expresivos de la posición motivada de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer su criterio y contrastarlo con la oposición del contratista, ha sido reconocida entre otras ocasiones en nuestro Dictamen 191/16, de 9 de junio.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule

oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la concurrencia del incumplimiento contractual y a la calificación jurídica del mismo.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 14 de febrero de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, ya que la Administración que suscita la consulta ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que prevé que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento pueda suspenderse -entre otras circunstancias:

“... Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En el caso examinado, la aplicación de esta salvedad se relaciona con la suspensión formalmente acordada al pedir dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora. Para que sea efectiva la suspensión del plazo, según este precepto, es preciso que se comuniquen a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. En el expediente administrativo remitido, figura el oficio de notificación a la

contratista del acuerdo correspondiente, expedido por la secretaria del Ayuntamiento el 6 de abril de 2017.

TERCERA.- 1. Conforme al TRLCSP, vigente a la fecha de adjudicación del contrato y aplicable a sus efectos conforme se ha expuesto anteriormente, son causas de resolución del contrato, además de las previstas en su artículo 224 y de las que se señalen para cada categoría de contrato en dicha ley, las establecidas expresamente en cada contrato (artículo 223, letra h).

El contrato en torno a cuya ejecución se plantea la controversia, especifica en su cláusula 18 qué obligaciones tienen carácter esencial en la relación contractual:

a) proveer de toda la mano de obra y las asistencias técnicas que pudieran ocasionarse, incluidas las del servicio de 24 horas;

b) disponer de los medios de elevación y accesos a los equipos e instalaciones necesarios para la correcta ejecución del contrato;

c) garantizar que los equipos cumplan la normativa técnico-legal vigente, incluyendo todas las revisiones a realizar por Entidades Colaboradoras con la Administración, y,

d) aceptar el posible aumento en el número total de aparatos anuales, no superando el máximo de cuatro.

Sin embargo, el órgano de contratación, en los diversos acuerdos e informes incorporados al procedimiento, no imputa al contratista la infracción de alguno de estos deberes formalmente declarados esenciales, sino que considera que el incumplimiento afecta al objeto mismo del contrato, puesto que –en términos del decreto de Alcaldía de 5 de abril de 2017- la defectuosa ejecución de la prestación en que ha incurrido la empresa afecta al objeto contractual concretado en las cláusulas primera del PCAP y primera y segunda del PPT.

Al respecto, conviene matizar, puesto que sobre este punto discrepan las alegaciones de la contratista con el criterio de la Administración que recaba el dictamen, que, conforme hemos expuesto entre otras ocasiones en los dictámenes 191, 192 y 209/16 y 64/17, el artículo 223.f) del TRLCSP permite la resolución del contrato cuando se incumplan obligaciones contractuales esenciales, considerándose por nuestra parte que por obligaciones contractuales esenciales hay que entender, además de las catalogadas expresamente como tales en el contrato, aquellas que tienden a la determinación y concreción del objeto y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzase el fin perseguido por el contrato. Esta interpretación extensiva, frente a la concepción formalista que amparándose en la dicción literal de nuestra normativa de contratos del sector público considera únicamente obligaciones esenciales las específicamente catalogadas como tales, ha sido defendida por otros órganos consultivos, caso del Consejo de Estado (dictámenes 352 y 959/15) o del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (dictamen 24/2015).

Aclarado lo anterior, el objeto del contrato controvertido es la reparación y mantenimiento de los equipos de climatización de los edificios municipales del Ayuntamiento de Alpedrete (cláusulas primeras del PCAP y del PPT, respectivamente). La delimitación de este objeto debe tener en cuenta lo previsto en la cláusula 2 del segundo de los documentos citados, que precisa que *“... la reparación y mantenimiento de las instalaciones tendrá como objetivo primordial la consecución del mejor estado de conservación de las partes y elementos componentes, y deberá asegurar el funcionamiento continuo y eficaz de aquellas, minimizando las posibles reparaciones como consecuencia de averías previa aplicación de un mantenimiento preventivo y correctivo en caso de ser necesario, garantizando la seguridad de los edificios y sus instalaciones”*.

