

Dictamen n^o: **109/10**
Consulta: **Alcaldesa de Alpedrete**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.04.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 21 de abril de 2010, sobre consulta formulada por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Alpedrete, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de suministros de equipos de control de acceso, suscrito con la empresa A (en adelante la empresa o “A”), a solicitud del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 1^o de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de marzo de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Alpedrete, firmada por su Alcaldesa, sobre expediente de resolución del contrato de suministros de equipos de control de acceso, suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 91/10, iniciándose el computo del

plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril y correspondiendo su ponencia a la Sección IV, presidida por el Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso.

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

Con fecha 3 de noviembre de 2008, la Alcaldesa de Alpedrete firma con la empresa anteriormente citada un contrato de arrendamiento/alquiler de equipos de control de acceso denominados C (aparatos nº aaa y bbb) y software D (nº ccc), fabricados por la empresa B, en adelante, la fabricante o “B”. El número del contrato es el ddd. La duración del arrendamiento pactado es de 48 meses y el precio del alquiler mensual es de 348 euros, IVA incluido. El clausulado del contrato es un modelo de contrato de adhesión empleado por la empresa en el que aparece tachada parte de la cláusula relativa al seguro que cubre los riesgos de una destrucción fortuita o de daños, de una desaparición fortuita o de una sustracción del objeto arrendado (folio 2 del expediente administrativo).

El material arrendado fue entregado el 3 de noviembre de 2008, según resulta del documento de “*Confirmación de entrega*” firmado por la Alcaldesa y la empresa “B”. Con dicho documento se adjuntan las “*Condiciones Generales del arrendamiento*”, también firmadas por la Alcaldesa (folios 5 y 6).

Con fecha 5 de noviembre de 2008, la empresa remite una carta dirigida a la Alcaldesa de Alpedrete en la que da las gracias por la solicitud de alquiler y confirma, tras la entrega del objeto arrendado, la vigencia del contrato, acompañando los documentos del contrato de arrendamiento, las facturas y una vista general donde se recogen las fechas de vencimiento y

las cantidades a pagar cuyo importe se cobrará mediante cargo en cuenta, adjuntando, igualmente, la regulación contractual de la prima de seguro (folio 1).

El 21 de noviembre de 2008, la empresa remite una nueva carta de contenido idéntico que la anterior con referencia a un nuevo contrato número eee. Acompaña con dicho escrito la solicitud de arrendamiento (nº fff) firmada por la Alcaldesa de Alpedrete el 3 de noviembre de 2008, el contrato de alquiler/arrendamiento nº eee de tres equipos de control de acceso fabricados por la empresa B (números ggg, hhh e iii) en el que se pacta que la duración del arrendamiento es de 48 meses y el precio de alquiler mensual de los tres aparatos 348 euros, IVA incluido, la “*Confirmación de entrega*” firmada por la Alcaldesa de Alpedrete el 14 de noviembre de 2008 de los tres nuevos equipos de control de acceso, clausulados de “*Condiciones Generales del Arrendamiento*” y “*Condiciones generales respecto al seguro*”, firmadas por la Alcaldesa de Alpedrete (folios 10 a 16).

Junto con estos contratos, aparece en el expediente un «*Anexo al contrato de mantenimiento firmado entre “B.” y “Ayuntamiento de Alpedrete” el 14 de octubre de 2008*» en el que la empresa fabricante de los equipos exonera al Ayuntamiento de la contratación de un seguro que cubra futuros daños de los equipos, se compromete a no cobrar cantidad alguna por utilizar una forma de pago diferente a la habitual y se dispone que, finalizado el período de 48 meses que comprende el contrato los equipos pasarán a ser propiedad del Ayuntamiento de Alpedrete. No consta la fecha de la firma de dicho anexo ni, tampoco, a cuál de los dos contratos firmados se refiere, pues ninguno de los contratos firmados tiene como fecha 14 de octubre de 2008.

El 23 de octubre de 2009, la técnico de recursos humanos del Ayuntamiento de Alpedrete emite informe sobre el aparato de control de acceso del personal ubicado en el edificio de la Casa Consistorial, señalando que *“el aparato se instaló en el mismo a finales de 2008 y se registró la huella de todo el personal que en esa época trabajaba en dicho edificio, pero nunca llegó a estar operativo ni a ponerse en funcionamiento. A pesar de que por parte de la empresa se nos informó que mandarían a un técnico para enseñarnos el manejo del programa, sobre todo teniendo en cuenta que en un ordenador de RR.HH. se instaló el administrador, en ningún momento se pasó algún técnico para informarnos al respecto”* (folio 31).

