

Dictamen nº: **561/16**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **22.12.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de diciembre de 2016, emitido ante la consulta formulada por el alcalde-presidente de Valdemoro, cursada 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 sobre resolución del contrato de gestión del servicio público denominado “*Gestión de servicio público de explotación de la pista de hielo municipal Francisco Fernández Ochoa en la calle Dalí s/n*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de octubre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, sobre el expediente de resolución del contrato de servicios suscrito con la UTE Pista de Hielo de Valdemoro (en adelante, “*la contratista*”).

A dicho expediente se le asignó el número 571/16 y el día señalado comenzó 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). El plazo fue suspendido al haber solicitado documentación complementaria –sentencias judiciales relacionadas con el contrato- y se reanudó tras advertir que se iba a emitir el dictamen con el fin de evitar la posible caducidad del procedimiento, a lo que se contestó que las sentencias aún no se habían dictado por haberse suspendido las vistas.

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2016.

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

1.- Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de gestión de servicio público denominado “*Gestión de servicio público de explotación de la pista de hielo municipal Francisco Fernández Ochoa en la calle Dalí s/n*” fueron aprobados el 27 de septiembre de 2012 por la Junta de Gobierno Local, para su adjudicación urgente mediante procedimiento negociado sin publicidad, bajo la modalidad de concesión. Los licitadores debían ofertar un canon anual a abonar al Ayuntamiento que se fijaba como mínimo en un 10% del excedente de explotación, porcentaje que podía ser mejorado al alza por los licitadores, mientras que el contratista podría percibir las tarifas que abonasen los usuarios por la utilización de las instalaciones. El plazo de duración del contrato se establecía en diez años, a contar desde la formalización del mismo. Dicho plazo era prorrogable cada cinco años hasta un máximo de veinticinco.

Entre las obligaciones que debía cumplir el contratista, la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) señalaba que, *“el contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales, así como las que se promulguen durante la ejecución del contrato”*. Asimismo, señalaba que *“el incumplimiento de las obligaciones que marca la legislación laboral así como las derivadas de los contratos laborales suscritos por el adjudicatario con sus empleados y las derivadas de normativa de la Seguridad Social (tendrán) la consideración de incumplimiento de una obligación contractual esencial constituyendo causa de resolución del contrato”*.

Entre las infracciones en las que podía incurrir el adjudicatario en la ejecución del contrato, la cláusula 18 del PCAP, apartado 1) incluía como faltas muy graves *“la prestación, manifiestamente defectuosa o irregular de los servicios, con incumplimiento de las condiciones establecidas”* (punto d); los *“fraudes en la forma de prestación, no utilización de los medios mecánicos exigidos o mal estado de conservación o decoro en los mismos”* (punto e) y *“el incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social con el personal adscrito al servicio”* (punto g), que podrían ser sancionadas con multa de hasta 6.000 € y llevar aparejada la resolución del contrato con pérdida de la fianza.

El pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) señalaba en la cláusula 5ª las obligaciones del contratista, entre las que se encontraban:

- Prestar los servicios con la continuidad y la regularidad convenida, teniendo en cuenta que las instalaciones han de estar abiertas un mínimo de ocho horas en días hábiles y un mínimo de cuatro horas en días festivos (pudiéndose exceptuar los días 25 y 31 de diciembre y 1 y 6 de enero) (punto 4).

- La obligación del mantenimiento de las instalaciones del recinto, referido al conjunto de tareas a realizar para conservar las instalaciones y maquinaria (punto 5).

- Destinar el personal suficiente y cualificado que requiera el contrato, que deberá estar en posesión de la titulación correspondiente a la actividad a realizar, para lo que el concesionario deberá entregar al Ayuntamiento antes de la ejecución del contrato un listado de todos los puestos de trabajo, su titulación, tipo de contrato, dedicación y horario, así como comunicar por escrito las modificaciones que se produzcan en el listado inicial (punto 8).