2. Procede plantearse si las prácticas de la contratista en la ejecución del contrato, afectan a dicha obligación esencial. Al respecto, conviene también comenzar haciendo una aclaración.

En los informes técnicos previos a la incoación del procedimiento de resolución del contrato, se hacía referencia a dos tipos de incumplimiento de la contratista: el primero de ellos se relacionaba con la falta de reparación de ciertos aparatos de climatización y el segundo con la falta de respeto al compromiso de realizar un descuento del 22% en el precio de los repuestos necesarios para las reparaciones. Siguiendo su estela, el decreto de incoación del procedimiento se refería a esas dos conductas en que estaba incurriendo la contratista. Sin embargo, en el decreto de desestimación de las alegaciones de la reclamante y remisión del expediente para su dictamen por este órgano consultivo, ha desaparecido la referencia a la falta de aplicación del descuento en los precio de los repuestos.

Entendemos que la omisión en que incurre el segundo de los decretos no es el producto de un simple descuido. Llegamos a esa conclusión, en primer lugar, teniendo en cuenta el informe de la interventora municipal de 30 de marzo de 2017, que es el inmediatamente anterior a dicho decreto, en el que, cuando se hace referencia al incumplimiento de una obligación esencial, se relaciona con la falta de aseguramiento por la empresa del mantenimiento continuo y eficaz de las instalaciones, ya que *“en dos edificios han permanecido más de dos meses las instalaciones sin repararse y con reiterados avisos por parte de los técnicos para que procedieran a su reparación”*. En cambio, el asunto relativo al insuficiente descuento lo trata dicho informe en sede de conclusiones, y no para derivar del mismo la resolución del contrato, sino una consecuencia que descansa sobre su mantenimiento, cual es el dictado de una orden para que por parte de la empresa se presente un *preciario* acorde con los precios de mercado al objeto de que se aplique sobre éstos el 22% prometido, y que

se le exija el reintegro del exceso pagado por el Ayuntamiento con concepto de perjuicio económico. Tampoco se hace referencia explícita a esta cuestión en el informe del abogado del ICAZ, que centra su esfuerzo en determinar qué ha de entenderse por incumplimiento esencial, y en el informe de la Secretaría suscrito en el marco del procedimiento, cuanto se hace referencia a la cuestión del descuento, se hace *a mayor abundamiento* con respecto a la falta de garantía del funcionamiento continuo y eficaz de las instalaciones.

Si a lo anterior añadimos (ya exponiendo nuestro propio criterio), que el referido descuento no está incluido de un modo explícito entre las obligaciones esenciales del contrato en el PCAP, sino que es una mejora ofrecida por la empresa en su oferta, y que tampoco afecta propiamente a la obtención de la finalidad del contrato, sino a la procuración de ésta en condiciones más ventajosas económicamente para la Administración (lo que impide considerarlo una obligación esencial implícita), se comprenderá que limitemos el dictamen al primero de los incumplimientos que se imputan a la contratista. Ello, sin perjuicio de que por parte de la Administración se puede estimar adecuado poner en marcha los resortes que la ley y los pliegos le conceden frente a posibles incumplimientos.

3. La primera noticia que se tiene en el expediente administrativo de una desavenencia de la Administración con el proceder del contratista, es merced a lo recogido en el informe de los arquitectos municipales de 25 de noviembre de 2016, el que, de un lado, se recoge un *“listado de los expedientes de los distintos presupuestos de reparaciones”*, que entendemos son los quince trabajos realizados hasta la fecha en diversos edificios municipales (verbigracia, el cambio de una bomba en el circuito de calefacción de determinado colegio público, la búsqueda de una fuga en otro edificio o la sustitución de un termostato), y, de otro, se comentan sin concretar a qué trabajo se relacionan (salvo con respecto a una factura en la que no se aplicó el

descuento que ha sido objeto de comentario anteriormente), las deficiencias en que está incurriendo la empresa en la ejecución del contrato. En particular, y en lo que se refiere a la causa de resolución que más tarde le sería achacada, destaquemos la referencia a que se estaba incumpliendo el mantenimiento correctivo en cuanto a la reparación de averías en 24 horas, puesto que son los servicios técnicos los que tienen que reclamar la presentación de los presupuestos para su tramitación y aceptación, para efectuar las reparaciones necesarias. Requerida la empresa por la concejal competente en orden a manifestarse sobre el contenido del informe, contestó en cuanto a la cuestión que nos ocupa que *“los avisos se atienden y se dejan funcionando en 24 horas, salvo en los que se necesita el suministro de algún material especial, que necesitamos la aprobación del Ayuntamiento y el envío del material del suministrador”*.

