

Dictamen nº: **517/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **29.11.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 29 de noviembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por la Alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a través de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno, sobre resolución del contrato de *“servicio de atención y acompañamiento social a personas en situación de vulnerabilidad residencial en el Distrito de Chamberí. Proyecto Pasarelas”* (Expediente 300/2017/01680) adjudicado a PROVIRE PRODUCTOS, S.L. (en adelante, *“la contratista”*).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de octubre de 2018 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por la Alcaldesa de Madrid a través de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de contrato de *“servicio de atención y acompañamiento social a personas en situación de vulnerabilidad residencial en el Distrito de Chamberí. Proyecto Pasarelas”*.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora con el nº 477/18, a la letrado vocal Dña. M.^a del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión en su sesión de 29 de noviembre de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de documentación en soporte CD, que se consideró suficiente.

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

1. Mediante Decreto de 28 de diciembre de 2017, del concejal presidente del Distrito de Chamberí -actuando por delegación por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 29 de octubre de 2015- se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas particulares (PPT) que habían de regir la adjudicación y ejecución del contrato denominado “*servicio de atención y acompañamiento social a personas en situación de vulnerabilidad residencial en el Distrito de Chamberí. “Proyecto Pasarelas”*”, (Exp. 300/2017/01680), con un presupuesto total de 365.468,37 euros. Asimismo, se aprobó el gasto preciso, el expediente de contratación y se acordó la apertura del procedimiento de adjudicación.

Del contenido de los pliegos podemos destacar determinadas cláusulas.

Por una parte, el PCAP establece en su cláusula 1 el régimen jurídico del contrato que tiene carácter administrativo y afirma que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en el de prescripciones técnicas particulares. Ambos pliegos tienen carácter contractual, por lo que deberán ser firmados, en prueba de

conformidad por el adjudicatario, en el mismo acto de formalización del contrato.

La cláusula 2 del PCAP -capacidad para contratar- se remite al apartado 12 del anexo I que establece, entre otras cuestiones, el:

“Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales o materiales: Los licitadores deberán incluir, acompañando a los documentos acreditativos de la solvencia exigida, compromiso de adscripción o dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución del contrato, en los términos previstos en la cláusula 3ª “Recursos Humanos y materiales” del pliego de prescripciones técnicas.

Este compromiso de adscripción es obligación contractual esencial”.

La cláusula 3 del PCAP regula el objeto del contrato por remisión a la ejecución de los servicios descritos en el apartado 1 del Anexo I (*“la prestación del servicio de alojamientos temporales en viviendas compartidas, acompañado de un proyecto individualizado de intervención social, a personas o unidades familiares afectadas por pérdida de vivienda, que les proporcione el soporte profesional, técnico, material y de estabilidad residencial necesaria para normalizar su situación”*) y definido en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

La cláusula 14 del PCAP, relativa a la resolución del contrato, prevé como causas de resolución, las recogidas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP, así como: *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.*

Establece que: *“En los casos de resolución 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. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Y se remite a la ley para todo los demás aspectos.

La cláusula 28 del PCAP -modificación del contrato- indica:

“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público cuando así lo haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 del TRLCSP.

Procederá la modificación del contrato en los términos previstos en el artículo 106 del TRLCSP, cuando así se haya previsto en el apartado 19 del Anexo I al presente pliego...”.

En el apartado 19 del Anexo 1 figura: *“Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 106 del TRLCSP) Procede: NO”.*

Por otra parte, en el PPT, mientras su cláusula primera reitera el objeto del contrato recogido en el PCAP, la cláusula segunda fija las características del servicio y funcionamiento que determina, entre otras cuestiones, las características de las viviendas *“ubicadas en el distrito de Chamberí”.*

La cláusula tercera del PPT regula los recursos humanos y materiales y respecto a éstos:

“b) Recursos materiales: (...)

En cuanto al Servicio Temporal de Viviendas:

La empresa adjudicataria deberá proporcionar tres viviendas, ubicadas en el Distrito de Chamberí totalmente equipadas de mobiliario y enseres.

Las viviendas de, al menos, 90 m² de superficie, deberán disponer de 3 dormitorios, 2 baños, cocina y salón y estar a una distancia aproximada de 15 minutos andando al transporte público.