- Informar al Ayuntamiento de Valdemoro del funcionamiento del servicio y cuando proceda, solicitar autorización para la ejecución de las obras e instalaciones a su cargo. El contratista deberá comunicar en todo caso, al Ayuntamiento cualquier anomalía que afecte de manera significativa a la calidad del servicio. Las comunicaciones se efectuarán en el menor plazo posible (nunca excederán los 3 días) (punto 11).

- Responder de los daños a personas y cosas que se deriven del funcionamiento del servicio. El adjudicatario será el único responsable de las actuaciones que se deriven por el uso y explotación de las instalaciones así como por actuaciones indebidas, negligencia u omisiones imputables al mismo o de incumplimiento de lo estipulado en el Pliego de Condiciones (punto 12).

- Sufragar los gastos derivados de la explotación de las instalaciones a su cargo, suscribiendo y haciéndose cargo de los oportunos contratos de suministro que precise la instalación (punto 13).

- Sufragar los gastos derivados del mantenimiento, limpieza y conservación de las instalaciones (punto 14).

- Cumplir las disposiciones vigentes en materia fiscal, laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo y el reglamento sobre instalaciones de este tipo (punto 15).

- Explotar por sí mismo el servicio deportivo y no cederlo, arrendarlo, ni traspasarlo a terceros, sin conocimiento y consentimiento del Ayuntamiento. En el caso de servicios no deportivos que el contratista desee ceder a terceros (bar, limpieza, cafetería, etc.), estos deberán ser comunicados al Ayuntamiento y regularse convenientemente (punto 17).

- Realizar cada dos años una auditoría técnica sobre el estado de las instalaciones (punto 20).

- Elaborar el correspondiente plan de mantenimiento de las instalaciones, copia de este documento se entregará anualmente al Ayuntamiento y deberá cumplimentarse debidamente, actualizándose y poniéndose a disposición de las inspecciones que realice el Ayuntamiento (punto 25).

- Elaborar una Carta de Servicios de la instalación donde se explique el compromiso con los usuarios, que presentará al Ayuntamiento para su visto bueno, asegurar su difusión e informar al Ayuntamiento de los resultados de su aplicación (punto 28).

2.- El contrato se adjudicó a la UTE Pista de Hielo Valdemoro, formada por la empresa UNIKA Proyectos y Obras SAU y Servicios, Proyectos y Formación para el Ocio, el Deporte y la Salud, S.L. mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento el 4 de diciembre de 2012 comprometiéndose al pago de un canon anual del 22% del excedente de explotación.

El contrato fue formalizado el 12 de diciembre de 2012.

El 6 de noviembre de 2014 la empresa contratista, al amparo del artículo 227 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), solicitó el reconocimiento de la subcontratación del 14,19% del contrato con la empresa Celtibera de Servicios Integrales, S.L., a lo que accedió el Ayuntamiento el 25 de febrero de 2015.

TERCERO.- Las vicisitudes en la ejecución del contrato se reflejan en un informe de 16 de diciembre de 2015 que se emitió por el técnico de Deportes (jefe de Servicio) sobre el seguimiento, situación actual y cumplimiento del contrato. En dicho informe se mencionaba la existencia de un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento, la contratista y la Federación Española de Deportes de Hielo de 16 de septiembre de 2015 -que aparece sin firmar en el expediente-, y se reflejaban también determinados incumplimientos del contrato relativos al control de plagas, a la ejecución del convenio y a quejas de los vecinos por ruidos, entre otros. Manifestaba además que el 29 de abril de 2015 un trabajador sufrió un accidente laboral en las instalaciones de la pista de hielo y que por ese hecho se seguían ante los Juzgados de lo Social nº 20 y nº 25 sendos procedimientos -el procedimiento ordinario nº 686/15 y el procedimiento de seguridad social nº 8/16- en los que habían sido demandados el Ayuntamiento, la UTE contratista y la empresa Celtibera de Servicios Integrales. Denunciaba también como irregularidades en la ejecución del contrato la falta de remisión del contratista al Ayuntamiento de la documentación laboral y de seguridad social del trabajador accidentado, además del incumplimiento del plan de mantenimiento anual, lo que era constitutivo de faltas muy graves y se estipulaban en el pliego como causas de resolución.