Con posterioridad, en el segundo informe de los servicios técnicos de 20 de diciembre de 2016, se añadió la referencia a una incidencia concreta, que era la referida a la reparación de una posible fuga en la máquina instalada en la cubierta del edificio de la Oficina Judicial, que -según se afirmaba- estaba trabajando a baja presión. En este caso, se habría dado un aviso el 1 de diciembre y reiterado el 16 de diciembre, sin que hasta la fecha de emisión del informe se hubiera tenido contestación de la contratista, por lo que se entendía incumplido el deber de reparación en 24 horas a pesar de la escasa complejidad del presupuesto a realizar.

Ya en el informe de 31 de enero de 2017 (el de 12 de enero se circunscribe a evaluar el *preciario* presentado por la empresa), se dice en cuanto a los trabajos de reparación de los equipos de la Oficina Judicial, que la compañía, con la que se había celebrado una reunión el 24 de enero, presentó en esta misma fecha el presupuesto. Asimismo, se añade la referencia a una segunda incidencia, relativa a la *Casa de Cultural* (se entiende que se quiere hacer referencia a la Casa de la

Cultura o Centro Cultural), con respecto a la cual se habría aceptado por el Ayuntamiento un presupuesto de reparación el 29 de noviembre de 2016, y, en cuanto a la posterior evolución, se da cuenta de haber solicitado la comunicación de plazos estimados el 7 de diciembre sin haber recibido respuesta y de que el 31 de enero se había tenido conocimiento de que se habían iniciado los trabajos de reparación. Aquel informe concluía alertando que la empresa *“no está dando el servicio correspondiente al contrato establecido y que la demora en el servicio de reparación de incidencias afecta enormemente a las instalaciones mantenidas, que dejan de funcionar con los perjuicios correspondientes a los usuarios y trabajadores”*.

Sobre la base de estas dos incidencias (dejando aparte el asunto de los descuentos) se ha seguido el procedimiento de resolución contractual, al considerar que la tardanza de dos meses en hacer las reparaciones en las instalaciones de cada uno de los dos edificios referidos (el informe de Secretaría de 27 de marzo de 2017 dice que en uno de ellos, que no especifica cuál es, la avería sigue sin reparar a la fecha de emisión del informe), implica no haber conseguido el funcionamiento continuo y eficaz que constituye el objeto del contrato.

4. Ya el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (CCCM) puso de manifiesto en referencia al articulado de la LCAP que no exigía la calificación explícita de determinada obligación como esencial a la hora de reputar existente esta causa de resolución, que a la hora de determinar su concurrencia debían *“... ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados”* (Dict. 503/11, de 21 de septiembre, entre otros).

Se trataba, en definitiva, de que el incumplimiento fuera grave y sustancial, impidiendo al contrato alcanzar su fin.

Posteriormente, aquel órgano consultivo, y después la Comisión Jurídica Asesora (así, en los dictámenes 191, 192 y 209/16 y 19/17), al asumir una interpretación extensiva de la causa de resolución que se comenta (recogida, actualmente, en el artículo 223.f del TRLCSP), si bien admitieron la posibilidad de calificar como incumplimiento esencial una conducta que no estuviera catalogada como tal en los pliegos, igualmente matizaron que por obligaciones contractuales esenciales habían de entenderse aquellas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinará que no se alcanzase el fin perseguido por el contrato.

Igualmente, se debe ser estricto en la exigencia de la acreditación del incumplimiento, así como de su esencialidad, ya que, como dijera el Dictamen 43/14, de 29 de enero, del CCCM, la resolución del contrato es el efecto más pernicioso para la contratista, por lo que las causas de resolución no solo han de ostentar gravedad, sino que deben de estar debidamente acreditadas.