Las viviendas deberán contar con, al menos, el siguiente equipamiento: ...”.

Entre las obligaciones de la entidad adjudicataria recogidas en la cláusula sexta del PPT se encuentra la de *“Desarrollar y ejecutar los contenidos especificados en el presente contrato de manera diligente y disponer de todos los medios y recursos, tanto humanos como materiales, necesarios para la correcta ejecución del mismo”.*

2. Por Decreto de 9 de marzo de 2018 se adecuaron las anualidades del contrato y se adjudicó a la contratista por un importe de 313.571,37 euros (IVA incluido), por un plazo de 24 meses, siendo el día 16 de abril de 2018, la fecha prevista de inicio.

3. El 13 de abril de 2018 se formalizó el contrato. La garantía definitiva, por importe de 16.612,20 euros, se constituyó mediante aval el 28 de febrero de 2018.

4. El 17 de mayo de 2018 emitió informe la jefa del Departamento Jurídico de la Sección de Contratación relativo a la propuesta de requerimiento de acreditación de la efectiva disposición de medios en el contrato en el que se indicaba que, la contratista, siendo la empresa propuesta como adjudicataria y dando cumplimiento al requerimiento del órgano de contratación previsto en el artículo 151 del TRLCSP, aportó el 1 de marzo de 2018 con carácter previo a la adjudicación del contrato, el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales requerido, toda vez que en el momento de aportar la documentación administrativa presentó la declaración responsable relativa al cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la administración (anexo VIII del PCAP). Asimismo, señala que por el Departamento de Servicios Sociales se informa con fecha 16 de mayo la no adscripción al contrato de las tres viviendas requeridas en el PPT, medios materiales que suponen una obligación contractual esencial. Por último, indica que el órgano de contratación es la Concejala Presidenta del Distrito, competente según el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 29 de octubre de 2015 (BOCM 10/11/2015).

5. Por Decreto de 17 de mayo de 2018 se requirió al contratista para que presentara la documentación acreditativa de que disponía de los medios materiales suficientes para la ejecución del contrato y, en concreto, las viviendas requeridas en el PPT.

6. El 4 de junio de 2018, la contratista alegó que ni en el pliego ni en el contrato la disposición de medios materiales se configuró como un requisito previo o condición esencial; que el Ayuntamiento no les había pagado cantidad alguna con cargo al proyecto; que debía ponderarse la incidencia, sobrevenida o imprevista, consistente en la imposibilidad de proceder al alquiler de las viviendas solicitadas debido al auge del alquiler turístico y a la negativa de los propietarios de las viviendas

visitadas para el alquiler a su empresa si los destinatarios eran personas en situación de vulnerabilidad residencial.

Manifestaba que, de esa incidencia y del estigma que ese proyecto tenía, era consciente el Ayuntamiento hasta el punto de promover en otros contratos idénticos que fuera la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid (EMVS) el suministrador de los pisos por lo que interesaban se procediera a facilitar en igualdad de condiciones el acceso a la EMVS para planificar el proyecto *“ante el hecho impeditivo que ningún particular –en su sano juicio– alquila a personas en situaciones de vulnerabilidad tenga o no el aval del Ayuntamiento. Es decir, nos encontramos ante una obligación que además de no ser esencial es de imposible cumplimiento y por lo tanto ineficaz, por lo que debe reformarse en el sentido indicado”*. Aporta un *“informe de seguimiento”* en el que detalla las búsquedas de pisos realizadas y concluye: *“como se ha podido demostrar en este informe, la búsqueda ha sido exhaustiva y constante, tratando de encontrar la mejor vivienda para el proyecto”*.

7. El 16 de julio de 2018 la jefa del Departamento de Servicios Sociales hizo un informe sobre la ejecución del contrato con el que se inició un trámite de interpretación del mismo.