En el mismo sentido se emiten sendos informes por el Sargento-Jefe de la Policía Local, el 20 de noviembre de 2009 y por el Director del Área Municipal de Deportes, de 23 de noviembre de 2009 (folio 33).

A la vista de los citados informes, la Alcaldesa de Alpedrete solicita informe sobre la normativa y procedimiento a aplicar en la resolución del contrato, dictándose el 9 de diciembre de 2009, acuerdo de incoación del procedimiento de resolución del contrato de suministros de equipos de control de acceso, suscrito con “A” y “B” (folio 38).

El 1 de febrero de 2010 tienen entrada en el Ayuntamiento de Alpedrete dos escritos de la empresa A, remitidos por burofax, dando por rescindidos los contratos ddd y eee por impago de las facturas remitidas, requiriendo al Ayuntamiento la devolución del objeto arrendado *“por su propia cuenta y riesgo en el plazo improrrogable de una semana”* y el abono, en concepto de daños y perjuicios de 12.297,25 euros por el primer contrato y 12.285,20 euros por el segundo.

A los efectos de emisión del presente Dictamen, son de interés los siguientes documentos:

1.- Solicitud de arrendamiento, contrato de arrendamiento/alquiler, confirmación de entrega y escrito de la empresa contratista confirmando la entrega del objeto del alquiler del contrato ddd consistente en dos equipos C, n^o aaa y n^o bbb y un software D, n^o ccc (folios 1 a 9).

2.- Solicitud de arrendamiento, contrato de arrendamiento/alquiler, confirmación de entrega y escrito de la empresa contratista confirmando la entrega del objeto del alquiler del contrato eee consistente en tres equipos C, números ggg, hhh e iii (folios 10 a 16).

3.- Dos facturas correspondientes a los contratos ddd y eee emitidas por la empresa A, por importe -las dos- de 1.044 euros, que tienen entrada en el registro del Ayuntamiento el día 12 de enero de 2009 (folios 17 y 18).

4.- *«Anexo al contrato de mantenimiento firmado entre “B” y “Ayuntamiento de Alpedrete” el 14 de octubre de 2008»* (folios 19 a 21).

5.- Correo electrónico de la Concejala de recursos humanos, de 3 de noviembre de 2008, en el que pone en conocimiento del personal de la Casa Consistorial que se han comenzado a grabar los datos para el control de presencia, que la única persona que tendrá acceso a la información será la Técnico de Recursos Humanos del Ayuntamiento, y solicita que pase el personal por la terminal fija para la grabación de los datos, manifestando que *“este sistema se va a instalar en todas las dependencias municipales”* (folio 22).

6.- Escrito de fax remitido por la empresa “B” al Ayuntamiento de Alpedrete, en el año 2008 (no es posible ver la fecha concreta en que se remitió el fax, sólo aparece el año y la hora) en el que un responsable de la empresa indica las *“Condiciones Centro Escaparate”*, firmado por la Alcaldesa de Alpedrete y dicho responsable y en el que se fija el precio de

la instalación y formación para el manejo de los equipos en 700 euros (folios 23 y 24).

7.- Dos facturas correspondientes a los contratos ddd y eee, emitidas por la empresa A, por importe -las dos- de 364,37 euros, que tienen entrada en el registro del Ayuntamiento el día 12 de enero de 2009, en concepto de prima de seguro 2009 (folios 25 y 26).

8.- Correo electrónico de la Concejal de Cultura, Deportes y Recursos Humanos del Ayuntamiento de Alpedrete, de 27 de enero de 2009, solicitando al responsable de la empresa B, que, ante la inminente puesta en funcionamiento del control de presencia del edificio de la Policía Municipal, *«uno de los técnicos de “B” se acerque por Alpedrete para resolver todas las cuestiones pendientes»*, pues desconocen el funcionamiento, como se visualizan las *“fichas”*, cómo se modifican, etc. (folio 27).

9.- Correo electrónico entre personal del Ayuntamiento, el 10 de marzo de 2009, relativo al abono de las facturas emitidas por la empresa (folio 28).

10.- Factura de la empresa B, presentada en el registro del Ayuntamiento consultante el 13 de marzo de 2009 en concepto de instalación y formación control de acceso, equipos C, aaa y bbb, y software D, ccc, por importe de 812 euros (700 euros más IVA) (folio 29).

11.- Informe de la Secretaría del Ayuntamiento, de 14 de septiembre de 2009, en el que se considera que el contrato eee sustituyó al ddd, porque el primero estaba tachado y no era posible entregar a la empresa A un contrato con tachas. En dicho informe se manifiesta: *«Desde el Ayuntamiento se intenta reiteradamente la comunicación con D. I. (responsable de la empresa B) con la finalidad de que nos explique que es*

lo que ha ocurrido y el porqué del cobro de las facturas de los dos contratos si en realidad sólo es válido el último ya que el primero según el no había sido aceptado por “A” al estar tachado. Mediante conversación telefónica y posteriormente en reunión con la Sra. Interventora y conmigo, D. I. nos explica que ha sido todo un mal entendido y que procederá a solucionarlo cuanto antes, bien anulando uno de los dos contratos o haciendo un nuevo contrato» (folio 30).

12.- Informe de la Técnico del Departamento de Recursos Humanos, de 23 de octubre de 2003 en el que se manifiesta que, en relación con el control de acceso personal en el edificio de la Casa Consistorial, “... *el aparato se instaló en el mismo a finales de 2008 y se registró la huella de todo el personal que en esa época trabaja en dicho edificio, pero nunca llegó a estar operativo ni a ponerse en funcionamiento (...), en ningún momento se pasó algún técnico para informarnos al respecto*” (folio 31).

13.- Informe del Sargento Jefe de la Policía Local, de 20 de noviembre de 2009 en el que se señala que, en relación con el control de acceso del personal en el edificio de la Policía Local, “*el aparato se instaló en el mismo a finales de 2008 y se registró la huella de todos los componentes de la Policía Local, aunque hasta el día de la fecha, esta Jefatura no ha recibido instrucciones para su puesta en funcionamiento por lo que no se ha utilizado para el control de acceso de los componentes de la plantilla de la Policía Local*”, manifestando que no se ha recibido ningún curso específico para su manejo y aplicación (folio 32).

14.- Informe del Director del Área Municipal de Deportes, de 23 de noviembre de 2009 en el que se declara que, en relación con el control de acceso del personal en el edificio del Polideportivo Municipal, se informa que “*el aparato se instaló en el mismo a finales de 2008 y ni siquiera se llegó a registrar la huella del personal que en ese momento trabajaba en*

dicho edificio, por lo tanto el dispositivo de control nunca llegó a estar operativo ni a ponerse en funcionamiento. A pesar de que por parte de la empresa se nos informó que mandarían a un técnico para enseñarnos el manejo del programa, y para registrar las huellas de todo el personal adscrito al Servicio de Deportes” (folio 33).

15.- Informe del Vicesecretario del Ayuntamiento de Alpedrete, de 9 de diciembre de 2009, manifestando que, a la vista de los informes emitidos por los responsables de Recursos Humanos, Policía Local y Área Municipal de Deportes, existe un incumplimiento de las obligaciones contractuales, previsto en el apartado g) del artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ya que no se ha recibido la formación necesaria sobre el manejo del programa. Además el mencionado informe se pronuncia sobre el procedimiento de resolución y sus efectos (folios 35 a 37).

16.- Decreto 454-09, de 9 de diciembre de 2009, por el que se acuerda incoar el procedimiento de resolución del contrato de suministros de equipos de control de acceso, suscrito con las empresas A y B (folio 38).

17.- Escrito firmado por la Alcaldesa de Alpedrete, de 9 de diciembre de 2009, dirigido a la empresa B, dando vista del expediente y concediendo trámite de audiencia en el procedimiento de resolución porque *“el control de acceso, nunca llegó a estar operativo ni a ponerse en funcionamiento”*, notificado a la empresa el 11 de diciembre de 2009 (folios 39 y 40).

18.- Escrito firmado por la Alcaldesa de Alpedrete, de 9 de diciembre de 2009, dirigido a la empresa A, dando vista del expediente y concediendo trámite de audiencia en el procedimiento de resolución porque *“el control de acceso, nunca llegó a estar operativo ni a ponerse en funcionamiento”*, notificado a la empresa el 11 de diciembre de 2009 (folios 41 y 42).

19.- Escrito de alegaciones presentado por la empresa A el 17 de diciembre de 2009 en el que, en síntesis, manifiesta que los contratos ddd y eee son contratos de arrendamiento de cinco sistemas de control de acceso y un software, todos ellos con su correspondiente número de serie e instalados en el Ayuntamiento de Alpedrete; que, de acuerdo con las Condiciones Generales del Contrato firmado por el Ayuntamiento consultante, *“el arrendador no garantiza al arrendatario la idoneidad del bien arrendado, su adecuación al uso que va destinado, su funcionamiento y sus resultados en su integridad”*, y que *“la entrega, el montaje y la puesta en marcha o funcionamiento del bien arrendado se realizarán por cuenta y riesgo del arrendatario”*, concluyendo que cualquier reclamación respecto a la idoneidad de los equipos o su instalación o mantenimiento debería dirigirse contra la empresa distribuidora; que los equipos fueron instalados y puestos en funcionamiento y que, de acuerdo con el contrato firmado *“queda vedada al arrendatario la facultad de resolución anticipada”*. Desde un punto de vista procedimental, la empresa A alega la falta de notificación del número del expediente del procedimiento de resolución y que el trámite de audiencia debe ser previo a la propuesta de resolución y posterior a la emisión de todos los informes para, una vez conocidos, pueda ser rebatidos y aportar los documentos y justificaciones pertinentes (folios 43 a 50). Con su escrito se acompaña la siguiente documentación:

- Certificación emitida por un representante de la empresa B en la que se hace constar que la empresa A y el Ayuntamiento de Alpedrete suscribieron dos contratos de arrendamiento, que fueron instalados cuatro controles de acceso con huella con el software de gestión D, que el control de acceso número 5 no se finalizó de instalar quedando en las instalaciones del Ayuntamiento.

- Dos copias de las “*Condiciones Centro Escaparate*”, firmadas por el representante de la empresa B y la Alcaldesa de Alpedrete. En la primera aparece en el apartado “*servicio-prestaciones*” por “*2 equipos C + 1 software D, 300 €/mes*” y, en el concepto “*instalación y formación*” que comprende material de instalación, gastos técnicos y explicación del manejo de los equipos, un total de 700 euros. En la segunda, en el apartado “*servicios-prestaciones*” “*3 equipos C, 300 €/mes*” y en el concepto de “*instalación y formación*”, 700 euros.

- Informe del Servicio Post-Venta de la empresa B sobre la inspección realizada el 14 de diciembre de 2009 en la que se toman fotografías de los equipos instalados y se obtiene una copia del software en la que aparece, según recoge la firma del responsable de la Policía Local. Se adjuntan tres fotografías de los equipos instalados en el edificio de la Policía Local y un listado de identificación de los usuarios del sistema mediante la huella digital que abarca desde el 3 de febrero de 2009 hasta el 14 de diciembre de 2009 (folios 54 a 67).

20.- Informe jurídico del Letrado Asesor del Ayuntamiento de Alpedrete, de 21 de enero de 2010 en el que se pone de manifiesto la ausencia de informe del Interventor y que, respecto de las alegaciones formuladas por la empresa A, no existen dos contratos sino uno porque «*Si bien en un principio se suscribió uno entre la empresa A y el Ayuntamiento de Alpedrete el contrato ddd, al advertir que existían tachaduras o enmiendas en el cuerpo del mismo, se rogó al Ayuntamiento la firma de un nuevo modelo de contrato numerado eee, manifestando el representante de “A” que el anterior sería destruido. La calificación que merece tal operación no es más que una mera corrección de errores respecto de un documento enmendado, con el consentimiento de ambas partes; aún cuando pudiera entenderse que existe una novación o resolución, ésta sería mutuamente acordada, por lo que toda referencia en*

el expediente y en la resolución se realizará respecto del contrato eee, de fecha 3 de noviembre de 2008». Según el citado informe, existe una duplicación en las facturas giradas, el objeto del arrendamiento lo constituyen tres sistemas digitales de control de acceso, junto con el software y la formación a los empleados municipales y no cinco, como manifiesta la empresa arrendadora. Considera inaplicable la cláusula alegada por la arrendadora porque no hay mal funcionamiento o inidoneidad de los equipos, sino ausencia de puesta en funcionamiento y de formación para su utilización. El informe señala que el listado aportado por la empresa “B.” es el almacenaje propio de los datos y que el sistema de control no ha estado nunca operativo. Finalmente, el informe considera que no resulta de aplicación el artículo 2 de las “*Condiciones Generales del Contrato*”, firmadas por la Alcaldesa porque se trata de un contrato administrativo sujeto a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y, en consecuencia, resultan de aplicación las causas de resolución previstas en el artículo 206 de la citada ley (folios 70 a 73).

21.- Cuatro facturas emitidas por la empresa A, con registro de entrada en el Ayuntamiento de Alpedrete el 13 de enero de 2010, correspondientes a los contratos ddd (1044 euros en concepto de alquiler trimestral y 364,37 euros por prima de seguro 2010) y eee (1044 euros en concepto de alquiler trimestral y 364,37 euros por prima de seguro 2010) (folios 74 a 77).

22.- Escrito de rescisión contractual firmado por la empresa A, con relación al contrato ddd, en el que ante la falta de pago por el Ayuntamiento de Alpedrete de los importes adeudados, dan por rescindido el contrato, requieren al Ayuntamiento para la devolución del objeto del arrendamiento por su propia cuenta y riesgo en el plazo de una semana y para el pago de los daños y perjuicios causados que se cuantifican en 12.297,25 euros (folios 79 a 81).

23.- Escrito de rescisión contractual firmado por la empresa A, con relación al contrato eee, en el que ante la falta de pago por el Ayuntamiento de Alpedrete de los importes adeudados, dan por rescindido el mencionado contrato, requieren al Ayuntamiento para la devolución del objeto del arrendamiento por su propia cuenta y riesgo en el plazo de una semana y para el pago de los daños y perjuicios causados que se cuantifican en 12.285,20 euros (folios 82 a 84).

24.- Informe de la Intervención señalando que no consta en la contabilidad la garantía presentada por la empresa A de la adjudicación del contrato de arrendamiento del sistema de control de acceso a las dependencias municipales; que no consta que se haya efectuado pago alguno a la empresa A ni a la empresa B, al no estar aprobadas las facturas presentadas, lo que constituye requisito fundamental para proceder a su pago y que no es posible cuantificar los daños y perjuicios a reclamar a la empresa (folio 85).

25.- Certificado de la Secretaria del Ayuntamiento de 11 de febrero de 2010 haciendo constar que se ha dado a los interesados trámite de audiencia habiendo presentado, en tiempo y forma, alegaciones por la empresa A (folio 86).

26.- Informe del Director del Área Municipal de Deportes de 22 de febrero de 2010 ratificándose en el informe emitido el 23 de noviembre de 2009 (folio 87).

27.- Informe de la Técnico del Departamento de Recursos Humanos de 22 de febrero de 2010, ratificándose el informe emitido el 23 de octubre de 2009 (folio 88).

28.- Informe del Sargento-Jefe de la Policía Local, de 3 de marzo de 2010, ratificándose en el informe emitido el 20 de noviembre de 2003 (folio 89).

29.- Propuesta de resolución de 4 de marzo de 2010 en la que, vista la tramitación del expediente de resolución del contrato de suministros de equipos de control de acceso por una causa imputable al contratista, y siendo que por el mismo se ha formulado oposición se dispone solicitar Dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (folios 90 y 91).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º 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”*.

La solicitud de dictamen por la Alcaldesa de Alpedrete se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley

6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante, LCSP - dispone que: *“(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 195 y 206 y siguientes LCSP, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRLCAP).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cfr.* artículos 195.11 del TRLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista se propusiera la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En el presente caso, se ha concedido el trámite de audiencia a las empresas A y B, formulándose alegaciones sólo por la empresa A. Al no haberse

constituido garantía definitiva del contrato, resulta innecesario el trámite de audiencia al avalista.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL.

Además, se observa que, después del trámite de audiencia y la propuesta de resolución se han incorporado al expediente nuevos informes elaborados por el Letrado Asesor del Ayuntamiento, el Interventor y de los responsables del Departamento de Recursos Humanos, de la Policía Local y del Área Municipal de Deportes.

El trámite de audiencia es esencial en cualquier procedimiento, y como tal, es destacado por la propia Constitución en el art. 105. c) que alude a la regulación legal del procedimiento *“garantizando cuando proceda la audiencia del interesado”*. Si bien, lo esencial, no es tanto que el particular deba ser oído, cuanto que tenga la posibilidad de conocer todas las actuaciones administrativas para poder, después, alegar lo que estime pertinente en defensa de su derecho. Por ello, este trámite tiene lugar una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (art. 11.1 del RRP). La Administración está obligada pues, a poner en conocimiento del interesado el expediente íntegro, salvo como se sabe, las comúnmente denominadas materias clasificadas del art. 37.5 de la Ley 30/1992.

Por tanto, habiéndose incorporado nuevos documentos al expediente con posterioridad al trámite de audiencia, debería haberse dado traslado de los mismos a las empresas interesadas, para que efectuaran sus alegaciones. La omisión de dicho trámite supone un vicio de nulidad del procedimiento. No obstante, en el presente caso y como seguidamente veremos, el expediente ha caducado y, en consecuencia, debería tramitarse uno nuevo.

Por último, y también relativo al procedimiento, es preciso tratar del plazo para la resolución del mismo.

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, ya recogimos en nuestro Dictamen 270/09, de 20 de mayo que *“el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC”*.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el presente expediente está caducado. Si se tiene en cuenta que el Acuerdo de la Alcaldesa por el que se acuerda iniciar la resolución del contrato data de 9 de diciembre de 2009, debería haber concluido antes del 10 de marzo de 2010, y, sin embargo, no se remite el expediente a este Consejo Consultivo hasta el 16 de marzo de 2010, en el que la Alcaldesa firma el oportuno escrito de solicitud, que tiene entrada en la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior el día 18 del mismo mes. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impediría la iniciación de uno nuevo, caso de existir causa legal para ello.

TERCERA.- Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, es necesario examinar el número (uno, según el Ayuntamiento consultante, y dos, según las empresa contratista) y naturaleza del contrato firmado.

El contrato se califica por el Ayuntamiento consultante como un contrato de suministros de equipos de control de acceso del personal que tiene por objeto, según el informe del Letrado Asesor, el arrendamiento de

tres sistemas digitales de control de acceso, junto con el software y la formación a los empleados municipales a su cargo para su utilización.

De los informes incorporados al expediente resulta que hay instalados equipos de control de acceso del personal en la Casa Consistorial, en el edificio de la Policía Local y en el Polideportivo Municipal, por lo que, como mínimo hay tres equipos instalados, además del software. Según el certificado emitido por la empresa B, los aparatos con números de serie aaa y hhh están instalados en el edificio de la Policía, el número ggg en la Casa Consistorial, y el número iii en el polideportivo, existiendo además otro aparato (nº bbb) que iba a ser instalado en la Casa cultural. Tanto las solicitudes de contrato de alquiler como el contrato firmado recogen expresamente la relación de aparatos alquilados y, en concreto, el primer contrato tiene como objeto, además del software D, los aparatos de control aaa y bbb. El segundo contrato, sin embargo, tiene por objeto el alquiler de otros aparatos con número de serie diferentes, con lo que no puede concluirse –como considera el Ayuntamiento consultante– que el segundo documento sea una mera corrección de errores respecto del primer documento en el que existían tachaduras y enmiendas, pues se refiere a un objeto distinto que el primero sin que, además, pueda admitirse la explicación del Ayuntamiento relativa a la conversación con el responsable de la empresa B, pues no consta en el expediente que esta persona tuviera atribuida la representación de la empresa A, con la que el Ayuntamiento celebró el contrato y en el documento de confirmación de entrega (páginas 4 y 13) consta una cláusula en la que se hace constar que *“en relación con la empresa A, tan sólo serán válidos aquellos acuerdos que hayan sido confirmados y firmados por escrito por la empresa A frente al arrendatario”*.

En conclusión, debe partirse de la existencia de dos contratos que tienen como objeto el arrendamiento de dos equipos de control de acceso y un

software, el primero y tres equipos de control de acceso, el segundo. Así resulta de los documentos incorporados al expediente y que han sido firmados por la Alcaldesa de Alpedrete.

Además, interesa a este Consejo precisar la naturaleza y calificación jurídica de los contratos de referencia.

Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 1948/2000, la determinación de la naturaleza y calificación de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas es cuestión que debe dilucidarse atendiendo principalmente a los elementos subjetivos; el carácter y posición con que actuaron las partes; el objeto, alcance y finalidad de los mismos; y si la relación contractual tiende de modo inmediato y directo a la satisfacción de una finalidad de interés público, por lo cual se hace preciso analizar tales elementos para poder deducir la naturaleza del contrato a que se refiere la presente consulta.

En el caso presente, los contratos se adjudicaron por la Alcaldesa de Alpedrete, de donde se deduce el carácter y posición con que las partes actúan: una como particular y otra con la potestad de imperio propia de la Administración. El objeto de los contratos es el arrendamiento de unos controles de acceso del personal del Ayuntamiento en el marco de la potestad de autoorganización del Ayuntamiento de las relaciones profesionales de servicios retribuidos que unen a su personal (funcionario o laboral) con la Administración cuyo fin es el control del cumplimiento del horario de trabajo al que vienen obligados los empleados públicos. Por tanto, la relación contractual celebrada tiende de modo inmediato y directo a la satisfacción de una finalidad de interés público que se erige en causa del contrato, por lo que se dan todos los elementos que la jurisprudencia y la doctrina de este Consejo consideran para encuadrarlo en la esfera de los contratos administrativos.

Afirmado el carácter administrativo de los contratos queda por determinar el tipo contractual en el que se encuadra; esto es, si debe considerarse un contrato administrativo típico de suministro; o si, por el contrario, se trata de un contrato administrativo atípico o especial.

De conformidad con el artículo 5.1 LCSP, *“los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en esta sección”*.

Según el artículo 9.1 LCSP, *“son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.”*, y dispone el apartado 3 del citado precepto que *“en todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: b) Los que tenga por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios”*.

En el presente caso, los contratos tienen por objeto la adquisición de unos equipos de control de acceso y el software necesario para la grabación de los datos, mediante el registro de la huella dactilar del personal que trabaja en las distintas dependencias del Ayuntamiento y ulterior control de presencia del personal.

A la vista de los anteriores preceptos no existe dificultad para determinar que los contratos celebrados a que se refiere la presente consulta son contratos de suministro y, por tanto, de carácter administrativo.

Se observa, no obstante que –pese a tratarse de un contrato administrativo– no se ha tramitado un procedimiento previo de contratación, cuando el artículo 122 LCSP prevé que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas de selección de adjudicación de los contratos previstas en el Capítulo I, del Título I del Libro III de la Ley 30/2007. Si bien, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 122 la única excepción al procedimiento de adjudicación la constituyen los contratos menores que *“podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95. Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”*.

Por tanto, debe considerarse que se trata de dos contratos menores. Estos contratos presentan especialidades en materia de tramitación del expediente de contratación, pues sólo es precisa la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que reglamentariamente se establezcan (artículo 95 LCSP y 72 RCAP). El régimen legal de los contratos menores se configura, claramente, como un tipo contractual de tramitación excepcional, que se limita a exigir, como regla general, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente, omitiéndose toda referencia al cumplimiento del resto de requisitos de tramitación de los contratos administrativos contenidos en el Título Primero del Libro II LCSP.

La efectiva concurrencia de esos elementos definidores del contrato menor, no solo permite a los gestores de la Administración una importante simplificación y agilización de la contratación pública, sino que además, y esto es lo realmente trascendental en la contratación menor, posibilita al órgano de contratación excepcionar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, consagrados en el artículo 1 de la Ley.

Dado, pues, su carácter excepcional, debe comprenderse que la tramitación del contrato menor exige cumplida acreditación de su objeto e importe; requisitos éstos que, si bien son exigibles de cualquier tipo de contrato, en éste son absolutamente relevantes por su carácter definitorio y por constituir factores que condicionan su propia existencia, validez y operatividad, en tanto que se erigen en presupuesto normativo para acudir al régimen jurídico excepcional que le es propio.

En el presente caso, como se ha expuesto anteriormente, existen dos contratos (ddd y eee). El primero tiene por objeto el alquiler de dos equipos C de control de acceso del personal y su software correspondiente, de cuantía 14.400 euros, y cuya entrega se efectuó el 3 de noviembre de 2008. El segundo contrato, tiene por objeto el alquiler de tres equipos C de control de acceso del personal, por cuantía 14.400 euros, y entrega efectuada el 14 de noviembre de 2008, por lo que debe concluirse que se trata de dos contratos menores que serán válidos siempre que no se haya vulnerado la prohibición de fraccionamiento establecida en el artículo 74.2 LCSP que dispone:

“No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”.

La vulneración de este precepto determinaría la nulidad de los contratos celebrados pues, como señala el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 106/2000, *“El fraccionamiento del objeto del contrato supone en casos como el presente la infracción de una norma de ius cogens, que condiciona la validez de los contratos menores a que éstos no excedan de las cuantías establecidas para cada categoría contractual. Y es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado, y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos.*

*En otro caso, descuidando la correcta apreciación y justificación de dicho presupuesto normativo en la tramitación de estos expedientes, se podría incurrir en un verdadero *fraus legis* sorteando, ya sea por error o intencionadamente, una prohibición legal, al reconducir artificiosamente al régimen legal de los contratos menores una contratación que rebase los límites cuantitativos establecidos para su aplicación.*

Consciente de esta problemática, el legislador salió al paso de determinadas prácticas elusorias basadas en el fraccionamiento del objeto del contrato, estableciendo que el expediente debía abarcar la totalidad de su objeto, al tiempo que prohibía dicho fraccionamiento con objeto de disminuir la cuantía del contrato y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda (art. 69, apartados 1 y 2). No obstante lo cual, también contempló los casos en que resultaba admisible el fraccionamiento del contrato y su división en lotes (apartado 3)”.

Las consecuencias que produce la nulidad del contrato se encuentran previstas en el artículo 35.1 LCSP, de cuyo tenor resulta que *“La*

declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Para declarar la nulidad del contrato, en el supuesto de fraccionamiento sería preciso instruir un procedimiento de revisión de oficio de los contratos administrativos pues estarían viciados de nulidad de pleno derecho por la causa prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, a la que a su vez remite el artículo 32 a) LCSP, es decir, por la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Concluido pues, que en el presente expediente se plantea la resolución de dos contratos menores de suministro, será necesaria la tramitación de dos procedimientos de resolución y no de uno solo, debiendo identificarse a cual de los contratos se refiere el procedimiento.

CUARTA.- El Ayuntamiento consultante invoca como causa de resolución del contrato el apartado g) del artículo 206 LCSP que establece prevé como causa de resolución *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.*

La determinación de la esencialidad de una obligación sólo puede realizarse atendiendo a lo establecido en los pliegos o en el contrato, de manera que la resolución del contrato sólo podrá acordarse cuando la obligación incumplida haya sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato, previsión que no estaba contemplada en la legislación anterior.

En el presente caso, al tratarse de un contrato menor, no existen pliegos de contratación y el contrato firmado es un contrato de adhesión a un modelo de Condiciones Generales de Contrato establecido por la empresa A, en el que no figura como causa de resolución la causa invocada por el Ayuntamiento, consistente en la falta de puesta en marcha o funcionamiento y de formación para su utilización.

En este sentido, el contrato firmado por el Ayuntamiento establece que *“el arrendador no responderá de la inidoneidad, funcionamiento o estado de los bienes, así como de los daños y perjuicios que los vicios ocultos de los mismos produjesen. En este sentido, el arrendador cederá al arrendatario todas las acciones que ostenta frente al vendedor y/o proveedor, quedando el arrendatario obligado a ejercer los derechos de garantía que le han sido cedidos en nombre propio y de forma inmediata”* (folios 2 y 11).

En los documentos de confirmación de entrega, también firmados por el Ayuntamiento se hace constar que *“2. El objeto de arrendamiento está en estado correcto y apto para su uso y funcionamiento correcto; 3. El objeto se ha entregado de forma completa. He/hemos verificado que se halla completo y en correcto funcionamiento”* (folios 4 y 13).

Finalmente, el artículo 5 de las Condiciones Generales del Arrendamiento, también firmadas por el Ayuntamiento consultante establece que *“la entrega, el montaje y la puesta en marcha o funcionamiento del bien arrendado se realizarán por cuenta y riesgo del arrendatario. El arrendador tan solo responderá de la entrega no efectuada a tiempo o no efectuada debidamente en el caso de que resulte responsable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de las presentes condiciones generales”*. El apartado 2 del mismo artículo sólo prevé como derecho del arrendatario de apartarse del contrato de arrendamiento con arreglo a las disposiciones legales españolas aplicables, el caso de demora en

la prestación del arrendador o de imposibilidad de la prestación imputable al arrendador.

En conclusión, a la vista de los contratos firmados por el Ayuntamiento no es posible alegar, como causa de resolución, la prevista en el artículo 206 g), que debió haberse previsto expresamente en el contrato.

En mérito a todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El expediente de resolución del contrato ha caducado.

Segunda.- Deberían tramitarse dos procedimientos de resolución, al ser dos los contratos celebrados.

Tercera.- No procedería la causa de resolución de contrato invocada por el Ayuntamiento consultante.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 21 de abril de 2010