Posteriormente, el 18 de marzo de 2016 el mismo técnico emitió nuevo informe de aclaración y resumen del anterior informe y proponía la incoación de un expediente de resolución del contrato.

El 21 de junio de 2016 el técnico de Deportes informó que determinados incumplimientos reseñados en su primer informe habían sido cumplidos pero no los relativos al plan de mantenimiento de las instalaciones y a las obligaciones laborales y de seguridad social del trabajador, incumplimientos para los que los pliegos del contrato aparejaban la resolución del mismo aunque se puntualizaba que, este último incumplimiento estaría sometido a condición suspensiva y resolutive según lo que se dispusiese por las sentencias que recayesen en los procedimientos judiciales seguidos ante los Juzgados de lo Social nº 20 y nº 25 en relación al trabajador accidentado.

Tras la documentación aportada por la empresa, el 22 de junio de 2016 el técnico de Deportes reiteraba lo concluido en el informe de 21 de junio y proponía la incoación de un expediente de resolución del contrato.

El 1 de julio de 2016 la jefa de servicio de Contratación, Responsabilidad Patrimonial y Patrimonio Mobiliario, tras examinar los diversos informes del técnico de Deportes constató que algunos de los incumplimientos que en ellos se denunciaban habían sido subsanados y persistían sin embargo los relativos al incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del trabajador accidentado y al plan de mantenimiento de las instalaciones e informó que correspondía al órgano de contratación determinar si se incoaba un expediente sancionador o de resolución del contrato por esos incumplimientos y se exponían los trámites a seguir en cada caso.

CUARTO.- La incoación del expediente de resolución de contrato se acordó por el Pleno del Ayuntamiento mediante Acuerdo de 28 de julio de 2016 por las siguientes causas:

“1. El incumplimiento de las obligaciones que marca la legislación laboral y las derivadas de la normativa de la Seguridad Social con respecto a don A.M.E., que prestaba servicios en el centro de trabajo Pista de Hielo de Valdemoro, donde sufrió accidente laboral, sin tener contrato y sin estar de alta en la Seguridad Social y declinación de entrega de documentación relativa a este trabajador.

Que los hechos denunciados incumplen la Cláusula Quinta puntos: 8, 12 y 15 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y Cláusula Decimoquinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Y son considerados como causa de resolución prevista en Cláusula Decimoctava 1.g), Cláusula Decimoquinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y cláusula Decimoquinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

2. Carecer a pesar de las reiteraciones de un plan de mantenimiento, contrato de mantenimiento de las instalaciones y contrato de mantenimiento de las instalaciones de producción de frío.

Que los hechos denunciados incumplen del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, las Cláusula Segunda g) y Cláusula Quinta puntos: 4, 8, 11, 13, 14, 20, 25 y 28. Y son considerados como causa de resolución prevista Cláusula Decimoctava 1.d.e)”.

El acuerdo de incoación fue notificado a la UTE adjudicataria y a la avalista el 22 de agosto de 2016.

El 5 de septiembre de 2016 la UTE contratista presentó un escrito de alegaciones en el que invocaba indefensión por el breve plazo de 10

días para hacer alegaciones y porque no se le había dado traslado de los informes que motivaron el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato. Además señalaba que el trabajador no prestaba servicios para la UTE y que el incumplimiento relativo a las obligaciones laborales y de Seguridad Social en relación el trabajador se encontraba pendiente de resolución judicial, y que no se habían incumplido las obligaciones relativas al plan de mantenimiento. Denunciaba que había desviación de poder porque la razón de incoar el expediente de resolución de contrato era la modificación el objeto del contrato a consecuencia del convenio de colaboración de 29 de septiembre de 2015 firmado por el Ayuntamiento con la Federación Española de Deportes de Hielo, tras el que el Ayuntamiento pretendía cambiar la orientación de las instalaciones y transformarlas en un centro de tecnificación y alto rendimiento para los deportes de hielo, con el consiguiente desequilibrio económico del contrato.

Consta un informe de 12 de septiembre de 2016, del técnico de Deportes (jefe de servicio) que desestimaba las alegaciones presentadas por la empresa al no aportar documentación complementaria y reiteraba la resolución del contrato por incumplimiento del plan de mantenimiento de las instalaciones y de las obligaciones laborales y de Seguridad Social con el trabajador, que estaría sujeta, esta última, a una condición suspensiva resolutoria en virtud de lo que se decidiera por sentencia por los Juzgados de lo Social que enjuiciaban el accidente del trabajador.

El 29 de septiembre de 2016 se emitió informe por la viceinterventora del Ayuntamiento en el que daba cuenta de los trámites y del procedimiento seguido en el expediente de resolución del contrato. En relación con las causas de resolución alegadas, estimaba que la falta de cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social de la UTE respecto al trabajador constituía causa de

resolución del contrato, no así el alegado incumplimiento del Plan de Mantenimiento, del contrato de mantenimiento de las instalaciones y del contrato de mantenimiento de las instalaciones de producción de frío, que solo daría lugar a un expediente de penalización.

El 30 de septiembre de 2016 el Secretario General del Ayuntamiento emitió informe jurídico que rechazaba las alegaciones del contratista sobre la aducida indefensión ya que el plazo de 10 días de alegaciones era el fijado en la normativa de aplicación y, por otro lado, se le había dado traslado y vista del expediente en el que constaban los informes que habían fundamentado la incoación del expediente de resolución del contrato. En cuanto a los incumplimientos, señalaba que el hecho de que los tribunales de justicia estuvieran pendientes de pronunciarse en relación con el incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del trabajador no impedía a la Administración el ejercicio de sus competencias, atribuidas por la legislación contractual. Y consideraba acreditado el incumplimiento de la obligación contractual de mantenimiento.

El 3 de octubre de 2016, considerando lo dispuesto en los artículos 223, 224, 225 y 228 del TRLCSP, se dictó propuesta de resolución del contrato por el concejal de Urbanismo, Servicio y Deportes por dos incumplimientos:

- El incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del trabajador que prestaba servicios en el centro de trabajo Pista de Hielo de Valdemoro, donde sufrió un accidente laboral, sin tener contrato y sin estar de alta en la Seguridad Social y declinación de entrega de documentación relativa a este trabajador. Este incumplimiento, según la propuesta, infringía los apartados 8, 12, y 15 de la cláusula 5ª del PPT y la cláusula 15ª del PCAP, y era causa de resolución del contrato según la cláusula 18ª.1.g) y cláusula 15ª del PCAP.

- Carecer, pese a las reiteraciones, de un plan de mantenimiento, de un contrato de mantenimiento de las instalaciones y de un contrato de mantenimiento de las instalaciones de producción de frío, con incumplimiento de las cláusulas 2ª.g) y 5ª, puntos 4, 8, 11, 13, 14, 20, 25 y 28 del PPT y la cláusulas 18.1.d) del PCAP.

La propuesta asimismo preveía la incautación de la fianza “*sin perjuicio del posterior inicio de expediente a efecto de determinar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento y determinar la indemnización procedente, y de liquidación del contrato*”.

Por providencia fechada el mismo día se acordó solicitar dictamen a esta Comisión sobre el expediente de resolución del contrato, con suspensión del plazo para resolver el procedimiento y notificación a los interesados.

Consta en el expediente la notificación a la UTE contratista, no así a la avalista.

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.c) del ROFCJA.

SEGUNDA.- Como establece el artículo 222 del TRLCSP, los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución.

La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como una facultad exorbitante. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que esta extinción anticipada del contrato 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 prerrogativa de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo ya en la sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: *“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones*

estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de las obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe, y siguiendo los trámites procedimentales establecidos al efecto.