Señalaba que la adjudicataria había manifestado en reiteradas ocasiones haberse encontrado con serias dificultades para poder alquilar las viviendas descritas en el contrato y que, en esa fecha, la empresa ponía a disposición del Ayuntamiento, para la ejecución del servicio, cuatro viviendas que sumaban en total una superficie aproximada equivalente a la prevista en la cláusula 3ª del PPT y una habitación más que el conjunto de las exigidas en ella, pudiendo entenderse que reunían las condiciones necesarias para responder a las necesidades planteadas en el objeto del contrato. Por todo lo cual, estimaba que con las características de los alojamientos disponibles, se

podía desarrollar el servicio previsto respondiendo adecuadamente al objeto del mismo e informaba de manera favorable que se pudiera realizar una interpretación del contrato y seguir los trámites para su ejecución efectiva.

8. El 16 de julio de 2018 el Departamento Jurídico elaboró un informe propuesta en los términos del informe citado en el punto anterior.

9. El 24 de julio de 2018 la Asesoría Jurídica informó que en el punto 1 del anexo I del PCAP y en la cláusula 3ª b del PPT se determinan de forma exacta las características de la vivienda a aportar. Consideró que la procedencia de una interpretación del pliego requiere como premisa fundamental, la existencia de una cláusula oscura o de una laguna en el régimen jurídico del contrato.

Con cita del artículo 1.281 del Código Civil aseveró que *“...los términos del PPTP respecto a las características físicas de las viviendas a aportar son absolutamente claros, refiriéndose de forma inequívoca a las que deben cumplir cada vivienda, no el conjunto de las aportadas”*.

Por todo ello, consideró que *“no procede interpretar de otra manera la aludida cláusula. Lo contrario supondría una modificación de los términos del contrato,...”*.

10. El 27 de julio de 2018 la contratista presentó en el registro municipal un escrito al que adjuntó copia de las autorizaciones de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (en adelante, AMTA) para arrendamiento de tres inmuebles en la zona de Chamberí.

11. Por diligencia de 10 de septiembre de 2018, a la vista del informe emitido por la Asesoría Jurídica, en el que se considera la no procedencia de la interpretación de la cláusula que se pretendía, toda vez que los términos de la misma son absolutamente claros y no dejan

lugar a dudas ni a interpretación, se archivaron las actuaciones referentes a la misma respecto del presente contrato.

TERCERO.- 1. El 19 de julio de 2018 emitió informe la Asesoría Jurídica sobre la resolución del contrato en el que *“entiende, tal y como recoge la Propuesta de resolución del Coordinador del Distrito, que se propone la resolución del contrato conforme a la letra f) del artículo 223 TRLCSP. No se menciona aspecto alguno relativo a la garantía o a los perjuicios causados al Consistorio. Así, se propone la resolución sin ningún otro efecto”*. Por lo que, después de reproducir el contenido del artículo 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), *“considera necesario incluir en el presente expediente una adecuada justificación de la existencia o ausencia de daños y perjuicios en el caso que nos ocupa a la vista de las necesidades administrativas que pretendían cubrirse con este contrato”*.

2. El 2 de agosto de 2018, la jefa de Departamento de Servicios Sociales emitió informe propuesta de resolución del contrato en el que recogió los antecedentes de hecho mencionados. Resalta que en la cláusula 12ª del Anexo I del PCAP se recoge el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios materiales suficientes para la ejecución del contrato, en los términos previstos en la cláusula 3ª del PPT. Este compromiso de adscripción es una obligación contractual esencial. La cláusula 3ª del PPT, señala, entre otros, los siguientes medios materiales: *“En cuanto al Servicio Temporal de Viviendas: La empresa adjudicataria deberá proporcionar tres viviendas, ubicadas en el Distrito de Chamberí totalmente equipadas de mobiliario y enseres”*.

Destaca que, al día de la fecha, la empresa adjudicataria continúa sin poner a disposición del Distrito las tres viviendas requeridas. Siendo el Servicio Temporal de Viviendas una obligación contractual esencial y

ante el incumplimiento por el adjudicatario de la misma, propone la resolución del contrato conforme a lo previsto en el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP.