En el caso que se nos somete a consulta, ni lo uno ni lo otro concurren. Los incumplimientos son dos en un plazo de siete meses y medio computado entre la formalización del contrato y el acuerdo de incoación del procedimiento de resolución, esto es, cuando la ejecución del contrato alcanzaba desde el punto de vista temporal un 31,25%, lo que es casi su tercera parte.

En dicho período, según recogen los informes de los servicios técnicos previos a la apertura del procedimiento resolutorio, se llegaron a registrar quince incidencias, siendo dos de ellas las que motivaron la desavenencia de la Administración. Los edificios afectados han sido dos de un total de diecisiete del Ayuntamiento de Alpedrete que contienen

equipos de climatización a tenor del Anexo I del PPT. Y el incumplimiento afecta a uno de los elementos principales del objeto del contrato, que es el mantenimiento correctivo, pero no se sabe que haya afectado al mantenimiento preventivo.

Por otra parte, en uno de los casos no puede hablarse estrictamente de incumplimiento sino de cumplimiento tardío, ya que la avería fue reparada si bien que en dos meses según afirman los técnicos municipales, y no se ha rebatido lo alegado por el representante del contratista en el sentido de que la empresa acude a presupuestar las averías dentro de las 24 horas siguientes a su comunicación si bien el arreglo se demora por el tiempo que se tarda en la aceptación de los presupuestos por la Administración y luego en recibir los materiales. En este último punto, la inconcreción de los documentos contractuales, que hacen referencia a un servicio de 24 horas pero no determinan si éste simplemente conlleva el deber de asistir en dicho período a evaluar la avería o implica su reparación en ese plazo, perjudica el correcto entendimiento del contrato.

Tampoco se puede afirmar en fin que los informes técnicos incorporados al procedimiento cumplan la exigencia a que ya hemos aludido de acreditación puntual del incumplimiento. La capacitación de los servicios técnicos de la Administración y su especialización en el seguimiento del contrato, en relación con la gravedad de las consecuencias atribuidas al incumplimiento, hubiera demandado la incorporación a sus informes de los documentos que acrediten la fecha en la que se dio el aviso, la forma en que se comunicó, la fecha de recepción por la empresa, la asistencia o no de los técnicos al lugar de la avería en el plazo fijado, los trabajos o indagaciones en su caso realizados por estos, etcétera.

Puede afirmarse en consecuencia que el conjunto de las circunstancias concurrentes no permite afirmar que los

incumplimientos de los que dan cuenta los informes incorporados al procedimiento, tal como han sido relatados y acreditados, revistan una trascendencia suficiente como para entender inalcanzado el objeto del contrato. El principio de proporcionalidad hubiera reclamado la puesta en marcha de mecanismos menos gravosos que los pliegos permiten, en particular la imposición de penalidades al contratista, en el bien entendido sentido de que lo que más satisface al interés público no es el fracaso del vínculo contractual sino la consecución del objetivo de que la prestación del contratista se ajuste a la finalidad perseguida por el mismo.

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que el devenir de la ejecución del contrato pueda determinar un agravamiento de las conductas de la contratista, o bien una reiteración suficiente de los incumplimientos, que, debidamente acreditadas, pudieran llegar al punto de constituir una frustración del objeto del contrato, implicando la vulneración de una obligación esencial.

Finalmente, y en línea con lo expresado en la consideración jurídica segunda de este dictamen en relación con la (posible) falta de audiencia de la entidad avalista, conviene reiterar que en ningún caso sería posible proceder a la incautación de la garantía -si es que definitivamente se resolviera el contrato en contra de lo sostenido por este órgano consultivo- sin retrotraer previamente el procedimiento con vistas a concederle el trámite de alegaciones y que, en cualquier caso, la validez de una posible resolución del contrato estaría condicionada a su adopción dentro del plazo de caducidad al que también hemos hecho anterior referencia.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede acordar la resolución del contrato de servicios de reparación y mantenimiento de los equipos de climatización de los edificios municipales al amparo del artículo 223.f) del TRLCSP, sin perjuicio de las consideraciones expuestas en el punto 5 de la consideración jurídica tercera del dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 18 de mayo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 204/17

Sr. Alcalde de Alpedrete

Pza. de la Villa, 1 – 28430 Alpedrete