

Dictamen nº: **22/18**
Consulta: **Alcalde de Arganda del Rey**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **25.01.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 25 de enero de 2018, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Arganda del Rey, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*Servicio de cafetería-comedor del centro municipal de mayores*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Arganda del Rey.

A dicho expediente se le asignó el número 541/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno(en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofia Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 25 de enero de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1-. Mediante Resolución de 31 de enero de 2017 de la concejala delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPTT) que habían de regir el contrato de prestación del servicio de cafetería-comedor en el centro de municipal de mayores de Arganda del Rey.

Del clausulado de los pliegos interesa destacar lo siguiente:

- Según la cláusula 15 del PCAP los criterios de valoración de las ofertas eran una serie de mejoras entre las que se incluían en el apartado de “otras mejoras”, valoradas con hasta 20 puntos, el servicio de TV digital que incluyera en su programación, al menos la emisión de ferias taurinas y competiciones de fútbol y también la variedad de prensa con revistas del corazón semanales.

- La cláusula 21 del PCAP establecía la obligación del adjudicatario de subrogarse en los trabajadores que prestaban el servicio, que según el anexo II del pliego era una persona con la categoría de camarera.

- La Cláusula 5 del PPT regula las obligaciones del contratista en la prestación del servicio, incluyendo entre otras, la de ofrecer un menú diario consistente, al menos, en ensalada o entrante, un plato principal, postre, pan y bebida (cláusula 5.1). También el adjudicatario queda obligado a mantener en perfecto

estado de limpieza y conservación los bienes, enseres, instalaciones, aparatos... con una frecuencia diaria (cláusula 5.4). Asimismo se establece que la empresa adjudicataria deberá facilitar de manera diaria dos periódicos de tirada nacional y un periódico deportivo (cláusula 5.7). También se dispone que el personal que preste el servicio estará obligado a poseer el certificado acreditativo de haber recibido el curso formativo en materia de manipulación de alimentos y que presentará dichas certificaciones al inicio de la prestación del servicio y siempre que se solicite (cláusula 5.9)

- La cláusula 8 del PPT establece los incumplimientos y el régimen sancionador. Entre los incumplimientos leves se incluye la presentación de una queja al mes acreditada y fundada por falta de corrección en el trato con los usuarios. Como incumplimientos graves se incluye la reincidencia en los incumplimientos leves y el incumplimiento de la obligación de limpieza, entre otros. En cuanto a los incumplimientos muy graves se incluye la reincidencia en los incumplimientos graves, el incumplimiento de la obligación de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes y el incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada por el adjudicatario.

Por lo que se refiere al régimen sancionador se establece la amonestación escrita en caso de incumplimiento leve y la sanción de 100 a 400 euros; la sanción de 401 a 2.000 euros en caso de incumplimientos graves y la sanción de 2.001 euros hasta la totalidad de la fianza depositada en caso de incumplimientos muy graves, pudiendo llevar aparejada en este último supuesto la resolución del contrato por culpa del contratista.

Se establece que las penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento o cumplimiento defectuoso previsto en los pliegos, graduándose en función de la intencionalidad, la gravedad o trascendencia de los hechos, la adopción de medidas tendentes a su no repetición así como el haber procedido a la reparación de los daños causados.

Se añade que las penalidades se impondrán, previa audiencia del contratista por 10 días hábiles, por acuerdo del órgano de contratación a propuesta del responsable del contrato.

2.- Tras la oportuna licitación, el contrato fue adjudicado el 11 de abril de 2017 a E.G.M por un plazo de ejecución de dos años, contados a partir del 1 de mayo de 2017, con posibilidad de prórroga por dos años más y con la obligación de abonar un canon anual de 7.200 euros, a razón de 600 euros mensuales.

En su proposición la adjudicataria ofertó como mejoras, entre otras, el servicio de televisión digital con ferias taurinas y competiciones de fútbol así como 2 revistas del corazón semanales.

Con carácter previo a la formalización del contrato la adjudicataria aportó entre otra documentación el certificado acreditativo de haber realizado el curso de manipulador de alimentos así como la documentación justificativa de haber ingresado en efectivo una garantía definitiva por importe de 4.361,18 euros.

3.- El contrato fue formalizado el día 24 de abril de 2017.