En relación a la apreciación de culpabilidad por parte del adjudicatario informó que ha incumplido, desde el inicio de la prestación del servicio, con la obligación contractual esencial de poner en funcionamiento el Servicio Temporal de Viviendas en los términos y con las condiciones claramente especificadas en el PPT, incumplimiento que afecta a la prestación principal del contrato haciendo imposible su ejecución. Pone de relieve que consultadas diferentes agencias inmobiliarias y páginas web del sector se constata que sí hay ofertas de viviendas en alquiler en el distrito que cumplen con todos los requisitos exigidos en el PPT. No obstante, concluye que *“no se considera que se hayan producido daños y perjuicios a la Administración que originen indemnización a favor de la misma, para sufragar el mayor gasto producido, debido a que el Proyecto Pasarelas consiste en un servicio de nueva implantación en el distrito”*.

El 2 de agosto se emitió un informe-propuesta del Departamento Jurídico.

3. Por Decreto de 3 de agosto de 2018 la concejala presidenta del Distrito de Chamberí acordó, en virtud de lo dispuesto en los artículos 210 y 211 del TRLCSP, el inicio y ordenar la tramitación del procedimiento de resolución del contrato *“por cuanto que, según el informe del Departamento de Servicios Sociales del Distrito, se ha puesto de manifiesto que el contratista ha incumplido la obligación contractual esencial de poner en funcionamiento el «Servicio Temporal de Viviendas», en los términos y con las condiciones claramente especificadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato desde el inicio de la prestación, el 16/04/2018, haciendo, por ello, imposible su ejecución”*.

4. Por escrito de 6 de agosto de 2018 se concedió trámite de audiencia al contratista y el día 7 de agosto, al avalista. Ambos acusaron recibo de la notificación el mismo día de su envío.

El 20 de agosto 2018 tuvo entrada en el Registro municipal escrito de alegaciones del contratista en el que mencionaba los escritos que había aportado el 4 de junio y el 27 de julio de 2018. Reiteraba la imposibilidad sobrevenida de alquilar inmuebles en el mercado libre en el Distrito de Chamberí para ejecutar el servicio objeto del contrato. Adjuntaba informes de inmobiliarias que, decían, lo ponían de manifiesto.

Manifestaba que tenía efectivamente a disposición tres inmuebles de la AMTA, definidos en el escrito de 27 de julio, que cumplieran parcialmente las especificaciones del PPT y suponían una minoración en el importe neto de licitación inferior al 20%.

Alegaba que, acreditada y reconocida la imposibilidad de cumplimiento en los términos previstos en el pliego, consideraba posible acudir a la vía del artículo 203 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP/17) para modificar el contrato por razones de interés público cuando concurren circunstancias imprevisibles y no sean sustanciales las modificaciones, lo que, aseveraban, tenía cabida en ese caso en el que ya se habían puesto a disposición tres viviendas que cumplían parcialmente con las características requeridas.

Mencionaba el artículo 211 de la LCSP/17 e indicaba que, en caso de no modificarse, el contrato debía resolverse por mutuo acuerdo o imposibilidad de ejecución de la prestación en los términos inicialmente pactados. Señalaba, asimismo, los efectos de la resolución del contrato en estos supuestos, conforme al artículo 213 LCSP/17.

5. El 18 de septiembre de 2018 el Departamento Jurídico formuló propuesta de resolución en la que, además, contestó a las alegaciones presentadas por el contratista.

Así, respecto al escrito presentado por el contratista el 4 de junio, en contestación al requerimiento del órgano de contratación de 17 de mayo, para que aportara la documentación acreditativa de disponer de los medios materiales suficientes para la ejecución del contrato, el contratista no adjuntó la documentación requerida y aludió a la inexistencia de una obligación contractual al respecto, tratándose sin embargo, de una condición contractual esencial prevista como tal en el apartado 12 del anexo I del PCAP que rige el contrato. Asimismo, alegó que el Ayuntamiento no había satisfecho cantidad alguna, cuando la prestación del servicio objeto del contrato no se había iniciado por el contratista.

En el segundo escrito, de 27 de julio, comunica la disposición de medios materiales que no coinciden con la descripción que el PPT, en su cláusula tercera, determina como necesarios para el cumplimiento del fin del contrato. No obstante, el servicio promotor del mismo valoró que los medios materiales que el adjudicatario ponía a disposición del Distrito daban respuesta a la misma necesidad que los descritos en el PPT, por lo que se inició la tramitación de un incidente de interpretación del contrato en el que la Asesoría Jurídica, en su informe de 24 de julio de 2018 concluyó que la cláusula del PPT que recogía las características de las viviendas requeridas era suficientemente clara y no deja lugar a dudas ni margen a la interpretación.