Y es que como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 63/11, de 17 julio de 2012 la resolución de los contratos constituye una excepción al modo normal de extinción de los contratos, como es el cumplimiento de éstos. Y por su excepcionalidad, la resolución debe estar justificada.

Y al respecto trae a colación dos dictámenes del Consejo de Estado:

«En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al manifestar que la resolución por incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato (Dictamen núm. 52.006, de 9 de junio de 1988). El máximo órgano consultivo del Estado ha señalado que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida” (Dictamen núm. 41.941, de 1 de marzo de 1979)».

TERCERA.- El contrato fue adjudicado bajo la vigencia del TRLCSP por lo que esta es la legislación aplicable, tanto en cuanto a las cuestiones materiales como a las formales y de procedimiento.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, además de acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, además, ante la falta de desarrollo reglamentario, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y concretamente su artículo 109, dedicado al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211.3.a) del TRLCSP dispone que es 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.

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 la Secretaría e Intervención municipales.

Conforme con la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista, que ha formulado alegaciones a lo largo del procedimiento. Al proponerse incautación de

la garantía, también se ha dado audiencia a la entidad avalista que, sin embargo, no se ha pronunciado.

Asimismo, se ha emitido informe tanto por la Secretaría como por la Intervención municipales.

En relación con los mencionados informes, se observa que se han incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Ahora bien, en cuanto que no introducen ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria sino que inciden en las causas de resolución consignadas en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo Consultivo (así, los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros), y reiterada por esta Comisión en varios dictámenes, así, el Dictamen 62/16 de 5 de mayo o el Dictamen 516/16 de 17 de noviembre.

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”*.

Por su parte, el artículo 224 de la misma Ley regula la aplicación de las causas de resolución y señala que *“la 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”*.

Por tanto, según estos preceptos, la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, el órgano de contratación es, según la cláusula 11ª del PCAP, la Junta de Gobierno Local de acuerdo con la disposición adicional 2ª del TRLCSP y la delegación correspondiente realizada. Según el informe de Intervención de 29 de septiembre de 2016, el Pleno en la sesión ordinaria celebrada el 28 de julio de 2016 acordó delegar la competencia para resolver los contratos en la Junta de Gobierno Local.

En relación con el plazo para tramitar el expediente de resolución del contrato, la normativa contractual no establece regulación alguna al respecto por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que el expediente se inició antes de la entrada de vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según su disposición transitoria tercera, resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJ-PAC), a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, además, que 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 42.5.c) de la LRJ-PAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes *“preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”*, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos.

En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se ha pronunciado esta Comisión en sus Dictámenes 44/16 de 28 de abril y 132/16 de 26 de mayo, entre otros, asumiendo la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En este caso, la iniciativa para resolver el contrato ha surgido del Ayuntamiento de Valdemoro, que inició el expediente de resolución contractual por acuerdo de 28 de julio de 2016, si bien el plazo para resolver fue suspendido por providencia de 3 de octubre de 2016 del alcalde-presidente del Ayuntamiento, lo que fue notificado a la UTE contratista el 5 de octubre de 2016 aunque no consta en el expediente remitido que se haya notificado al avalista, con las consecuencias que de esa falta de comunicación se derivan.

Por último, en relación con la propuesta de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha declarado en diversos Dictámenes, entre ellos el núm. 191/16, de 9 de junio y el núm. 415/16 de 22 de septiembre, que la propuesta de resolución debe recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento, no solo para permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen, sino también para no causar indefensión al contratista.

En este caso, ha de señalarse que la propuesta no determina el concreto precepto de la legislación contractual que se considera violado sino que hace una referencia genérica a *“lo establecido en los artículos 223, 224, 225 y 228 del TRLCSP”* y propone resolver el contrato por dos incumplimientos que infringen varias cláusulas del PCAP y del PPT que se citan en la propuesta y que se han reproducido en los antecedentes de hecho.

Sin embargo, de los preceptos citados del TRLCSP, solo el artículo 223 enumera las causas de resolución de los contratos, sin que se mencione en la propuesta cuál de ellas es la que ampara la resolución del contrato, lo que habría de quedar expresamente determinado en la resolución que finalmente se dicte. Por otro lado, las cláusulas que se enumeran como infringidas generan confusión puesto que, si se confrontan los incumplimientos denunciados -incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social respecto de un trabajador e incumplimiento del plan de mantenimiento de las instalaciones- con las cláusulas alegadas, se observa que la mención de algunas de las cláusulas citadas huelga y otras tan solo tangencialmente pueden conectarse con los incumplimientos.

Por ello, la resolución que finalmente se dicte habría de adaptarse a lo aquí expuesto de forma que quedara claramente consignada la causa que motiva la resolución del contrato con expresión de los preceptos legales y cláusulas contractuales y legales infringidos, sin que valga la mera enumeración genérica de artículos y cláusulas sin determinación concreta de los que se consideran aplicable.

CUARTA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren, o no, las causas de resolución del contrato, en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Los incumplimientos que se alegan por la entidad local son, como ya hemos visto, los siguientes:

- El incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del trabajador que prestaba servicios en el centro de trabajo Pista de Hielo de Valdemoro, donde sufrió un accidente laboral, sin tener contrato y sin estar de alta en la Seguridad Social y declinación de entrega de documentación relativa a este trabajador. Este

incumplimiento, según la propuesta de resolución, infringe los apartados 8, 12, y 15 de la cláusula 5ª del PPT y la cláusula 15ª del PCAP, y es causa de resolución del contrato según la cláusula 18ª.1.g) y cláusula 15ª del PCAP.

- Carecer, pese a las reiteraciones, de un plan de mantenimiento, de un contrato de mantenimiento de las instalaciones y de un contrato de mantenimiento de las instalaciones de producción de frío, por incumplimiento de las cláusulas 2ª.g) y 5ª, puntos 4, 8, 11, 13, 14, 20, 25 y 28 del PPT y la cláusulas 18.1.d) del PCAP.

En relación con el primer incumplimiento, de las obligaciones del PPT que se relacionan en la propuesta, solo el apartado 15 de la cláusula 5 del PPT se refiere a la obligación de cumplir con las obligaciones laborales y de seguridad social. Pero dicho incumplimiento no determina por sí mismo la resolución del contrato si así no se dispone en los pliegos reguladores del mismo o en la legislación aplicable.

Así se establece en la cláusula 15 del PCAP, que califica a dicha obligación como de carácter esencial, cuyo incumplimiento lleva aparejada la resolución del contrato. Y a mayor abundamiento, la cláusula 18ª.1.g) del PCAP configura este incumplimiento como falta muy grave al que anuda la posibilidad de imposición de una multa de hasta 6.000 € o de resolver el contrato. De esta forma, este incumplimiento podría subsumirse en la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 223.f) del TRLCP –“*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”-.

La UTE contratista se opone en sus alegaciones a este incumplimiento y asegura haber entregado toda la documentación requerida por la Administración local, en la que no figura la persona

accidentada porque no formaba parte de su personal. Arguye que desconocía por qué estaba en las instalaciones y la forma en que se produjo el accidente, y recuerda que se trata de un asunto *sub iudice*.

A lo largo del procedimiento ha manifestado en reiteradas ocasiones que el trabajador accidentado “*no fue contratado, ni prestó servicios directamente para la UTE Pista de Hielo Valdemoro*” (escrito de 2 de diciembre de 2015, por ejemplo). Y no ha aportado la documentación al respecto requerida reiteradamente por la entidad local.

Debe manifestarse que la UTE contratista solicitó en noviembre de 2014 que se autorizara la subcontratación del 14,19% del contrato (en relación con la organización de cursos de verano, cumpleaños, cursillos de patinaje, entre otras actividades) a lo que se contestó por el Ayuntamiento que “*no existe inconveniente técnico para la citada subcontratación*”.

En relación con la subcontratación, en la cláusula 21^a.4.e) del PCAP se señalaba que constituiría una causa de resolución del contrato el incumplimiento de la subcontratación y cesión en la forma establecida en este pliego. Sin embargo, la subcontratación no estaba prevista en los pliegos. Ello no es óbice para que pudieran subcontratarse determinadas prestaciones del contrato ya que el artículo 227 del TRLCSP lo permite con sujeción a determinados requisitos que allí se establecen “*salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario*”.

En este caso, producido un accidente en las instalaciones de la pista de hielo, el accidentado alegó en la demanda presentada ante el Juzgado de lo Social nº 20 –en el procedimiento en el que son parte el Ayuntamiento, la empresa subcontratista y las dos que forman la UTE– que prestaba sus servicios como profesor de patinaje desde el 1 de

agosto de 2014 –por tanto, antes de la solicitud de autorización de la subcontratación- y que la empresa que efectivamente le había contratado era la subcontratista.

Del expediente aportado no se puede determinar quién es la empresa que contrató a la persona que sufrió el accidente y tampoco se han aportado al procedimiento ni un contrato de trabajo ni la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social relativas al mismo. Pero si la persona accidentada hubiera estado prestando servicios como profesor de patinaje, sin contrato de trabajo ni alta en la Seguridad Social, la responsable de esos incumplimientos frente a la Administración contratante sería la UTE contratista, tanto si la contratación del citado trabajador la llevó a cabo la UTE como si la realizó la subcontratista. En este sentido, hay que recordar que el artículo 227.4 del TRLCSP dispone que *“los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a las Administración”* y sigue diciendo que el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados *“no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal”*.

Recapitulando, en la cláusula 15^a del PCAP se configura el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social respecto de los empleados como una obligación contractual esencial cuyo incumplimiento es causa de resolución del contrato, lo que se vuelve a repetir en la cláusula 18^a.1.g) por lo que si, respecto del trabajador accidentado, se hubiera acreditado su incumplimiento, independientemente de quién fuera su empleador –la UTE contratista o la empresa subcontratada-, sería la UTE la responsable ante la Administración local y, por tanto, sería causa de resolución del contrato

con ella suscrito al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP.

No obstante, en todo procedimiento administrativo deben quedar acreditados los presupuestos de hecho de la resolución que se dicte y la prueba debe alcanzar a todas las circunstancias fácticas que la fundamentan. Lo mismo puede decirse de los procedimientos de resolución de contrato por incumplimiento del contratista, y si se han iniciado de oficio, al ser procedimientos con efectos desfavorables para el interesado, corresponde a la Administración la carga de la prueba de los incumplimientos del contratista, mientras que a este le corresponderá la prueba del cumplimiento del contrato. En este caso, sin embargo, la Administración se ha limitado a requerir a la UTE contratista el contrato de trabajo y los documentos de afiliación y alta del accidentado en la Seguridad Social sin que se haya podido determinar si el accidentado trabajaba para la UTE, para la subcontratista o siquiera si tenía alguna relación con alguna de esas empresas –teniendo en cuenta que la pista de hielo es un lugar de acceso abierto al público-. Desde esta perspectiva, no puede considerarse que el incumplimiento haya quedado acreditado por lo que difícilmente puede sustentar la resolución del contrato. Y ello, independientemente de que, si la contratación “*de facto*” de la persona accidentada resulta posteriormente acreditada –bien en los procedimientos judiciales pendientes o en un ulterior procedimiento administrativo-, esos incumplimientos puedan volver a fundamentar la resolución del contrato.

En relación con el segundo incumplimiento –carecer de un plan de mantenimiento, de un contrato de mantenimiento de las instalaciones y de un contrato de mantenimiento de las instalaciones de producción de frío-, se alega la infracción de las siguientes cláusulas:

- Cláusula 18.1.d) del PCAP: prestación manifiestamente defectuosa o irregular de los servicios, con incumplimiento de las condiciones establecidas.

- Cláusula 2.g) del PPT –sobre las prestaciones que comprende el contrato-: adecuación, reforma y modernización en su caso de todo lo necesario para adaptar la instalación a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación del servicio.

- Cláusula 5.4 del PPT: prestar los servicios con la continuidad y la regularidad convenida, teniendo en cuenta que las instalaciones han de estar abiertas un mínimo de ocho Horas en días hábiles y un mínimo de cuatro horas en días festivos (pudiéndose exceptuar los días 25 y 31 de diciembre y 1 y 6 de enero).

- Cláusula 5.8 del PPT: destinar el personal suficiente y cualificado que requiera el contrato, que deberá estar en posesión de la titulación correspondiente a la actividad a realizar, para lo que el concesionario deberá entregar al Ayuntamiento antes de la ejecución del contrato un listado de todos los puestos de trabajo, su titulación, tipo de contrato, dedicación y horario, así como comunicar por escrito las modificaciones que se produzcan en el listado inicial.

- Cláusula 5.11 del PPT: informar al Ayuntamiento de Valdemoro del funcionamiento del servicio y cuando proceda, solicitar autorización para la ejecución de las obras e instalaciones a su cargo. El contratista deberá comunicar en todo caso, al Ayuntamiento cualquier anomalía que afecte de manera significativa a la calidad del servicio. Las comunicaciones se efectuarán en el menor plazo posible (nunca excederán los 3 días).

- Cláusula 5.13 del PPT: sufragar los gastos derivados de la explotación de las instalaciones a su cargo, suscribiendo y haciéndose

cargo de los oportunos contratos de suministro que precise la instalación.

- Cláusula 5.14 del PPT: sufragar los gastos derivados del mantenimiento, limpieza y conservación de las instalaciones.

- Cláusula 5.20 del PPT: realizar cada dos años una auditoría técnica sobre el estado de las instalaciones.

- Cláusula 5.25 del PPT: elaborar el correspondiente plan de mantenimiento de las instalaciones, copia de este documento se entregará anualmente al Ayuntamiento y deberá cumplimentarse debidamente, actualizándose y poniéndose a disposición de las inspecciones que realice el Ayuntamiento.

- Cláusula 5.28 del PPT: deberá elaborar una Carta de Servicios de la instalación donde se explique el compromiso con los usuarios, que presentará al Ayuntamiento para su visto bueno, asegurar su difusión e informar al Ayuntamiento de los resultados de su aplicación (punto 28).

Dejando aparte el hecho de que la mayoría de estas cláusulas no guardan relación con el alegado incumplimiento, además no puede subsumirse en ninguno de los supuestos para los que la cláusula 21^a del PCAP prevé la resolución del contrato, ni tampoco puede incluirse en los apartados de la cláusula 18 relativa a las infracciones muy graves, que son las que pueden dar lugar a la resolución del contrato. Por otro lado, tampoco se ha establecido en los pliegos que esta obligación sea de carácter esencial, por lo que no podrá ser constitutiva de la resolución del contrato.

Según el informe 63/2011, de 17 julio de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en aras de la seguridad jurídica, *“cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su*

incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución”.

Ya hemos mencionado que la resolución de un contrato es una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general. Y hemos recordado también que la jurisprudencia ha venido exigiendo la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe y que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a principio de proporcionalidad.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución del contrato, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad, buena fe y proporcionalidad.

No parece ser este el caso del segundo incumplimiento alegado por lo que, como ya se advirtió por la viceinterventora en su informe de 29 de septiembre de 2016, la falta de plan de mantenimiento, de un contrato de mantenimiento de las instalaciones y de un contrato de mantenimiento de las instalaciones de producción de frío no es causa para proceder a la resolución del contrato, aunque sí podría dar lugar a un expediente de penalización.

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

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato de gestión del servicio público denominado “*Gestión de servicio público de explotación de la pista de hielo municipal Francisco Fernández Ochoa en la calle Dalí s/n*”.

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 22 de diciembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 561/16

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro