

Dictamen nº: **349/20**
Consulta: **Rector de la Universidad Complutense de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **25.08.20**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 25 de agosto de 2020, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Complutense de Madrid, a través del consejero de Ciencia, Universidades e Innovación, al amparo del artículo 5.3.d) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución de los contratos relativos a los lotes 2 y 4 del contrato de prestación del servicio de bar-cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de julio de 2020 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución de los contratos relativos a los lotes 2 (Facultad de Ciencias Matemáticas y Facultad de Ciencias Físicas) y 4 (Facultad de Ciencias Políticas y Sociología) del contrato de prestación del servicio de bar cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación, correspondiendo la ponencia al Letrado Vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la

oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en la reunión de la Sección, en su sesión de 25 de agosto de 2020.

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

1. El 25 de octubre de 2017 se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato administrativo especial de prestación del servicio de bar cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. El citado contrato se dividía en seis lotes referidos a distintas facultades y un colegio mayor. El contrato no suponía gasto para la Administración y el contratista debía abonar un canon fijándose en los pliegos un canon mínimo anual para cada uno de los lotes que, en el caso de los lotes 2 y 4, era de 24.200 y 36.300 euros (IVA incluido) respectivamente.

2. Tras la oportuna tramitación, los lotes 2 y 4 se adjudicaron a Tecnología Alimentaria Catering 4 y 5 S.L.U (en adelante, la contratista). En concreto, consta en la documentación remitida que el lote 2 se adjudicó el 20 de febrero de 2018 (sic) formalizándose el contrato el 5 de febrero de 2018 y el lote 4 se adjudicó el 29 de enero de 2018 y se formalizó el contrato con fecha 1 de febrero de 2018. En ambos casos, los contratos tendrían una duración de tres años y el canon contractual sería de 26.500 euros IVA incluido en el lote 2 y de 48.900 euros IVA incluido en el lote 4.

3. Constan en el expediente una serie de correos electrónicos relativos a ciertas incidencias en la prestación del servicio en la cafetería de la Facultad de Físicas. En concreto:

- Correo de 28 de septiembre de 2018 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a los servicios centrales de la Universidad Complutense en el que se denuncia la falta de personal en el servicio de menú en horas punta y esta falta de personal provoca limpieza insuficiente en mesas y utensilios. Asimismo hay pocas existencias de alimentos y poca variedad en los menús.

- Correo de 23 de abril de 2019 de la Gerente de la Facultad de Físicas en el que comunica a la contratista que los cambios/disminución de personal están provocando un notable empeoramiento del servicio en tanto que los pliegos exigen que se disponga del personal necesario para la prestación del servicio.

- Correo de 30 de abril de 2019 de la Gerente de la Facultad de Físicas a la contratista en el que indica su sorpresa por el hecho de que se hayan instalado dos cámaras de vigilancia en la cafetería sin autorización de la dirección del centro y recuerda a la contratista que continúa recibiendo quejas del alumnado y del personal de la Facultad relativas al mal funcionamiento de la cafetería (vajilla de plástico, comida escasa, poca variedad, falta de personal). Indica que esta situación se mantiene en el tiempo y, si no mejora, se pondrá en conocimiento del Rectorado.

- Correo de 30 de abril de 2019 de la Gerente de la Facultad de Físicas a la contratista en el que indica la necesidad de arreglar el quemador derecho y colocar en otro lugar el horno de convección. Asimismo, si no se repara la campana de extracción y se limpia adecuadamente seguirá habiendo problemas con el detector de gas.

- Correo de 7 de mayo de 2019 de la contratista en el que justifica la instalación de cámaras de seguridad por la necesidad de prevenir la sustracción de efectivo y género por parte de sus trabajadores y considera que la oferta de platos supera lo exigido por el pliego. Asimismo destaca

que el traslado de personal se debe a cuestiones organizativas. Por último destaca las pérdidas económicas que supone el contrato.

- Correo de 28 de septiembre de 2018 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a los servicios centrales de la Universidad Complutense en el que informa que no se está cumpliendo el contrato en lo relativo al personal pese a que en los meses de junio y julio se siguen realizando actividades en la Facultad. Se adjuntan correos dirigidos a la empresa el 11 de junio de 2019 en el que se denuncia la colocación de un cartel indicando que no hay servicio de plancha.

- Correo de 17 de junio de 2019 de la contratista al que se adjunta un informe sobre la situación de la cafetería de la Facultad de Físicas en el que se indican algunas de las medidas adoptadas y se expone que la bajada de ventas hace insostenible el mantenimiento de la plantilla tal y como solicita la Gerencia de la Facultad.

- Correo de 18 de junio de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a la contratista en el que se contesta el informe anterior pidiendo información sobre la reparación de la plancha, sobre el cambio de detector de gas e insistiendo en que la escasez de la comida ha llegado a plantearse en la Junta de Facultad.

- Correo de 8 de septiembre de 2019 de la contratista en el que se exponen diversas mejoras realizadas.

- Correo de 9 de septiembre de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Físicas en el que se vuelven a plantear problemas con la plancha y contestación de la contratista.

- Correo de 17 de septiembre de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a la contratista en el que pide información sobre determinados aspectos de la gestión de la cafetería (precios, limpieza, etc.) y contestación de la contratista con esa misma fecha.

- Correo de 17 de septiembre de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a la contratista en el que se insiste que se reciben numerosas quejas por el funcionamiento de la cafetería (falta de postre).

- Correo de 14 de octubre de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a la contratista en el que se indica que hay quejas por falta de comida, pan y fruta. Contestación de esa fecha de la contratista.

- Correo de 9 de enero de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Físicas a la contratista en el que indica que los precios de las máquinas no se han actualizado y que los trabajadores de la cafetería no han cobrado el sueldo ni la paga de Navidad.

Asimismo consta un informe de la Gerencia de la Facultad de Físicas de 3 de febrero de 2020 en el que se recogen una serie de deficiencias en la prestación del Servicio.

4. Se recogen (documento 5 del expediente) diversas incidencias en la ejecución del contrato relativas a la Facultad de Ciencias Matemáticas.

- Correo de 6 de mayo de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Ciencias Matemáticas a los servicios centrales de la Universidad en el que se relatan problemas que no han podido ser solucionados pese a las reuniones con la contratista. En concreto: falta de personal, incumplimiento de horarios, falta de vajilla, ausencia de hojas de reclamación, poca variedad del menú que es muy repetitivo y con tiempo de espera que llega a 20 minutos, colocación de una cámara de vigilancia sin autorización.

- Actas (incompletas) de visita de inspección a la cafetería de la Facultad de Ciencias Matemáticas por la Comisión de Cafetería

constituida en Junta de Facultad los días 30 de mayo y 5 de julio de 2019 en las que se constatan diversas irregularidades.

- Correos de 30 de septiembre y 7 de octubre de 2019 de la Gerencia de la Facultad de Ciencias Matemáticas a la contratista y a los servicios centrales de la Universidad en el que indica que la cafetería se encuentra desabastecida de género como pan, napolitanas, etc.

- Correo de 5 de noviembre de 2019 de la Gerencia de la Facultad a la contratista y a los servicios centrales de la Universidad en el que se solicita la reparación del calentador y del horno de la cafetería de alumnos y de la cámara de hielo existente en la cafetería de la 3ª planta.

Asimismo consta un informe de la Gerencia de la Facultad de Ciencias Matemáticas de 3 de febrero de 2020 en el que se recogen una serie de incumplimientos de los apartados 6.1 y 6.2 del pliego de cláusulas administrativas y anexo 11 del pliego de prescripciones técnicas en lo relativo al personal adscrito a la prestación del servicio.

5. Se recogen (documento 6 del expediente) diversas incidencias en la ejecución del contrato relativas a la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.

- Correos de la Gerencia de la Facultad a la contratista y a los servicios centrales de la Universidad de 3, 6 y 13 de septiembre de 2018 en los que se exponen los problemas en la cafetería por falta de personal y no prestación del servicio de comida por esa causa que han originado numerosas quejas. Contestación de la contratista de 13 de septiembre en el que alude a la disminución de ingresos y a las obras en la cafetería como causas de los problemas.

- Correo de la Gerencia de la Facultad a la contratista y a los servicios centrales de la Universidad de 6 de noviembre de 2018 en el que indica que los problemas no se han solucionado pese a las reuniones con

la contratista habiéndose recibido firmas y colocado carteles en la Facultad protestando por el servicio.

- Correos de la Gerencia de la Facultad a la contratista y a los servicios centrales de la Universidad de 6 de noviembre de 2018, 20 de febrero, 10 de julio y 17 de septiembre de 2019 en los que se recogen problemas en el funcionamiento por falta de personal, pago de la mitad del canon sin mejoría del servicio, grabación de la cámara pese a la opinión contraria de Protección de Datos, falta de vajilla y de fruta con quejas por parte de la comunidad universitaria.

- Encuesta de satisfacción de los usuarios de las cafeterías de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología e informe (incompleto) de la Delegación de Estudiantes de la Facultad sobre el servicio de bar-cafetería.

Asimismo constan informes de la Gerencia de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de 16 de enero y 4 de marzo de 2020 en el que se recogen una serie de incumplimientos en materia de personal, falta de exposición de las tarifas de precios, limpieza de las instalaciones, calidad y variedad de los productos y horarios.

6. Consta un correo electrónico de 25 de julio de 2019 de la contratista a los servicios centrales de la Universidad Complutense en el que expone una serie de medidas para mejorar el funcionamiento de las cafeterías si bien advierte que en el caso de las Facultades de Ciencias Físicas y Matemáticas se trata de dos cafeterías que no son sostenibles con el contrato actual por lo que necesitarían finalizar el contrato de mutuo acuerdo con vistas al final de 2019 y aprovechando las vacaciones que se adjudicase un nuevo contrato con condiciones más realistas.

7. Figuran en el expediente (documento 7) las actas de una serie de reuniones (19 de noviembre y 19 de diciembre de 2018, 177 de

julio de 2019) entre personal de la Universidad y la contratista en las que se exponen los problemas que están surgiendo en la ejecución del contrato y se formulan diversas soluciones a los mismos.

8. El 21 de enero de 2020 se solicita a la contratista que, conforme establece el punto 6.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, aporte los recibos salariales y las liquidaciones de la Seguridad Social de los trabajadores. Consta asimismo diversa documentación (documento 9) relativa a una huelga de los trabajadores de la contratista por falta de pago de los salarios e incumplimiento del convenio.

9. El documento 10 del expediente contiene diversas reclamaciones de la Universidad Complutense a la contratista para que abone el canon contractual correspondiente a los años 2018 y 2019. Consta a este respecto un correo electrónico de la contratista de 3 de octubre de 2019 en el que propone un calendario de pagos.

10. El 18 de febrero de 2020 el gerente de la Universidad Complutense acuerda el inicio del procedimiento de resolución de los contratos por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales y otras causas de resolución previstas en el contrato conforme lo establecido en el artículo 223 f) y h) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

En concreto se recogen las siguientes causas de resolución:

- Lote 2

*Incumplimiento de obligaciones esenciales (falta de disponibilidad del personal adscrito al contrato e incumplimiento de la obligación de comunicar las altas y bajas, suciedad de la campana de extracción, mal funcionamiento de las máquinas expendedoras de tickets).

*Causas expresamente previstas en el contrato (falta de pago del canon, falta de variedad en los menús y poca existencia de alimentos, incumplimiento del horario de prestación del servicio, instalación de cámaras de videovigilancia, falta de menaje, incumplimiento de la obligación de separación selectiva de residuos, desabastecimiento de productos).

-Lote 4

*Incumplimiento de obligaciones esenciales (falta de disponibilidad del personal adscrito al contrato e incumplimiento de la obligación de comunicar las altas y bajas).

*Causas expresamente previstas en el contrato (falta de pago del canon, incumplimiento de horarios, instalación de cámaras de videovigilancia, falta de exposición de la lista de precios, incumplimiento de los precios máximos establecidos, incumplimiento en la oferta de productos que figuran como básicos en el pliego de prescripciones técnicas).

Se concede plazo para formular alegaciones a la contratista, al avalista y al asegurador. Constan las notificaciones a la contratista, a Aval Madrid SGR y a Bankinter.

11. El 2 de marzo de 2020 se formulan alegaciones por la contratista.

En el mismo considera sorprendente el inicio del procedimiento de resolución cuando, según afirma, un mes antes presentó tras consensuarlo con la Universidad, un escrito pidiendo la resolución de mutuo acuerdo al no ser el contrato económicamente sostenible.

Rechaza que hayan existido los incumplimientos alegados para fundamentar la resolución ni que estos tengan la condición de obligaciones esenciales incumplidas.

En cuanto al pago del canon considera que lo procedente es proceder al reequilibrio económico de las prestaciones al resultar la ejecución del contrato antieconómica para la empresa.

Rechaza que procede la incautación de la garantía sin que previamente se hayan valorado los daños y perjuicios causados.

12. El 15 de abril de 2020 emite informe la Asesoría Jurídica de la Universidad Complutense en el que considera que se han acreditado los incumplimientos contractuales recogidos en el acuerdo de inicio. Frente a lo alegado por la contratista considera que tales incumplimientos lo son de obligaciones declaradas esenciales en los pliegos o bien están expresamente previstos en los pliegos como causas específicas de resolución.

Entiende que procede la incautación automática de la garantía al preverlo así el pliego de prescripciones técnicas y condiciona la aplicación de la garantía destinada al pago de los salarios de los trabajadores a que se acredite dicho incumplimiento.

13. El 29 de mayo de 2020 emite informe complementario la Asesoría Jurídica de la Universidad Complutense en el que indica que, pese a lo recogido en el informe inicial, no es necesario el informe de la Intervención al no recogerlo el acuerdo de inicio.

14. Constan en el documento 19 (folios 315-421) una serie de documentos relativos al pago de las nóminas del personal de la contratista.

15. El 16 de julio de 2020 el gerente de la Universidad Complutense formula una propuesta de resolución en la que se propone resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales y otras causas de resolución establecidas en el pliego con incautación de la garantía definitiva e iniciar un expediente contradictorio para la incautación de la garantía constituida para responder del incumplimiento de la obligación de abonar los salarios a los trabajadores en el caso de subsistir tal incumplimiento.

16. Con esa misma fecha se acuerda la suspensión del plazo para resolver por el tiempo que medie entre la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y la recepción del mismo así como comunicar tal resolución a la contratista y los avalistas.

17. El 17 de julio de 2020 el rector de la Universidad Complutense de Madrid solicita el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid a través de la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación.

TERCERO.- El rector de la Universidad Complutense de Madrid formula preceptiva consulta por trámite ordinario, a través del consejero de Ciencia, Universidades e Innovación que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 24 de julio de 2020, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en la Sección de la Comisión en su sesión de 25 de agosto de 2020.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

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 las Universidades públicas 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.d) del ROFCJA.

SEGUNDA.- Los contratos cuya resolución se pretende se adjudicaron, en el caso del lote 2 el 20 de febrero de 2018 en lo que parece un error pues el contrato se formalizó el 5 de ese mes y el del lote 4 se adjudicó el 29 de enero de 2018 y se formalizó el 1 de febrero de ese año. De esta forma resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) en cuanto normativa vigente en dicho momento tal y como dispone la disposición transitoria 1ª apartado 2 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 (LCSP/17) puesto que la adjudicación de ambos contratos tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley (9 de marzo de 2018).

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSPP dispone que “*dentro*

de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”.

En este caso, el órgano de contratación es el rector conforme lo dispuesto en el artículo 199 de los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid aprobados por Decreto 32/2017, de 21 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid, sin perjuicio de posibles delegaciones.

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 (esto es, el 18 de febrero de 2020), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme la disposición final 3ª del TRLCSP, la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En particular, el artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGLCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a

dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por convenientes, y de las avalistas que no han presentado escrito de alegaciones. Constan en el expediente las notificaciones realizadas a las avalistas Aval Madrid SGR y Bankinter.

Se ha emitido el informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad Complutense conforme establece el artículo 191.2 de la LCSP/17, de aplicación supletoria en el presente caso.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece un plazo máximo para resolver de ocho meses.

El presente procedimiento se inició el 18 de febrero pasado y se ha visto afectado por la suspensión de plazos administrativos establecida por la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 vigente desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 1 de junio de 2020 (disposición derogatoria única.2 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la

situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19). Por ello el procedimiento no ha caducado a lo que ha de sumarse que, por resolución de 20 de julio de 2020, se ha suspendido el plazo para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la LPAC.

TERCERA.- La propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato toda vez que la contratista en ambos contratos ha incurrido en diversas causas de resolución, en concreto, ha incumplido obligaciones esenciales conforme el artículo 223 f) del TRLCAP así como otras causas de resolución previstas como tales en los pliegos de acuerdo con el artículo 223 h) del citado texto legal.

A estos efectos ha de recordarse que el punto 6 del pliego de prescripciones técnicas bajo la rúbrica “*Obligaciones del contratista en la prestación del servicio. Condiciones especiales de ejecución. Obligaciones contractuales esenciales*” aparecen las obligaciones del contratista en cuanto a: disponer de la organización y del personal necesario para la correcta ejecución del contrato; cumplir la legislación fiscal, laboral, de Seguridad Social y en general todas las obligaciones derivadas de su condición de empresario así como la legislación vigente en materia de seguridad e higiene; comunicar a la Gerencia del centro cualquier alta o baja de los trabajadores que presten servicio en cada centro de trabajo así como cualquier modificación de las condiciones laborales y salariales; mantener las dependencias e instalaciones en perfectas condiciones de higiene; mantener en perfectas condiciones de uso los locales instalaciones y mobiliario propiedad de la Universidad y reponer cualquier elemento de la maquinaria que se extravíe, rompa o deteriore; disponer de hojas de reclamaciones; cuidar del buen orden del servicio.

Según dicho punto 6, el incumplimiento de las obligaciones dará lugar a la resolución del contrato con incautación de la garantía sin perjuicio del resarcimiento de los daños ocasionados a la Universidad. Esta previsión se reitera en el punto 14 del pliego de prescripciones que

añade que el órgano de contratación podrá emplear específicamente el importe de la garantía depositada para el pago de salarios y cotizaciones sociales a los trabajadores si esa circunstancia se produce como consecuencia de la situación de insolvencia del empleador, resolución contractual o reversión del servicio.

Por otra parte, la cláusula 41 del pliego de cláusulas administrativas recoge una serie de causas específicas de resolución del contrato:

- El incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente pliego o en el resto de los documentos contractuales y, en especial, el incumplimiento de las prestaciones incluidas en su proposición.

- La reiterada deficiencia en la ejecución de las prestaciones establecida mediante tres amonestaciones escritas durante la vigencia del contrato por el decano, gerente o persona en quien deleguen a propuesta de la Comisión de Seguimiento del bar-cafetería que, en su caso, se establezca en cada centro.

- La falta de pago de los salarios a los trabajadores y de las cuotas a la Seguridad Social.

- El retraso en el pago del canon por un plazo superior a tres meses.

Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, a lo largo de la ejecución del contrato se han producido numerosas deficiencias, algunas de las cuales suponen el incumplimiento de obligaciones esenciales establecidas como tales en los pliegos, así, por ejemplo, el traslado de trabajadores sin comunicarlo a la Universidad, incumplimiento de obligaciones de limpieza y otros incumplimientos que afectan al buen orden del servicio como la falta de prestación de servicios por falta de personal, incumplimiento de horarios, desabastecimiento de productos en la cafetería, tiempos de espera excesivos, etc.

A su vez hay otros incumplimientos que están previstos en los pliegos como causas específicas de resolución tales como la falta de abono de los salarios a los trabajadores y el retraso en más de tres meses en el abono del canon.

Resulta especialmente relevante que la contratista no niega sustancialmente estos hechos, sino que más bien considera que no revisten el incumplimiento de obligaciones esenciales y considera, de otro lado, que los contratos presentan una situación deficitaria que exigiría el reequilibrio económico de los mismos, reequilibrio que invoca a la hora de justificar el impago del mismo, hecho que reconoce expresamente (folio 276).

Tal y como se ha indicado, varios de los incumplimientos encajan específicamente en las obligaciones esenciales expresamente calificadas como tales en el pliego de prescripciones técnicas a lo que ha de sumarse que los múltiples incumplimientos permiten entender que el contrato no está cumpliendo el fin al que está ordenado por lo que es necesaria su resolución para el correcto funcionamiento del servicio público universitario en el que se inserta.

En este sentido, y respecto a las alegaciones formuladas por la contratista, ha de recordarse que la mera solicitud de la resolución por mutuo acuerdo no permite eximirse de las obligaciones contractuales ni de que la Administración pueda iniciar un procedimiento de resolución por incumplimiento ya que no estamos ante una concurrencia de causas de resolución precisamente porque la resolución por mutuo acuerdo exige la conformidad de la Administración.

De otro lado se alude al necesario restablecimiento del reequilibrio económico del contrato como causa justificativa de los incumplimientos y de la resolución por mutuo acuerdo solicitada por la contratista.

El artículo 215 del TRLCSP establece el principio del riesgo y ventura en la ejecución de los contratos siendo recogido en la cláusula 18 del pliego de cláusulas administrativas.

Ello significa que la falta de rentabilidad del contrato no puede ser invocada por el contratista para justificar los incumplimientos contractuales. El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre de 2015 (rec. 2785/2014) y 20 de julio de 2016 (rec. 339/2015) ha establecido que: 1) el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa; 2) la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista y esa aleatoriedad significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación; 3) en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("*ius variandi*" o "*factum principis*"), o por hechos que se consideran "*extramuros*" del normal "*alea*" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "*ius variandi*", "*factum principis*" y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

En este caso no ha existido ninguna actuación de la Administración o fuerza mayor que haya desequilibrado el contrato. El hecho de que el contratista no haya obtenido los beneficios que deseaba puede deberse tanto al riesgo existente en todo contrato como, incluso, a su mala gestión tal y como puede inferirse de los correos electrónicos en los que los gerentes de las facultades manifiestan que reciben numerosas quejas de los usuarios por el mal funcionamiento de las cafeterías.

Por tanto no cabe entender que las alegaciones de la contratista puedan desvirtuar las causas justificativas de la resolución contractual invocadas por la Universidad sino que más bien las confirman.

CUARTA.- Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

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 del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 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.

El citado artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP) y a diferencia que lo que prevé el artículo 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público 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.

Sin embargo, en el contrato que examinamos concurre una particularidad, y es que la incautación de la garantía –a diferencia de los casos que han motivado la doctrina recién expuesta- está prevista expresamente en los pliegos que rigen la licitación, al señalar el pliego de prescripciones técnicas que el incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones contenidas en el pliego dará lugar a la resolución del contrato “*con incautación de la garantía*”.

Esta expresa previsión, tal como hemos afirmado en los dictámenes 64/17, de 9 de febrero, y 173/17, de 4 de mayo, en circunstancias análogas, permite su aplicación automática, sin perjuicio de que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culpable, en el caso de que el importe de éstos supere el de la garantía en su día formalizada.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de los contratos relativos a los lotes 2 y 4 del contrato de prestación del servicio de bar cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid.

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

Madrid, a 25 de agosto de 2020

La vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 349/20

Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Complutense de Madrid

Avda. Séneca, 2 – 28040 Madrid