En relación a la imposibilidad sobrevenida para el alquiler de inmuebles, informaba nuevamente que la disposición de las viviendas es una obligación contractual esencial de este contrato, al que el adjudicatario licitó libremente el 24 de enero de 2018, comprometiéndose a tomar a su cargo la ejecución del contrato con

estricta sujeción a los requisitos, condiciones y obligaciones previstas en los pliegos, aceptando plenamente el contenido de los mismos. Por otra parte, con carácter previo a la adjudicación del contrato, el adjudicatario aportó entre la documentación obligatoria, el 24 de febrero de 2018, compromiso de adscripción de medios mediante declaración en la que, bajo su responsabilidad, se comprometía a la adscripción a la ejecución del contrato de los medios materiales previstos en el PPT.

Por último, respecto a la posibilidad de tramitar la modificación del contrato considera el Departamento Jurídico que no existe causa para la misma de entre las circunstancias previstas en el artículo 107 del TRLCSP.

Concluye, pues, que no existen circunstancias que modifiquen lo actuado y contemplado en informes anteriores y toda vez que el apartado 12 del anexo I del PCAP establece que el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales o materiales, en los términos previstos en la cláusula 3ª del PPT, es obligación contractual esencial, aseveran que procede resolver el contrato al amparo del artículo 223 f) del TRLCSP, que prevé como causa de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

Con respecto a la existencia de culpabilidad, indican que el servicio promotor informa que han realizado consultas a diferentes agencias inmobiliarias y páginas web del sector constatando la existencia de ofertas de viviendas en alquiler en el distrito que cumplen con todos los requisitos exigidos en el PPT. Por ello, entienden que existe responsabilidad del contratista en la causa que origina la resolución, queda justificada la situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista y concurre culpa. No obstante, consideran que no se han

producido daños y perjuicios por tratarse de un servicio de nueva implantación en el distrito, que no se venía prestando con anterioridad y que no se ha ocasionado ningún gasto para la Administración.

Por todo lo anterior, formulan propuesta de resolución en los siguientes términos:

1. Desestimar las alegaciones presentadas por el contratista el 20 de agosto de 2018 y mantener la causa de resolución del artículo 223 f) del TRLCSP.

2. Resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista respecto del compromiso de adscripción de medios establecido en el PCAP, calificado como obligación contractual esencial en el PCAP, de acuerdo con el artículo 223 f) TRLCSP, no procediendo la indemnización a favor de la Administración por daños y perjuicios que prevé el artículo 225 del TRLCSP, iniciándose a la terminación de este procedimiento el correspondiente a la devolución de la garantía constituida por el interesado.

6. Por último, el 8 de octubre de 2018 emitió informe la Asesoría Jurídica que se remitió a las observaciones efectuadas en su informe de 19 de julio de 2018 sobre la resolución del contrato y realizó las siguientes consideraciones:

“Con ello, habrá de atenderse a la respuesta que el adjudicatario, la mercantil PROVIRE, realiza al trámite de audiencia previo a la resolución, en el que solicita la modificación del contrato y parece apuntar un mutuo acuerdo en la resolución como alternativa.

Al respecto, de entenderse la oposición de la contratista a la resolución, deberá continuarse el procedimiento previsto en el artículo 109 RGLCAP, requiriéndose dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

De otro lado, en cuanto a la indemnización a consecuencia del incumplimiento culpable del contratista, se estará al informe de los servicios técnicos en el que se manifiesta la no existencia de daños y perjuicios para la Administración”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente tramitado por una entidad local relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

Si bien el contratista no ha formulado su oposición de forma expresa, lo cierto es que pretende la modificación del contrato o su resolución por mutuo acuerdo por lo que hemos de entender que se opone a la resolución del contrato por la causa invocada por la Administración. Por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión *ex* artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Decreto de 9 de marzo de 2018 de la concejala presidenta del Distrito de Chamberí.

En virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 de la LCSP/17: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*, por lo que habiéndose adjudicado el día de su entrada en vigor, 9 de marzo de 2018 -conforme a la disposición final decimosexta LCSP/17, que determinó su entrada vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que se produjo el día 9 de noviembre de 2017-, resulta de aplicación esta ley a la resolución, tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimental.

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

Por lo que se refiere a la competencia para acordar la resolución, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17 la atribuyen al órgano de contratación.

De conformidad con el apartado 4 de la disposición adicional 2ª de la LCSP/17: *“En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales”*.

Es pues el órgano de contratación de la entidad local quien ha de proceder a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, sin perjuicio de la posible delegación.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17 es de ocho meses conforme su artículo 212.8. Por tanto, ha de entenderse que el procedimiento, iniciado por Decreto de 3 de agosto de 2018, no está caducado.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 prevé que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones.

Además debe tenerse en cuenta que el artículo 112.2 de la LCSP/17 refiere que *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común”* y que el artículo 109 del RGLCAP, exige también la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Este trámite ha sido conferido, sin que conste haya efectuado manifestación alguna.

Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 será necesario informe previo del Servicio Jurídico, informe que ha sido emitido por la Asesoría Jurídica.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la Administración local, 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, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

Consta en el expediente que se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica que sustituye en el Ayuntamiento de Madrid y en los municipios de gran población al informe de la Secretaría.

No figura, sin embargo, que se haya recabado el informe de la Intervención municipal. Por ello, y puesto que esta Comisión viene entendido que se trata de un defecto subsanable, deberá recabarse con anterioridad a la resolución que ponga fin al procedimiento.

TERCERA.- La propuesta de resolución considera que procede la resolución contractual al amparo del artículo 223 f) del TRLCSP al considerar que la contratista ha incumplido su obligación de contar con tres viviendas para la ejecución del contrato, obligación que en el pliego se considera esencial.

Como ya dijimos en nuestro Dictamen nº 153/18, de 27 de marzo, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto no se ejecuta la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato sin que baste el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias. La sentencia concluye que la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo pero que no afectan a la esencia de lo pactado no permite la resolución sino la adopción de medidas menos gravosas.

En su reciente Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el

incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

Para analizar si existe ese incumplimiento ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (recurso 1069/2016)-.

En el caso que nos ocupa, la Administración considera que se ha incumplido la cláusula 2 del PCAP, que se remite al punto 12 del anexo I del PCAP en el que se regula la solvencia económica, financiera y técnica o profesional y en el que se establece la obligación del licitador de incluir un compromiso de adscripción de medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato, en los términos previstos en la cláusula tercera “recursos humanos y materiales” del PPT.

Los recursos materiales aparecen descritos en el apartado b) de la cláusula tercera del PPT, que, en cuanto al “*Servicio Temporal de Viviendas*” señala: “*La empresa adjudicataria deberá proporcionar tres viviendas, ubicadas en el Distrito de Chamberí totalmente equipadas de mobiliario y enseres*” y con las características que, a continuación, se describen.

Este compromiso de adscripción es obligación contractual esencial, y así consta expresamente en el apartado 12 del anexo I del PCAP.

Este compromiso de adscripción de medios y su carácter de obligación contractual esencial resultaba amparado en el artículo 64 del TRLCSP, relativo a la concreción de las condiciones de solvencia, que en su apartado segundo determinaba:

“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.

De forma que el artículo 223 del TRLCSP configuraba “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*” como causa de resolución del contrato, al igual que lo hace actualmente el artículo 211 de la LCSP/17.

La resolución del presente contrato, adjudicado el 9 de marzo de 2018, día de entrada en vigor de la LCSP/17, ha de regirse por esta ley.

En este sentido, el artículo 76.2 de la LCSP/17 se pronuncia en términos similares al artículo 64.2 del TRLCSP al señalar que:

“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211 o establecer penalidades...”.

