

Dictamen nº: **552/18**
Consulta: **Alcalde de Arganda del Rey**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **20.12.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de diciembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Arganda del Rey, cursada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, 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 11 de octubre de 2018 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 455/18, 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).

Al estimarse que el expediente estaba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19 del ROFCJA se solicitó la documentación omitida con suspensión del plazo para emitir dictamen. El 14 de noviembre de 2018 tuvo entrada en este órgano consultivo la documentación solicitada reanudándose el plazo para la emisión del dictamen solicitado.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía 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 20 de diciembre 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 concejal 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:

- Conforme a la cláusula 6 del PCAP el contrato no supone gasto para el Ayuntamiento ya que la retribución del contratista consistirá en el cobro de los productos expendidos en la cafetería. No obstante, los suministros de agua, electricidad, gas y calefacción serán por cuenta del Ayuntamiento, de manera que para sufragar esos gastos, el adjudicatario se obliga a abonar un canon anual de 7.200 euros, a razón de 600 euros mensuales.

- Según la cláusula 15 del PCAP los criterios de valoración de las ofertas son una serie de mejoras entre las que se incluyen en el

apartado de “otras mejoras”, valoradas con hasta 20 puntos, el servicio de TV digital que incluya 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 20 del PCAP establece los gastos a cargo del adjudicatario en los que se incluyen los de los anuncios que genere el procedimiento y los preparatorios y de formalización del contrato; los tributos que deriven del contrato; los de formalización pública del contrato y los gastos que pueda generar el Ayuntamiento por la constitución y la ejecución de las garantías.

- Las causas de resolución se incluyen en la cláusula 28 del PCAP entre las mismas se recoge *“la mala fe en la ejecución de los trabajos a juicio del órgano encargado de supervisar el cumplimiento del objeto del contrato, así como la desobediencia o no cumplimiento de las órdenes de este”* (causa 2) y *“el incumplimiento de las responsabilidades y obligaciones reflejadas en este Pliego de Condiciones Técnicas y en el Pliego de Condiciones Administrativas por parte del adjudicatario”* (causa 3).

- 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 7 del PPT se refiere a la inspección del servicio que se dice incumbe al Ayuntamiento de manera continuada y directa, sin necesidad de previo aviso. Se establece la obligación de tener una Hoja Oficial de Reclamaciones a disposición de los usuarios, quedando el adjudicatario obligado a dar cuenta al Ayuntamiento dentro de las 24 horas siguientes de cada reclamación que se consigne en la misma.

- La cláusula 8 del PPT establece los incumplimientos y el régimen sancionador. Entre los incumplimientos leves se incluye, entre otros, la inobservancia de las instrucciones dadas por la Administración, relativas a la correcta ejecución del contrato y 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 30 de junio de 2017 desde la concejalía responsable en materia de Mayores se informa de que es necesario trasladar a la adjudicataria aspectos importantes en relación con la correcta ejecución del contrato, relativos al trato a los usuarios, la cantidad de los menús, la prensa suministrada, el servicio de TV digital y la limpieza de las instalaciones.

5.- El 31 de agosto de 2017 la Concejalía de Bienestar Social, Mayores, Infancia y Juventud solicitó que se iniciaran los trámites oportunos para resolver el contrato por lo siguiente:

-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.

6.- Por Resolución de 6 de septiembre de 2017 de la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad se acordó 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, 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.

7.- Tras la tramitación del procedimiento de resolución contractual, en el que esta Comisión Jurídica Asesora emitió el Dictamen 489/17, de 30 de noviembre, en el que se concluyó que procedía retrotraer el procedimiento para que se formulara propuesta de resolución, el 15 de diciembre de 2017 se formuló la citada propuesta en la que se planteaba la resolución del contrato 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.

8.- El pleno de la Comisión Jurídica Asesora aprobó el Dictamen 22/18, de 25 de enero en el que se concluía que si bien se apreciaba un incumplimiento de la contratista calificable como muy grave a tenor de la cláusula 8 del PPT, sin embargo dicho incumplimiento no revestía tal gravedad que pudiera llevar aparejada la máxima sanción de resolución contractual, reservada para los incumplimientos que alcanzasen su grado máximo según el tenor literal de la citada cláusula del PPT. Por ello, según nuestro Dictamen 22/18, no procedía la resolución contractual planteada por el Ayuntamiento de Arganda del Rey al amparo de lo establecido en el artículo 223 h) del TRLCSP.

TERCERO.- 1.- Con fecha 8 de febrero de 2018 emiten informe los servicios técnicos municipales en relación con incidencias en el servicio de cafetería y comedor del Centro Municipal de Mayores de Arganda del Rey. En este informe se indica que están recibiendo quejas de los usuarios vinculadas a los productos servidos y el trato recibido.

El 7 de marzo de 2018 los servicios técnicos municipales emiten informe en el que proponen la imposición de sanciones con base en una falta leve, por falta de corrección en el trato con los usuarios con la constancia en el expediente de más de una queja al mes acreditada y fundada; una falta grave, por incumplimiento de la obligación de limpieza en virtud de lo dispuesto en el punto 5.4 del PPT y una falta muy grave, por incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada por la adjudicataria.

Mediante Resolución de 14 de marzo de 2018 se acordó archivar el procedimiento de resolución contractual, en virtud de lo dictaminado por esta Comisión Jurídica Asesora (Dictamen 22/18) e incoar procedimiento para la imposición de sanciones. Tramitado el procedimiento, en el que pudo formular alegaciones la contratista, mediante Resolución de 25 de abril de 2018 se impuso a la adjudicataria una sanción de 150 € por una falta leve consistente en la falta de corrección en el trato con los usuarios con la constancia en el expediente de más de una queja al mes acreditada y fundada; una sanción de 700 € por una falta grave concretada en el incumplimiento de la obligación de limpieza, en virtud de lo dispuesto en el punto 5.4 del pliego de Condiciones Técnicas y una sanción de 3.800 euros por el incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada por la adjudicataria, calificada como falta muy grave.

Contra la Resolución de 25 de abril de 2018 la adjudicataria interpuso recurso de reposición que fue desestimado (folios 504 y 505). La contratista interpuso recurso contencioso-administrativo que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº20, de Madrid (Procedimiento Abreviado nº53/2018).

2.- El 30 de abril de 2018 los servicios técnicos municipales informan que están recibiendo un elevado número de quejas de los usuarios del centro en relación con los productos servidos en la

cafetería, el trato recibido, el tiempo de espera para ser atendidos y los malos olores.

El 7 de mayo de 2018 los servicios técnicos municipales informan de nuevas faltas cometidas por la adjudicataria consistentes en una falta grave por incumplimiento de la obligación de reparación de la maquinaria, pues la maquina extractora de la cocina no se encuentra en funcionamiento por avería, provocando olores y humo. Además se entiende que se ha cometido una falta muy grave por incumplimiento de la obligación de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes.

El 25 de mayo de 2018 se acuerda incoar procedimiento para la imposición de penalidades a la adjudicataria.

Con fecha 4 de julio de 2018 los servicios técnicos municipales informan de haber recibido nuevas quejas de los usuarios del centro sobre el incumplimiento del horario de apertura de la cafetería lo que se dice implica una falta leve.

El 1 de agosto de 2018 la Unidad de Recaudación Voluntaria y de Recaudación Ejecutiva informa que la contratista tiene una deuda pendiente de 9.076 euros en relación con el impago del canon correspondiente a los meses de diciembre de 2017 a junio de 2018, impago del coste de publicaciones en el BOCM y el impago de multas y sanciones.

Tramitado el procedimiento sancionador, el 8 de agosto de 2018 se resuelve imponer a la contratista una sanción de 1.500 euros por la comisión de una falta grave consistente en el incumplimiento de la obligación de reparación de la maquinaria y una sanción de 2.500 euros por la comisión de una falta muy grave consistente en el incumplimiento

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

CUARTO.-1.-El 14 de agosto de 2018 los servicios técnicos municipales emiten informe en el que se da cuenta de los incumplimientos de la contratista y los expedientes sancionadores tramitados, de manera que *“con el fin de dar respuesta al buen funcionamiento del Servicio de Cafetería y Comedor del Centro Municipal de Mayores de Arganda del Rey”*, se eleva propuesta al órgano de contratación para que al amparo de la cláusula 28 del PCAP se inicie expediente de resolución del contrato *“siendo proporcional esta medida atendiendo a la reiteración, trascendencia y gravedad de los hechos que están suponiendo la no prestación del servicio a los usuarios en las condiciones adecuadas y deseadas y por tanto no consiguiendo el objetivo de este contrato”*.

2.- Visto el informe emitido por los servicios técnicos en el que se propone el inicio del expediente de resolución del contrato, *“atendiendo a la reiteración, trascendencia y gravedad de los hechos”*, mediante Resolución de 29 de agosto de 2018 se acuerda dar inicio al procedimiento de resolución contractual en virtud la cláusula 28 del PCAP y el art. 223, h) del TRLCSP, en base a los siguientes incumplimientos:

- Reiterados incumplimientos de la cláusula 5.1 del PPT en relación al menú diario y aperitivos tanto en calidad como en cantidad.

- Incumplimiento de la obligación del pago del canon desde el mes de diciembre de 2017, así como de los gastos de anuncios generados por el procedimiento de adjudicación del contrato, según informe de la Unidad de Ingresos Públicos que figura en el expediente (folio 535).

- Reiterado incumplimiento en la observancia de las instrucciones dadas por la Administración.

3.- El inicio del procedimiento de resolución contractual fue comunicado a la contratista el 3 de septiembre de 2018 confiriéndole un plazo de diez días para la formulación de alegaciones. En cumplimiento del trámite conferido al efecto, el 12 de septiembre de 2018 la contratista presentó escrito de alegaciones, en el que se opone a la resolución contractual. Respecto a los distintos incumplimientos aducidos por el Ayuntamiento sostiene que respecto al primero, relativo al menú y aperitivos, no hay ninguna notificación a la contratista ni tampoco se le ha facilitado documentación acreditativa así como tampoco de las quejas de los usuarios. En cuanto al segundo relativo a los reiterados incumplimientos de las instrucciones dadas para la correcta ejecución del contrato, sostiene no haber recibido ninguna justificación documental de las citadas instrucciones para que pueda afirmarse que ha habido reiteración en el incumplimiento. Por lo que se refiere al impago del canon, aduce haber obtenido un fraccionamiento de pago y no haber recibido ningún requerimiento por la Recaudación Municipal.

La contratista alega además incumplimientos por parte del Ayuntamiento relativas al mal estado de las instalaciones, mobiliario y materiales en el momento de inicio de la ejecución del contrato y la falta de reparación de los mismos.

4.- El 17 de septiembre de 2018 los servicios técnicos emiten informe indicando que una de las obligaciones de la adjudicataria, según el PPT, es mantener en perfecto estado de limpieza y conservación los bienes, enseres, instalaciones, aparatos, accesorios, material y el local utilizados para la prestación del servicio, y que desde el inicio del contrato el incumplimiento de esa obligación ha quedado reflejado en los informes de fecha 30 de junio, 31 de agosto, 19 de septiembre y 11 de diciembre de 2017 así como en los informes de 19 de enero, 7 de marzo, 27 de marzo y 5 de junio de 2018 que figuran en el expediente. Añade

que en la fecha del informe se tiene conocimiento de la insalubridad de las instalaciones de la cocina. Con el fin de resolver ese incumplimiento considera que se debe conferir a la adjudicataria un plazo de 5 días hábiles para que proceda a la limpieza exhaustiva de las instalaciones. Añade que en caso de no realizar la limpieza indicada, el Ayuntamiento asumirá la misma y repercutirá los gastos correspondientes a la contratista, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan derivarse de su incumplimiento.

Mediante Resolución de 21 de septiembre de 2018 de la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad, notificada el 24 de septiembre se confirió a la contratista un plazo de cinco días para la limpieza exhaustiva de las instalaciones.

Constan en los folios 580 a 584 del expediente diversas comunicaciones de la contratista del mes de septiembre de 2018 en las que solicita que se le dé contestación a diversos escritos dirigidos al Ayuntamiento, que se le permita ver el expediente completo y que las notificaciones se le entreguen en sobre cerrado. Además en la comunicación que consta en el folio 584 manifiesta no estar de acuerdo con las tasas de publicaciones en el BOCM.

El día 26 de septiembre de 2018 emiten informe los servicios técnicos municipales sobre las alegaciones formuladas. Se indica que en relación a los incumplimientos reiterados de la cláusula 5.1 del PPT en relación al menú diario y aperitivos, tanto en calidad como cantidad, la adjudicataria alega desconocimiento de dicho incumplimiento lo que no es cierto, ya que desde el comienzo del contrato tanto de forma verbal, en reuniones mantenidas con la adjudicataria, como de forma escrita se le han trasladado las quejas de los usuarios sobre este asunto a fin de que tomase las medidas oportunas para mejorar el servicio. Consecuencia de este y otros incumplimientos (falta de higiene, trato desconsiderado hacia los usuarios, etc.) el número de socios que hacen

uso del servicio de cafetería y comedor ha disminuido considerablemente, entre un 80- 90%.

En cuanto a las alegaciones sobre el reiterado incumplimiento en la observancia de las instrucciones dadas por la administración, relativas a la correcta ejecución del contrato, el informe indica que desde el inicio del servicio ha sido voluntad de la concejalía mantener reuniones periódicas con la adjudicataria para realizar el seguimiento del desarrollo del servicio dándole instrucciones a fin de solventar todas las incidencias que se venían produciendo y que en ningún caso han sido atendidas por la adjudicataria.

En relación al incumplimiento del pago del canon, señala que en el informe emitido por la Unidad de Ingresos Públicos a fecha de 1 de agosto de 2018 consta la deuda pendiente de la adjudicataria la cual sigue sin liquidarse a fecha del informe. El cargo en cuenta que la contratista aportó en el trámite de audiencia corresponde a un cargo por fraccionamiento de pago que la adjudicataria solicitó y una vez concedido por el Ayuntamiento se cargó en la cuenta que la adjudicataria indicó.

Por todo ello, el informe concluye que las alegaciones no desvirtúan los hechos probados y valora que ha habido reiteración en incumplimientos graves y de gran trascendencia y por tanto mantiene la propuesta de resolución.

El 26 de septiembre de 2018 emite informe la jefa de la Unidad de Contratación en el sentido de resultar procedente la rescisión del contrato por los motivos indicados en la Resolución de inicio del procedimiento de resolución contractual.

Obra en el folio 601 el informe del secretario general del Ayuntamiento de Arganda del Rey en el que da su conformidad y visto

bueno al informe de la jefa de la Unidad de Contratación en relación con la resolución del contrato.

Consta en los folios 606 a 610 del expediente el informe de 2 de octubre de 2018 de la interventora municipal en el que se mencionan los antecedentes del expediente y se formulan generalidades sobre la resolución de los contratos.

El 2 de octubre de 2018 se formula propuesta de resolución, en base a la cláusula 28 del PCAP, por incumplimiento culpable de la contratista, de la obligación de pago del canon y de los gastos de anuncios, según informe de la Unidad de Ingresos Públicos; por incumplimiento culpable de la obligación establecida en los pliegos en relación al menú diario y aperitivos y por la inobservancia de las instrucciones dadas por la Administración en relación con la correcta ejecución del contrato. Se propone además la incautación de la garantía.

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 vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, 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 29 de agosto de 2018, de la concejal delegada de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad lo que supone la aplicación, en el caso analizado, de La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera apartado 2 de la citada ley.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 212.1 de la LCSP/17 a cuyo tenor *“[l]a resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”* en lo que no se oponga a la ley.

Por lo que se refiere a la competencia para acordar la resolución los artículos 190 y 212 de la LCSP/2017 la atribuyen al órgano de contratación.

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 191.1 de la LCSP/2017 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 112.2 de la citada ley cuando refiere que *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común”*.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la contratista la 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 del texto refundido de las disposiciones legales 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 general del Ayuntamiento de Arganda del Rey y por la interventora municipal, así

como que también se ha 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. 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 se ha formulado la oportuna propuesta de resolución, 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 ocho meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art.212.8 de la LCSP/17). Como ya hemos indicado en este caso el procedimiento se inició mediante Resolución de 29 de agosto de 2018 por lo que a la fecha de emisión de este dictamen el procedimiento no habría 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”*, en relación con el artículo 28 del PCAP que establece como causas de resolución: *“2. La mala fe en la ejecución de los trabajos a juicio del órgano encargado de supervisar el cumplimiento del objeto del contrato, así como la desobediencia o no cumplimiento de las órdenes de este”* y *“3. El incumplimiento de las responsabilidades y obligaciones reflejadas en el Pliego de Condiciones Técnicas y en el Pliego de Condiciones Administrativas por parte del adjudicatario”*.

Según la Administración, la contratista ha incumplido reiteradamente la cláusula 5.1 del PPT en relación al menú diario y aperitivos tanto en calidad como en cantidad, por lo que estima que concurriría la causa de resolución de la cláusula 28.3 del PCAP; también habría incumplido el pago del canon desde el mes de diciembre

de 2017, así como de los gastos de anuncios generados por el procedimiento de adjudicación, lo que también incardina en la causa de resolución de la cláusula 28.3 del PCAP y además habría incumplido reiteradamente la observancia de las instrucciones dadas por la Administración relativas a la correcta ejecución de contrato, por lo que concurriría la causa de resolución establecida en la cláusula 28.2 del PCAP.

Comenzando por la primera causa de resolución que invoca el Ayuntamiento consultante prevista en la cláusula 28.3 del PCAP, para su concreto análisis debemos atender al régimen de incumplimientos del contrato establecido en los pliegos, pues la citada cláusula 28 del PCAP debe interpretarse de una manera sistemática acudiendo a lo dispuesto en relación con los incumplimientos y el régimen sancionador en la cláusula 8 del PPT. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en nuestros dictámenes, acogiendo la doctrina del Consejo Consultivo, el principio de interpretación sistemática *“tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que el contrato constituye”* (así nuestro Dictamen 109/16, de 19 de mayo).

Con ocasión del anterior expediente de resolución contractual, en el que se emitió nuestro Dictamen 22/18, ya indicamos que la potestad resolutoria es una facultad exorbitante de la Administración cuyo 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.

También indicamos que la referida cláusula 8 del PPT a la hora de abordar el régimen de sanciones que llevan aparejados los distintos incumplimientos 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”*.

Ya dijimos que según una interpretación literal de la reiterada cláusula, resultaba claro que en los pliegos que rigen el contrato 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.

En este caso se observa que ni el incumplimiento de la obligación relativa al menú ni la referente al pago del canon y los gastos de anuncios generados por el procedimiento de adjudicación se recogen en la relación de incumplimientos sancionables previstos en la repetida cláusula 8 del PPT, por lo que resulta difícil considerar, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, que tales incumplimientos puedan llevar aparejada la máxima sanción, cual es la resolución contractual, cuando ni siquiera el órgano de contratación a la hora de elaborar los pliegos tuvo en cuenta los referidos incumplimientos en orden a su posible penalización.

Así las cosas, centraremos nuestro análisis en la causa de resolución prevista en la cláusula 28.2 del PCAP invocada por la Administración consultante, para determinar si está acreditada en el procedimiento su concurrencia y en su caso si puede llevar aparejada la resolución contractual.

En el informe emitido por el Técnico de Mayores el 14 de agosto de 2018 que sirve de fundamento al inicio del procedimiento de resolución contractual que nos ocupa se indica que desde prácticamente el comienzo de la prestación del servicio se han producido incidencias que han dificultado la correcta ejecución del contrato. Tales incidencias aparecen documentadas en los múltiples informes que han sido emitidos desde prácticamente el inicio de la prestación contractual (el primero el 30 de junio de 2017) por el Servicio responsable de contrato y a quién corresponde supervisar su ejecución (el citado Técnico de Mayores) y en los que aparecen reflejados los múltiples defectos apreciados en la prestación del servicio:

- Informe de 30 de junio de 2017: incumplimiento de la obligación en relación a los menús; incumplimiento de la obligación de limpieza de las instalaciones; incorrección en el trato a los usuarios e incumplimiento de las mejoras ofertadas.

- Informe de 31 de agosto de 2017: incumplimiento de la obligación de limpieza y conservación de los bienes, enseres, instalaciones...; incumplimiento de la obligación en relación con el menú; incumplimiento de la obligación de suministrar prensa diaria; insuficiencia del personal necesario para la prestación del contrato; incumplimiento de la obligación de prestar el servicio en las debidas condiciones higiénico-sanitarias e incumplimiento de las mejoras ofertadas.

- Informe de 11 de septiembre de 2107: Incumplimiento de la obligación en relación a la cantidad de las raciones de los menús e incumplimiento de la obligación de limpieza de las instalaciones.

- Informe de 19 de enero de 2018: Trato irrespetuoso y malas formas hacia los usuarios; incumplimiento de la obligación de limpieza

de las instalaciones; incumplimiento de la obligación en cuanto a los menús e incumplimiento de las mejoras ofertadas.

- Informe de 7 de marzo de 2018: falta de corrección en el trato con los usuarios con la constancia de más de una queja al mes de los usuarios; incumplimiento de la obligación de limpieza e incumplimiento de las mejoras propuestas en la oferta presentada.

- Informe de 30 de abril de 2018: se hacen constar las quejas de los usuarios en relación con los productos servidos, el trato recibido, el tiempo de espera en ser atendidos y los olores de la cocina.

- Informe de 7 de mayo de 2018: Incumplimiento de la obligación de reparación de la maquinaria e incumplimiento de la obligación de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes.

- Informe de 4 de julio de 2018: se han constar quejas sobre el horario de apertura de la cafetería.

-Informe de 17 de septiembre de 2018: Incumplimiento de la obligación de limpieza y conservación de los bienes, enseres, instalaciones, aparatos, accesorios, material y el local utilizado para la prestación del servicio.

Según informa el Técnico de Mayores, que es el órgano responsable del contrato y a quién corresponde supervisar su ejecución, adoptando las decisiones y dictando las instrucciones necesarias con el fin de asegurar su correcta ejecución (cláusula 5 del PCAP), durante el desarrollo del contrato se han mantenido reuniones con la adjudicataria con el objeto de realizar el seguimiento correspondiente y se le han trasladado las quejas que desde el inicio del contrato han manifestado los usuarios tanto de forma oral como por escrito si bien *“desde el inicio del contrato ha sido permanente y reincidente la falta de obediencia y no*

cumplimiento de las órdenes del encargado de velar por el cumplimiento del contrato”.

Conforme a lo que se desprende de los informes emitidos en el curso de la ejecución del contrato por el responsable de velar por su correcta ejecución, así como de las quejas reiteradas de los usuarios incorporadas al expediente, no cabe duda que queda acreditada en el expediente la inobservancia de las instrucciones dadas por la Administración a través del responsable del contrato relativas a la ejecución de la prestación y que la contratista no ha corregido su actuación a lo largo de la vida del contrato, pues resulta reiterado en los informes el incumplimiento de las obligaciones de la adjudicataria en relación con el correcto trato a los usuarios, la limpieza de las instalaciones o en relación a las mejoras ofertadas, según resulta de los informes del Técnico de Mayores anteriormente referidos.

En definitiva, de lo expuesto resulta claro que se ha producido por la contratista un incumplimiento de las instrucciones dadas por el responsable de vigilar la correcta ejecución del contrato, y que dicho incumplimiento, lejos de ser puntual u ocasional, ha sido reiterado en el tiempo y de entidad suficiente como para permitir al Ayuntamiento hacer uso de su facultad de resolución en base a la cláusula 28.2 del PCAP, sin que dicha causa de resolución haya quedado desmentida por la mera alegación de la contratista de que el incumplimiento no se ha producido, alegando en su descargo que no ha recibido ninguna orden de la Administración en relación con la correcta ejecución del contrato ni ha tenido conocimiento de los informes emitidos por el responsable del contrato así como de las quejas de los usuarios, lo cual no puede sostenerse, pues al margen de las instrucciones que de forma oral se le puedan haber transmitido según el informe del Técnico de Mayores, son varios los expedientes que se han abierto en relación con el contrato (bien sea para su resolución o para la imposición de penalidades) en los

que se han puesto de manifiesto a la adjudicataria los incumplimientos que apreciaba la Administración y las quejas de los usuarios en relación con la prestación del servicio, por lo que no se puede alegar ignorancia sobre las deficiencias que se consideraban por la Administración en la ejecución del contrato en orden a su corrección por la contratista.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución teniendo en cuenta que la cláusula 28 del PCAP se remite a lo dispuesto en el TRLCSP.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada”.

Esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, viene insistiendo en la tesis de que del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. Así, venimos incidiendo en el argumento de que el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP y a diferencia de lo que prevé el artículo 213.3 de la LCSP/2017) no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si

el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada, pues la postura mayoritaria contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista por lo que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada la superación de esos plazos.

De esta forma, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución contractual planteada por el Ayuntamiento de Arganda del Rey al amparo de lo establecido en el artículo 223 h) del TRLCSP en relación con la cláusula 28.2 del PCAP.

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 20 de diciembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 552/18

Sr. Alcalde de Arganda del Rey

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