4.- El 18 de mayo de 2017 la contratista presentó un escrito en el Ayuntamiento de Arganda del Rey dirigido al Servicio de Contratación en el que hizo constar que en la firma del contrato se detallaba un conjunto de maquinaria, equipamiento de cocina e instalaciones que se decía que se encontraba en perfecto estado de conservación,

funcionamiento y mantenimiento, si bien desde el 28 de abril se había comprobado que cierta maquinaria no funcionaba (cámara frigorífica, congelador y tren de lavado del lavavajillas), que había falta de menaje y utensilios así como que la desinfección era escasa e insuficiente. El escrito señalaba que los responsables del Ayuntamiento se habían comprometido a subsanar las deficiencias denunciadas, si bien a la fecha del escrito no lo habían hecho lo que le había ocasionado pérdidas económicas y profesionales, por la mala publicidad que le había generado dicha situación. Por lo expuesto la contratista solicitaba una compensación económica, como por ejemplo eximiéndole del pago del canon mensual, así como la subsanación de todas las deficiencias descritas.

Consta en los folios 173 a 176 que la contratista reiteró su solicitud el 20 de junio de 2017 mediante la presentación de dos escritos. En el primero expresaba que seguía teniendo pérdidas económicas porque la maquinaria continuaba sin funcionar correctamente ya que los técnicos no habían conseguido solventar las múltiples deficiencias, por lo que decía que se iba a ver en la obligación de cerrar el comedor. Solicitaba una reunión urgente para tratar sobre las medidas a adoptar. Acompañaba al escrito con un listado de productos estropeados como consecuencia de la falta de funcionamiento de la maquinaria.

En el segundo escrito la contratista reiteraba su solicitud de reunión urgente. Incidía en las averías y deficiencia de la maquinaria, en la pésimas condiciones de trabajo y en los problemas de desinfección. Subrayaba que la situación era insostenible.

5.- Obra en el folio 178 del expediente que el jefe de la Unidad de Gestión de Bienestar Social el día 20 de junio de 2017 solicitó un informe técnico sobre la interpretación del contrato en relativo al

contenido de la bebida en el menú diario que se ofrece en el centro de mayores.

El día 20 de junio 2017 la jefa del servicio de Gestión de Bienestar Social informó sobre la interpretación de la cláusula 5.1 del PPT relativa al menú diario. En el informe se indica que desde la puesta en marcha del servicio de cafetería-comedor, el menú siempre ha contenido en su bebida agua, refresco o vino con casera, constituyendo una costumbre para los usuarios del centro, por lo que la supresión de alguno de ellas supondría un perjuicio para el consumidor ya que encarecería el menú. Por ello considera que esa debía ser la interpretación de la cláusula relativa al menú diario.

El día 6 de julio de 2017 se comunicó a la contratista la citada interpretación del contrato.

6.- El día 30 de junio de 2017 un técnico de la Concejalía de Bienestar Social, Mayores, Infancia y Juventud remite un informe al Departamento de Contratación en relación con las incidencias denunciadas por la contratista. En el informe se indica que el Ayuntamiento de Arganda del Rey concibe el Centro Municipal de Mayores como un espacio de encuentro y desarrollo personal y social que ofrece actividades, servicios y acciones fundamentales para el bienestar de las personas mayores del municipio. Resalta que desde la Concejalía de Bienestar Social, Mayores, Infancia y Juventud se han mantenido varias reuniones con la contratista al objeto de realizar el seguimiento correspondiente a la puesta en marcha del servicio incluyendo en el mismo la subsanación de incidencias que han ido apareciendo tanto en equipamiento como en lo relativo a quejas de los usuarios en relación con el trato recibido. Expone que en las reuniones se ha planteado por parte de la adjudicataria la existencia de problemas de funcionamiento en los electrodomésticos que se han resuelto con la mayor eficacia posible teniendo en cuenta que el

Ayuntamiento tiene que subcontratar las reparaciones a servicios técnicos especializados externos, pero que aun así, ha existido la celeridad necesaria en la reparación de incidencias, no transcurriendo más de 24h entre la comunicación de la misma y su reparación, en la mayoría de los casos.

En el informe se indica que para solventar las altas temperaturas que alcanza la cocina del centro se está instalando una bomba extractora y que durante el mes de agosto, coincidiendo con la menor asistencia de usuarios al centro y previa comunicación a la empresa adjudicataria, se realizará el cambio de ubicación del cuadro eléctrico tal como han aconsejado los servicios técnicos.

Además el informe subraya que la desinsectación en las instalaciones de restauración se realiza periódicamente de forma quincenal si bien la empresa encargada de esa tarea les ha comunicado que la eficacia de los resultados está directamente relacionada con la limpieza de las instalaciones y sin embargo se ha observado que el comedor, la cafetería y los aseos no son limpiados de forma periódica y por la mañana cuando el centro se abre aún permanece la suciedad del día anterior

En lo relativo a la demanda que realiza la adjudicataria en relación al pago de las facturas pendientes, informa que desde la concejalía se han tramitado las propuestas de gasto correspondiente y que cuentan con el visto bueno del Área de Hacienda.

El informe alude a las quejas manifestadas por los usuarios en relación con las listas de precios de los productos de cafetería y que la adjudicataria tiene posibilidad de redondear las cantidades pero siempre por debajo del precio licitado.

También menciona el elevado número de quejas que los usuarios trasladan a diario (tanto de forma escrita como oral) vinculadas al servicio prestado y menciona una serie de obligaciones de la adjudicataria que considera ha de comunicarle administrativamente como son la de tratar de forma respetuosa y educada a los usuarios, mejorar el servicio de restauración en lo relativo al tiempo de espera entre plato y plato manteniendo la temperatura de los mismos, aumentar la cantidad en las raciones de los menús, incluir refrescos en el precio del menú, depurar las técnicas en el servicio de mesa dotándolas de la calidad o suministrar a diario la prensa comprometida en el contrato incluidas dos revistas del corazón semanales.

El informe acaba solicitando que se tomen las medidas pertinentes y se inicie el procedimiento sancionador contra la contratista por incumplimiento del contrato.

El informe se acompaña con dos facturas sobre la prestación del servicio de desinfección que resulta ilegibles y varios escritos de queja de los usuarios del servicio de cafetería-comedor del centro de mayores.

7.- Consta en el expediente un nuevo informe técnico emitido el 31 de agosto de 2017 desde la Concejalía de Bienestar Social, Mayores, Infancia y Juventud, en el que se incide que desde esa concejalía se han mantenido muchas reuniones con la adjudicataria con el objeto de realizar el seguimiento correspondiente y trasladarle las reiteradas quejas que desde el inicio del contrato les trasladan los usuarios del servicio. Indica que en dichas reuniones se ha planteado por parte de la adjudicataria problemas de funcionamiento en las instalaciones lo que no se corresponde con el contrato suscrito donde la adjudicataria reconoció el perfecto estado de todas las instalaciones y el mantenimiento que de estas debe realizar según consta en el PPT. El informe señala que aun así, durante el mes de agosto, coincidiendo con la menor asistencia de usuarios al centro y previa comunicación a la

empresa adjudicataria, se realiza el cambio de ubicación del cuadro eléctrico tal como se había aconsejado por los servicios técnicos. Este hecho no supuso ningún inconveniente en el funcionamiento del servicio sino que al contrario durante esos días la adjudicataria aprovechó a dar las vacaciones a su personal lo que le supuso no tener que realizar las sustituciones que hubiesen sido necesarias para continuar dando el servicio.

El informe continúa señalando que se ha informado a la adjudicataria, en reiteradas ocasiones desde el inicio del contrato, sobre el cumplimiento de la obligación de mantener en perfecto estado de limpieza y conservación los bienes, enseres, instalaciones, aparatos, accesorios, materiales y local utilizados para la prestación del servicio, lo que efectuará con una frecuencia diaria (o cada vez que se precise, especialmente los aseos), sin interferir en sus labores en la cafetería, por lo que entiende que desde el inicio del contrato se está incumpliendo reiteradamente las instrucciones dadas por la Administración para la correcta ejecución del mismo.

En lo relativo a la demanda que realiza la adjudicataria en relación al pago de las facturas relativas a la celebración de acontecimientos especiales, el informe señala que se ha solicitado a la interesada, en varias ocasiones, una domiciliación bancaria para poder hacer efectivos los pagos de los servicios prestados fuera del contrato.

El informe incide sobre el elevado número de quejas que los usuarios trasladan a diario (tanto de forma escrita como oral) vinculadas al servicio prestado, por lo que entiende que es necesario comunicar a la contratista que está incumpliendo de manera reiterada uno de los pilares que deben caracterizar el servicio. Añade que otra de las quejas que de forma reiterada se traslada desde el inicio del contrato está relacionada con el servicio de restauración y señala que la

obligación de que las raciones ofertadas lo sean en cantidad suficiente para una persona adulta se vulnera de manera reiterada.

El informe añade que la adjudicataria del servicio infringe de forma reiterada el compromiso que adquirió a la firma del contrato relativo a la prestación de prensa diaria, facilitando dos periódicos de tirada nacional y un periódico deportivo.

Igualmente la adjudicataria está incumpliendo desde el inicio mismo del contrato, aun habiendo sido avisada por los responsables municipales en múltiples ocasiones, las dos mejoras que realizó en la licitación del servicio y contempladas en la cláusula 15 de dicho pliego valoradas con hasta 20 puntos: Servicio de TV digital que incluya entre su programación, al menos, la emisión de ferias taurinas y competiciones de fútbol (10 puntos) y Variedad de prensa - revistas de corazón semanales - (10 puntos) por lo que el informe entiende que pudiera ser constitutivo de una falta muy grave según el Pliego.

El informe añade que desde el inicio del contrato se ha solicitado a la adjudicataria documentación relativa al personal contratado, detectando que durante periodos prolongados del vigente contrato no había personal suficiente para la correcta prestación del servicio y que además el personal responsable de la elaboración de la comida no está en posesión de la certificación acreditativa de haber recibido el curso formativo en materia de manipulación de alimentos.

Por todo lo expuesto el informe solicita que se tomen las medidas pertinentes recogidas en el contrato y se inicien los procedimientos oportunos en relación al régimen sancionador para resolver el mismo al entender que los hechos expuestos son constitutivos de los siguientes incumplimientos:

Incumplimientos graves.

Reincidencia por la presentación de una queja al mes acreditada y fundada por falta de corrección en el trato con los usuarios.

La no reparación de la maquinaria cuando sea a cargo del adjudicatario.

Incumplimiento de la obligación de limpieza dispuesto en el punto 5.4 del pliego.

Uso incorrecto y continuado de basuras y desechos, en virtud de lo dispuesto en el punto 5.4 del pliego.

Incumplimientos muy graves.

Por incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada por la adjudicataria.

Por incumplimiento de la obligación de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes.

El informe se acompaña con la documentación correspondiente a la desinfección de las instalaciones (4 de mayo de 2017, 22 de mayo, 8 de junio y 6 de julio de 2017, en las que se recomienda la limpieza exhaustiva de la cocina y cafetería, 23 de agosto de 2017 y 30 de agosto de 2017, en la que se vuelve a recomendar la limpieza de la cocina y cafetería); fotografías sobre el estado de las instalaciones y hojas de reclamaciones de los usuarios del servicio.

TERCERO.- 1.- Por Resolución de 6 de septiembre de 2017 de la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato de conformidad con la cláusula 28 del PCAP, la cláusula 8 del PPT y el artículo 223 h) del TRLCSP por los siguientes incumplimientos:

- Incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada

- Incumplimiento de la obligación de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes.

En la misma resolución de inicio del procedimiento se acuerda conferir trámite de audiencia a la adjudicataria y posteriormente que se emita informe por el Servicio de Contratación, Secretaría e Intervención.

2.- El inicio del procedimiento de resolución contractual fue comunicado a la contratista el mismo día 6 de septiembre de 2017. En cumplimiento del trámite conferido al efecto, la contratista formuló el 15 de septiembre de 2017 escrito de alegaciones, en el que se opone a la resolución contractual. Aduce que la única documentación que ha recibido es el informe de 31 de agosto de 2017 de los servicios técnicos que realiza afirmaciones que carecen de sustento documental y que en ningún momento con carácter previo se le ha hecho llegar ninguna notificación o requerimiento relativo al incumplimiento que se le imputa. La contratista formula alegaciones en contra de todos los incumplimientos que se le imputan en el citado informe. Aduce que por parte del Ayuntamiento se intentó resolver el contrato de mutuo acuerdo en una reunión mantenida el 20 de julio de 2017.

Por lo que se refiere a los que son objeto del expediente de resolución contractual alega que se han cumplido todas las mejoras propuestas en la oferta. Así en cuanto a la prensa indica que se compra diariamente y se entrega por la mañana y que al estar de baja la directora del centro de mayores sin sustituto no existe supervisión del cumplimiento de esa mejora.

En cuanto al servicio de televisión digital indica que cuando entró en vigor el contrato la televisión de la cafetería-comedor no funcionaba

y la adjudicataria adquirió a su costa una televisión de gran pantalla con la programación ofertada.

Por lo que se refiere a los medios personales indica que ha triplicado el número de personas dedicadas al servicio frente a las que había antes de la adjudicación, que la contratista posee el carnet de manipulador de alimentos desde el año 2010 y también el resto de personal.

El escrito de alegaciones se acompaña entre otros documentos con las instancias presentadas por la contratista en mayo y junio de 2017; copia de diversos correos electrónicos relativos a requerimientos dirigidos por la adjudicataria para la subsanación de deficiencias; factura relativa a la adquisición de un televisor; un documento en el que no resulta legible quién lo firma en el que se indica que un establecimiento suministra diariamente la prensa y semanalmente una revista del corazón para el centro de mayores; certificado de manipulador de alimentos de la adjudicataria y de otras personas aunque estos últimos no aparecen firmados.

3.- El día 19 de septiembre de 2017 emiten informe los servicios técnicos municipales sobre las alegaciones formuladas. Se indica que han sido muchas las reuniones mantenidas con la adjudicataria para tratar de recuperar la calidad del servicios que desde el inicio del contrato no se prestaba con profesionalidad, de ahí que se mantuvieran conversaciones para rescindir el contrato de mutuo acuerdo en beneficio de los ciudadanos.

El informe incide en los incumplimientos de la adjudicataria y adjunta de nuevo las hojas de reclamaciones de los usuarios, la documentación relativa a la desinfección de las instalaciones y fotografías sobre el estado de la cafetería-comedor.

4.- El 22 de septiembre de 2017 emite informe la jefa de la Unidad de Contratación en el que se indica que procede la resolución contractual por incumplimiento por parte de la adjudicataria de las mejoras ofertadas.

5.- El día 26 de septiembre de 2017 emite informe el secretario municipal indicando que concurre la primera de las causas de resolución propuestas, aunque no ocurre lo mismo con la segunda, ya que el contratista no ha hecho otra cosa que asumir el personal que existía con anterioridad a adjudicarle el contrato, que es lo único a que le obliga el pliego a estos efectos. Añade que ha de completarse el expediente con el informe del Interventor y solicitarse dictamen al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, debiendo suspenderse el procedimiento durante el tiempo que medie entre la petición y la emisión de tal dictamen.

6.- Consta en los folios 300 a 302 del expediente el informe de 2 de octubre de 2017 de la interventora municipal en el que se mencionan generalidades sobre la resolución de los contratos.

7.- El 6 de octubre de 2017 la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad acuerda dar traslado del expediente a la Comisión Jurídica Asesora, suspender el procedimiento hasta la recepción del dictamen y dar traslado del acuerdo a la adjudicataria.

8.- El 30 de noviembre de 2017 el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobó el Dictamen 489/17, de 30 de noviembre, en el que se concluyó que procedía retrotraer el procedimiento para que se formulara la propuesta de resolución sobre la que habría de dictaminar este órgano consultivo. En las consideraciones de derecho del citado dictamen se advirtió que no constaba en el expediente la notificación a la contratista del acuerdo de suspensión del procedimiento para la solicitud de dictamen a la

Comisión Jurídica Asesora, requisito imprescindible para que la suspensión fuera efectiva.

CUARTO.- 1. Tras la emisión del citado Dictamen 489/17 se ha incorporado al procedimiento la notificación de la suspensión del procedimiento a la contratista, lo que según consta tuvo lugar el 10 de octubre de 2017.

2. Asimismo consta en el nuevo expediente remitido una Resolución de 27 de octubre de 2017 de la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad, por la que se acuerda eximir a la contratista del pago del canon correspondiente al mes de mayo de 2017 al no haberse podido prestar el servicio en ese mes por causas ajenas a la adjudicataria.

3.- Obra en el folio 323 un escrito presentado por la contratista el 16 de noviembre de 2017 en el que solicita el aplazamiento del pago del canon correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2017.

En otro escrito presentado en la misma fecha la contratista agradece la condonación del canon del mes de mayo, pero que considera insuficiente para compensar las pérdidas que ha sufrido por el deterioro de las instalaciones, por lo que solicita una indemnización.

4.- Consta en el expediente que el 11 de diciembre de 2017 se notificó a la contratista una interpretación del contrato en relación con el precio y contenido del servicio de recogida de menú.

5.- El 15 de diciembre de 2017 se formula propuesta de resolución por incumplimiento culpable de la contratista de las mejoras propuestas consistentes en la prestación del servicio de TV digital con ferias taurinas y competiciones de fútbol, ya que la contratista no ha

aportado “contrato con ningún operador de TV Digital que suministre tales servicios”.

Se propone la incautación de la garantía por incumplimiento culpable del contratista y se acuerda suspender el procedimiento para recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, lo que se dice será comunicado a la interesada.

No consta la notificación del acuerdo de suspensión a la contratista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. 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 del sector público*”.

La solicitud de dictamen del alcalde de Arganda del Rey se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del ROFCJA (“*Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los*

Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 11 de abril de 2017 por lo que resulta de aplicación el TRLCSP.

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, que como hemos expuesto fue por Resolución de 6 de septiembre de 2017, de la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP. 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 la 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 materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“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 ésta”*.

En el presente caso el órgano de contratación es el alcalde conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP, si bien tiene delegada la competencia en la concejal de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad que es quien adjudicó el contrato, por lo que a ésta última le corresponde acordar la resolución contractual, mientras persista la delegación.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que sea 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Por otro lado del expediente examinado resulta que la garantía se constituyó en efectivo por lo que no existe avalista.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales. Consta en el expediente que, después del trámite de audiencia, se ha emitido informe por el secretario y la interventora municipal, así como que también se han incorporado al procedimiento el informe de los servicios técnicos municipales y de la jefa de la Unidad de Contratación.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que

si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas.

En este caso no podemos considerar que los informes formulados con posterioridad al trámite de audiencia conferido a la contratista causen indefensión a la interesada, pues si bien en alguno de ellos se rebaja la imputación de los incumplimientos a la contratista respecto a lo indicado en el acuerdo de inicio, los mencionados informes no incorporan hechos nuevos que pudieran resultar relevantes para la resolución y la contratista ha podido alegar y probar lo que ha estimado oportuno en defensa de sus intereses.

Por último, tras el Dictamen 489/17 de esta Comisión Jurídica Asesora en el que se ponía de manifiesto la falta en el expediente de la oportuna propuesta de resolución, se ha incorporado ésta al procedimiento concretando la postura final de la Administración en

relación con la resolución contractual y la incautación de la garantía constituida para responder de la ejecución del contrato.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 21.3 y 25.1b) de la LPAC de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley).

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

“...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 este caso el procedimiento se inició el 6 de septiembre de 2017. Resulta del expediente que se ha acordado la suspensión del procedimiento en dos ocasiones para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora si bien no consta que la segunda

suspensión se haya comunicado a la contratista, requisito necesario según el artículo anteriormente transcrito para que la suspensión se entienda producida, por lo que cabe entender que de no haberse producido la citada comunicación esta segunda suspensión no se habría hecho efectiva, si bien a la fecha de emisión de este dictamen el procedimiento no habría aún caducado.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. El Ayuntamiento de Arganda del Rey invoca la prevista en el artículo 223, h) del TRLCSP, con arreglo al cual son causas de resolución “*las establecidas expresamente en el contrato*”.

Según la Administración, la contratista ha incumplido la mejora propuesta consistente en la oferta del servicio de TV digital, con la inclusión en la programación, al menos, de la emisión de ferias taurinas y competiciones de fútbol, con lo que se estaría ante un incumplimiento muy grave, según la cláusula 8 del PPT, sancionable con la posible resolución contractual que la citada cláusula establece para los incumplimientos de esa gradación.

En efecto, los pliegos que rigen el contrato que nos ocupa obligan al contratista al cumplimiento de las mejoras ofertadas, entre las que se incluye la del servicio de TV digital en los términos anteriormente expuestos. Además dicha mejora figura en los pliegos como criterio de adjudicación con un valor de 10 puntos. Resulta del expediente (folio 82) que la contratista propuso en su oferta la prestación de las dos mejoras que figuraban en los pliegos como criterio de adjudicación (el servicio de TV digital y la prensa diaria con dos revistas del corazón semanales).

La Administración consultante, con base en los informes técnicos emitidos en el curso del procedimiento, reprocha que la contratista ha

incumplido esa mejora y la contratista por su parte lo niega. En el trámite de audiencia la adjudicataria presenta para acreditar el cumplimiento de la mejora la factura de compra de un televisor LED, a lo que no estaba obligada según los pliegos, si bien no aporta prueba alguna de la contratación de la programación televisiva ya señalada. La falta de prueba por la contratista del cumplimiento de su obligación, que no se estima difícil pues habría bastado la presentación del documento acreditativo de la contratación de la programación a la que resultaba obligada en virtud del contrato, nos lleva a entender acreditado el incumplimiento contractual aducido por el Ayuntamiento con base en los informes técnicos que obran en el expediente.

Ahora bien, que se haya producido ese incumplimiento no nos lleva sin más a admitir que la Administración pueda ejercer su potestad resolutoria, que como hemos dicho reiteradamente, se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, como una facultad exorbitante de la misma, si bien su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la facultad de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan.

En este caso, resulta claro que la cláusula 8 del PPT al establecer los incumplimientos califica como muy grave, entre otros, el incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada por el adjudicatario. Por tanto, en este contrato, al incumplirse por la contratista una mejora ofertada nos hallaríamos ante un incumplimiento muy grave por establecerlo así los pliegos que rigen la licitación.

Como hemos expuesto en los antecedentes, a la hora de establecer las sanciones que llevan aparejados los distintos incumplimientos, la referida cláusula 8 del PPT establece una gradación de las mismas que, en el caso de los incumplimientos muy graves, oscilan entre los 2.001 euros hasta la totalidad de la fianza depositada, que como dijimos en los antecedentes de este dictamen alcanza los 4.361,18 euros. La cláusula que hemos citado, después de señalar las sanciones que acabamos de exponer añade *“pudiendo llevar aparejada en este último supuesto la posible resolución del contrato por culpa de la empresa contratista”*.

En base a lo que acabamos de citar, el Ayuntamiento consultante estima que el incumplimiento de la mejora de ofrecer TV digital con la programación de ferias taurinas y competiciones de fútbol permite resolver el contrato al amparo de la citada cláusula 8 del PPT.

Sin embargo entendemos que no es esa la conclusión que debe seguirse según una interpretación literal de la reiterada cláusula. En efecto, según esa interpretación, que es la primera a la que debemos atender, según hemos recogido reiteradamente en nuestros dictámenes (así nuestro Dictamen 117/17) cabe inferir que la posibilidad de resolución contractual va ligada al “último supuesto” que se menciona en el párrafo donde se inserta, esto es, a un incumplimiento muy grave que sea sancionable con la máxima penalidad que puede imponerse que es la que alcance a la totalidad de la fianza depositada.

Esa misma conclusión se alcanza de una interpretación del régimen de penalidades establecido en la cláusula que venimos analizando, cuando establece que las citadas penalidades *“deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento o cumplimiento defectuoso previsto en los pliegos, graduándose en función de la intencionalidad, la gravedad o trascendencia de los hechos, la adopción de medidas tendentes a su no repetición así como el haber procedido a la*

reparación de los daños causados". De acuerdo con la proporcionalidad y graduación de la penas en función de las circunstancias que se citan, parece claro entender que la resolución contractual que es la máxima sanción que puede imponerse solo sea posible dentro de los incumplimientos muy graves en aquellos que revistan la mayor gravedad.

Así las cosas, estamos en condiciones de señalar que si bien el incumplimiento de la mejora ofertada por la contratista debe calificarse como muy grave según lo recogido en la reiterada cláusula 8 del PPT, sin embargo no puede graduarse de tal manera que alcance la máxima sanción posible. Ello es así porque atendiendo a los principios que hemos expuesto anteriormente para el régimen de penalidades establecido resulta del expediente que la contratista solo ha incumplido una de las mejoras ofertadas y no obstante no haber cumplido con la programación, sin embargo compró un televisor LED a lo que no resultaba obligada en virtud del contrato. De otro lado no parece que ese incumplimiento haya tenido una gran trascendencia para los destinatarios del servicio toda vez que en ninguna de las quejas de los usuarios se hace referencia a ese incumplimiento de la contratista.

En conclusión, si bien el incumplimiento de la contratista debe calificarse como muy grave a tenor del artículo 8 del PPT, sin embargo no reviste tal gravedad que pueda llevar aparejada la máxima sanción que es la resolución contractual, reservada para los incumplimientos que alcanzan su grado máximo según el tenor literal de la reiterada cláusula 8 del PPT.

En mérito cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la resolución contractual planteada por el Ayuntamiento de Arganda del Rey al amparo de lo establecido en el artículo 223 h) del TRLCSP

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 25 de enero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 22/18

Sr. Alcalde de Arganda del Rey

Pza. de la Constitución, 1 – 28500 Arganda del Rey