A tal efecto, el artículo 211 de la LCSP/17 establece como causa de resolución del contrato:

“f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

En el presente caso, formalizado el contrato el 13 de abril de 2018 e iniciado tres días después, la contratista fue requerida en el mes de

mayo para que aportara los medios materiales, las viviendas de constante referencia. Por escrito de 4 de junio alegó imposibilidad de encontrar viviendas en ese Distrito, a lo que Administración municipal ha manifestado que ha realizado búsquedas y ha encontrado viviendas.

Asimismo, la contratista, una vez iniciado el procedimiento de resolución del contrato, el 27 de julio de 2018, presentó una autorización firmada con el AMTA para proceder al arrendamiento de tres viviendas si bien, la contratista reconoce que las viviendas cumplen parcialmente las características exigidas por el pliego y solicita la modificación del contrato o la resolución de mutuo acuerdo o por imposibilidad.

Lo cierto es que la empresa licitó libre y voluntariamente a un contrato cuyo objeto era claro, preciso e inequívoco así como la obligación contractual esencial de adscribir tres viviendas de las características señaladas en los pliegos a la ejecución del contrato. Como hemos señalado, los pliegos son la ley del contrato por lo que el licitador, al concurrir a la licitación, se sujeta a sus prescripciones por lo que claramente ha incumplido las obligaciones a las que se comprometió.

Dicho incumplimiento lleva anudado la resolución del contrato conforme a lo previsto en las cláusulas 1, 2 (en relación con el apartado 12 del anexo I y la cláusula tercera del PPT), 3 y 14 del PCAP, no la posibilidad de su modificación como solicita la contratista.

En definitiva, la decisión de la Administración de resolver el contrato está amparada en el pliego. Si partimos de la base de que el objeto del presente contrato es la prestación del servicio de alojamientos temporales en viviendas compartidas (cláusulas 3 del PCAP y primera del PPT), el no disponer de las viviendas que el licitador y posterior adjudicatario se había comprometido a adscribir impide, claramente, la

prestación del servicio por parte de la contratista y, por tanto, la ejecución del contrato.

CUARTA.- En cuanto a la incautación de la garantía, el artículo 225.4 del TRLCSP y el actual artículo 213.5 de la LCSP/17 establecen que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

La cláusula 14 del PCAP del presente contrato recoge que, en los casos de resolución 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. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

La propuesta de resolución, con respecto a la existencia de culpabilidad, pone de manifiesto que el servicio promotor informa que han realizado consultas a diferentes agencias inmobiliarias y páginas web del sector constatando la existencia de ofertas de viviendas en alquiler en el distrito que cumplen con todos los requisitos exigidos en el PPT. Por ello, entienden que existe responsabilidad del contratista en la causa que origina la resolución, queda justificada la situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista y concurre culpa. No obstante, consideran que no se han producido daños y perjuicios por tratarse de un servicio de nueva implantación en el distrito, que no se venía prestando con anterioridad y que no se ha ocasionado ningún

gasto para la Administración, de manera que propone resolver el contrato por incumplimiento culpable de la contratista, sin que proceda la indemnización a favor de la Administración por daños y perjuicios que prevé el artículo 225 del TRLCSP, *“iniciándose a la terminación de este procedimiento el correspondiente a la devolución de la garantía constituida por el interesado”*.

Respecto de los contratos celebrados bajo la vigencia del TRLCSP esta Comisión ha entendido que solo procedía la incautación de la garantía para indemnizar los daños y perjuicios lo cual exigía que estos estuvieran determinados y, de lo contrario, procedería la retención de la garantía a la espera de su determinación en un posterior expediente contradictorio, salvo que los pliegos establecieran la incautación automática.

En el presente caso, hemos de regirnos por lo dispuesto en el artículo 213.3 de la LCSP/17 que establece:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en este precepto, el incumplimiento culpable de la contratista da lugar a la incautación de la garantía de forma automática.

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

CONCLUSIÓN

Procede resolver el contrato de *“servicio de atención y acompañamiento social a personas en situación de vulnerabilidad residencial en el Distrito de Chamberí. Proyecto Pasarelas”* (Expediente 300/2017/01680) adjudicado a PROVIRE PRODUCTOS, S.L, por la causa prevista en el artículo 211 f) de la LCSP/17 con incautación de la garantía.

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 29 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 517/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid