

Dictamen nº: **58/18**
Consulta: **Alcaldesa de Ciempozuelos**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.02.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 8 de febrero de 2018, sobre la consulta formulada por el alcalde de Ciempozuelos a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de *“Concesión administrativa de gestión y explotación del tanatorio municipal de Ciempozuelos (Madrid)”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 17 de enero de 2018, el alcalde de Ciempozuelos solicitó la emisión del preceptivo dictamen sobre la resolución del contrato de *“Concesión administrativa de gestión y explotación del tanatorio municipal”* (en adelante, *“el contrato”*). En dicha fecha comenzó el cómputo del plazo de treinta días previsto para la emisión del dictamen en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 8 de febrero de 2018.

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

1. Según se desprende de la relación de antecedentes del documento de formalización del contrato al que seguidamente se hará referencia, previa tramitación del expediente de contratación por la Secretaría General del Ayuntamiento, por Acuerdo del Pleno de 31 de enero de 2006 se había procedido a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y a la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad. Elevada la correspondiente propuesta por la mesa de contratación, el mismo Pleno, mediante Acuerdo de 20 de marzo de 2006, había procedido a la adjudicación del contrato a la contratista ya identificada. Y, en fecha que no se concretaba, se había procedido a la constitución de la garantía definitiva mediante aval, que, según el antecedente cuarto del contrato, no sería devuelta o cancelada hasta que se produjera el cumplimiento satisfactorio del contrato y finalizado el plazo garantía o se hubiera resuelto sin culpa del contratista.

Ya en la fecha del 11 de mayo de 2006, por una parte, la alcaldesa en funciones de Ciempozuelos, y, por otra, el representante de la empresa “Servicios Funerarios Castellano Manchegos, S. L.” (en adelante, *“la adjudicataria”*), procedieron a la firma del contrato.

El objeto del mismo, según la cláusula 1ª, residía en el otorgamiento en régimen de concesión administrativa de la explotación del Tanatorio Municipal sito en el Polígono Los Huertecillos y de sus instalaciones.

La adjudicataria se comprometía a la puesta en marcha del funcionamiento efectivo del servicio en el plazo máximo de tres meses a partir de la firma del contrato. Dicho plazo era catalogado expresamente como improrrogable, salvo causa imputable al Ayuntamiento u otro motivo que se estimare razonable por parte de aquel.

La concesión se establecía por un plazo de duración de veinte años a contar desde la firma del contrato.

Una vez terminada la instalación de los elementos que corrían a cargo del concesionario, este lo pondría en conocimiento de los Servicios Técnicos Municipales, que procederían al reconocimiento y comprobación de que se ajustaban a lo que el licitador había detallado en su propuesta y de que las instalaciones se encontraban en perfectas condiciones para iniciar su funcionamiento. A la vista de dicho informe técnico se expediría por el Ayuntamiento la licencia de apertura a nombre de la adjudicataria, que podrá así iniciar la prestación del servicio.

El canon a abonar por la concesionaria era fijado en una cantidad fija anual de 6.000 € (IVA no incluido) actualizable anualmente en función del IPC o índice que lo sustituyera, más un 18 % de los ingresos que anualmente percibiera el concesionario por la prestación del servicio de uso de las salas del tanatorio e incineraciones. A su vez, las tarifas o precios a abonar por los usuarios serían determinadas por el Ayuntamiento mediante su inclusión en la correspondiente Ordenanza Fiscal.

Finalmente, la cláusula cuarta del contrato preveía la posible declaración de caducidad de la concesión en los casos previstos en el artículo 136 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), y en determinados “*supuestos especiales*”: falta de presentación en el plazo y

forma establecidos del proyecto definitivo de la instalación y sus reglamentos, abandono por el concesionario de la gestión del tanatorio, impago del canon anual establecido a favor del Ayuntamiento en caso de no satisfacerlo en quince días desde la fecha en que fuera advertido por el Ayuntamiento de la posible declaración de caducidad, dedicación de los locales a usos distintos de los específicamente señalados en el proyecto aprobado, alteración no autorizada de las tarifas establecidas y cesión, transferencia o novación de la concesión o constitución de gravámenes no previstos en los planes de financiación.

Figura también incorporado al expediente administrativo el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

2. Según consta en la Resolución de la alcaldesa-presidenta de 26 de julio de 2017 a la que se hará referencia más adelante, en la fecha del 21 de diciembre de 2009 el Pleno del Ayuntamiento aceptó la subrogación en el contrato a favor de LOCALFUNER, S.L. (en adelante, “la contratista”), filial de la sociedad inicialmente adjudicataria del servicio. Su efectividad se condicionaba a la formalización de la cesión en escritura pública, lo cual se llevó a cabo el 22 de enero de 2010.

3. A continuación, figura incorporado al expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora un “Informe de incidencia” de la Policía Local de Ciempozuelos el 23 de julio de 2017 suscrito por los agentes intervinientes en la actuación y trasladado por su Jefatura a la alcaldesa al día siguiente.

En el informe de referencia se hacía constar como motivo del aviso, el haber sido alertados por la alcaldesa de la queja vecinal expresada a través de las redes sociales por no poder disponer del emplazamiento para un familiar fallecido, razón por la cual había mantenido una conversación telefónica con un empleado del tanatorio para conocer si se estaba prestando el servicio.

Los agentes consignaban en el acta que, personados en el lugar, habían podido confirmar que la instalación permanecía cerrada y que en su exterior había un cartel en el que, bajo el logotipo de una empresa de nombre distinto a la adjudicataria, se hacían constar unos teléfonos de contacto y una dirección web de dicha empresa. Consultada ésta, habían comprobado que no proporcionaba información de la situación actual a los usuarios y, realizada llamada al teléfono que figuraba en la misma como de contacto durante las 24 horas, un empleado de la concesionaria les informó que el viernes anterior habían enviado un escrito al Ayuntamiento de Ciempozuelos en el que ponían de manifiesto las malas condiciones en las que se encontraban las instalaciones y los vehículos, y que por este motivo habían decidido dejar de prestar el servicio. Asimismo, que en alguna ocasión en que habían sido requeridos para *repcionar* un servicio de defunción, había explicado al interesado las circunstancias que habían motivado el cierre de las instalaciones.

Al día siguiente (24 de julio), la ingeniera técnico municipal y el técnico jurídico de Urbanismo comparecieron en el tanatorio, elevando un acta de comprobación en el que, en una hoja complementaria manuscrita, hacían constar el resultado de sus comprobaciones.

En la misma se recogían deficiencias en la prestación del servicio consistentes en ausencia de material y equipamientos necesarios para atender los servicios ofertados, nivel de higiene inadecuado, ausencia de lavado y pérdidas de agua en la sala de tanatopraxia, carencia de agua caliente en todo el edificio, falta de renovación de aire en los túmulos, deficiente climatización general, déficit de higiene en la cámara frigorífica, suspensión del servicio telefónico por decisión de la propia contratista, almacenamiento de objetos de difícil limpieza y desinfección en la sala de tanatopraxia y en dependencias de tránsito de zona de

trabajo, falta de higiene adecuada en la cámara frigorífica y residuos de diferente tipo sin adecuada gestión.

Seguidamente, por informe de Tesorería de 25 de julio se hizo constar la pendencia de una deuda en período ejecutivo por parte de la contratista de 228.571,06 euros, integrada por el canon fijo de 2016 (7.334,34 €) y los cánones variables de 2012, 2013, 2014 y 2015 (15.544,27; 30.420,19; 76.588,75 y 98.673,51 €, respectivamente).

3. Por Resolución de la alcaldesa-presidenta de 26 de julio de 2017 se llevó a cabo un apercibimiento previo de inicio del expediente de declaración de caducidad a la contratista, otorgándole diez días hábiles a partir de su recepción para cumplir las obligaciones siguientes: abonar la deuda ya señalada de 228.571,06 € que mantenía con el Ayuntamiento y reanudar la prestación del servicio público de tanatorio en las condiciones adecuadas de salubridad que se exige la legislación vigente.

Mediante nuevo informe del tesorero municipal de 7 de septiembre de 2017 se actualizaron las cantidades debidas en periodo ejecutivo por la contratista en los mismos conceptos objeto del anterior certificado de 25 de julio, y se añadió la deuda vigente en concepto de canon variable en 2016. Asimismo, mediante informe de 8 de septiembre, certificó que en la contabilidad municipal únicamente figuraba un ingreso de la actual contratista en concepto de fianza, producido el 28 de enero de 2015 por importe de 1.800 €.

Con fecha 8 de septiembre, la jefa del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Ciempozuelos informó a favor de la incoación de un procedimiento de declaración de caducidad por el abandono del servicio en la gestión del tanatorio -art. 136.1.b del RSCL, en concordancia con la cláusula trigésimo tercera, epígrafe I, letra b) de los pliegos que rigieron la contratación) y el incumplimiento de la obligación de pago

del canon concesional -art. 136.1.b) RSCL en concordancia con la cláusula trigésimo tercera, epígrafe 1, letra c) de los pliegos).

TERCERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2017, el Pleno del Ayuntamiento de Cienfuegos, a propuesta de su alcaldesa-presidenta, adoptó el acuerdo de incoar el procedimiento de declaración de caducidad de la concesión por las causas referidas en el informe jurídico antes citado.

Otorgado el trámite de audiencia a la contratista, mediante escrito de alegaciones de 13 de septiembre de 2017 alegó que el cierre de la instalación se había llevado a cabo como consecuencia del abandono de las tareas de mantenimiento por parte de la adjudicataria inicial, situación que le impedía desarrollar la actividad con sujeción a la normativa vigente y había sido comunicada tanto por Sanidad Mortuoria como por los trabajadores al Ayuntamiento de Cienfuegos. Asimismo, ponía de manifiesto que la *deuda cuantiosa y muy gravosa* que se mantenía con la entidad local era consecuencia de la desastrosa gestión económica del anterior gestor.

Daba cuenta también de la adquisición por un nuevo propietario de las participaciones de la sociedad contratista en el mes de agosto de 2017; aquel, no obstante tener pleno conocimiento del estado de las instalaciones y de la deuda contraída con el Ayuntamiento, había realizado una inversión considerable con el objeto de poder abrirlo con la brevedad que fuera posible y comenzar a liquidar la deuda pendiente. Adjuntaba a su escrito documentación que, según hacía constar, venía a reflejar los trabajos realizados para adecuar las instalaciones del tanatorio en facetas tales como jardinería, pintura, trabajos de adecuación y aire acondicionado, entre otros, así como las mejoras realizadas para proporcionar una mayor confortabilidad a los usuarios. También se había contratado una nueva línea de teléfono para dar servicio a los usuarios ante los impagos a la compañía telefónica de la

adjudicataria primigenia, y se afirmaba estar pendiente de la visita de los técnicos del Ayuntamiento de Ciempozuelos y de Sanidad Mortuoria a efectos de que revisaran las adecuaciones realizadas con el objeto de reabrir las instalaciones. Y se adjuntaban también –según se expresaba- contratos suscritos con empresas de mantenimiento, jardinería, limpieza, extintores, plagas o retiradas de residuos con vistas al momento en que se reanudara la actividad.

En cuanto a la deuda, que cifraba en más de 300.000 euros, señalaba haber pedido dos aplazamientos de 18 meses con fecha 29 de septiembre y haber garantizado mediante aval bancario un posible impago. Según expresaba, el tesorero municipal había rechazado dicha garantía por entender que no se ajustaba a las condiciones exigibles, habiéndose pedido un informe a la Abogacía del Estado para solventar la cuestión.

El escrito concluía glosando la trayectoria del actual empresario y de su familia en el campo de los servicios funerarios desde el año 1931, y solicitaba no se procediera a declarar la caducidad de la concesión puesto que con ello se produciría la perjudicial situación de mantener cerrado el tanatorio hasta una nueva adjudicación, en tanto que la concesionaria actual pretendía convertirlo en el tanatorio más importante de la zona sur de Madrid mediante la inversión ya realizada, incluyendo la apertura de un horno crematorio con cumplimiento –a diferencia del adjudicatario inicial- de las normas medioambientales vigentes. Insistía además en la satisfacción que a las arcas municipales depararía el pago de la deuda remanente en un plazo inferior a dos años conforme a la solicitud de aplazamiento.

La documentación que se acompañaba al escrito de alegaciones aparecía encabezada por una memoria en la cual se enumeraban veintiuna actuaciones de adecuación de las instalaciones.

Mediante informe de la jefa del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Ciempozuelos se dio respuesta a las alegaciones de la reclamante. En el mismo, se indicaba que la propia concesionaria había reconocido el incumplimiento de sus obligaciones, el abandono del servicio mediante el cierre de la instalación y el mantenimiento de una deuda impagada, cuyas consecuencias no podían ser esquivadas so pretexto de las buenas intenciones de la empresa. En consecuencia, la informante consideraba concurrentes las dos causas de resolución recogidas en el acuerdo de incoación del procedimiento.

Finalmente, la alcaldesa-presidenta formuló propuesta de resolución de 26 de diciembre de 2017 en el sentido de declarar caducada la concesión administrativa por el abandono del servicio y el incumplimiento de la obligación de pago. En ella, se acordaba la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución conforme al artículo 22.1.d) de la LPAC, y la notificación de la misma a los interesados.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos*

establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

La consulta ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJ), al haberse efectuado a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- Según se hace constar en el documento de formalización del contrato entre el Ayuntamiento de Ciempozuelos y la adjudicataria inicial, la adjudicación de la concesión se produjo por Acuerdo del Pleno de dicha corporación municipal de 20 de marzo de 2006, por lo que resulta de aplicación al contrato la regulación material prevista en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 59 del TRLCAP disponía 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, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”.*

En este caso, el órgano de contratación es el Pleno del Ayuntamiento de Ciempozuelos.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, contempla que *“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 duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. La disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, tiene idéntico contenido.

De esta forma, para determinar los trámites del procedimiento habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 28 de septiembre de 2017), lo que supone la aplicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), en particular de sus artículos 211 y 225.3. 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 conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSPP, 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. La contratista se ha opuesto a la resolución del contrato al considerar que su posible declaración

defraudaría el interés público, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

Por su parte, en el ámbito de la Administración local, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en lo sucesivo, TRRL), establece como necesarios -con carácter previo al acuerdo del órgano de contratación en el procedimiento de interpretación del contrato- los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3).

En el expediente administrativo que se nos remite, ha emitido informe la Asesoría Jurídica, pero no consta la emisión del informe de la Secretaría del Ayuntamiento, trámite que, como hemos visto, resulta de necesaria observancia. Tampoco se aprecia que se haya emitido informe por la Intervención municipal en cuanto a la procedencia en sí de la resolución del contrato.

Asimismo, y según hemos señalado entre otras ocasiones en el Dictamen 27/16, de 21 de abril, en cuanto a los efectos de la resolución debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 113 del TRLCAP:

“(...) 4. 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.

5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida”.

Por tanto, el acuerdo de resolución debería tener un pronunciamiento expreso sobre las garantías constituidas.

Esta Comisión Jurídica Asesora desconoce las condiciones en que fue prestada la garantía definitiva, al no haberse incluido entre la documentación que nos ha sido remitida. No obstante, conviene advertir de que, en el caso de que se proponga la incautación, será necesaria la audiencia del avalista, en su caso.

TERCERA.- No obstante la necesidad de retrotraer el procedimiento de conformidad con lo declarado en la consideración jurídica precedente, debe tenerse en cuenta que, en lo relativo al plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC).

En el caso sujeto a dictamen, la incoación del procedimiento de resolución del contrato se produjo con fecha 28 de septiembre de 2017.

Consta que el Ayuntamiento de Ciempozuelos ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento al solicitar el dictamen de este órgano consultivo de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

De la lectura de dicho precepto se colige que, para que sea efectiva la suspensión del plazo, es preciso que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuyo efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo.

En el caso que se nos plantea, no aparece recogida en el expediente administrativo la comunicación a la contratista de la petición de dictamen a esta Comisión. Considerando que dicha solicitud se ha realizado el 26 de diciembre de 2017, esto es, cuando faltaban dos días para que se cumpliera el plazo de resolución del procedimiento iniciado el 28 de septiembre anterior, el órgano de contratación debe valorar que dicha caducidad, de no haberse producido anteriormente en virtud de la posible falta de comunicación al contratista de la petición de dictamen, podría producirse cuando pase el plazo restante a partir de su reanudación.

En cualquier caso, la posible caducidad debería ser declarada de forma expresa, y no es impeditiva de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución basado en las mismas causas alegadas en el procedimiento en el que se enmarca el actual dictamen.

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

CONCLUSIÓN

En el caso de que el procedimiento de resolución del contrato de *“Concesión administrativa de gestión y explotación del tanatorio municipal de Ciempozuelos (Madrid)”* no estuviera caducado, procedería

acordar su retroacción con el objeto de recabar los informes de la Secretaría y de la Intervención, realizar pronunciamiento sobre la incautación de la garantía y, en caso de que se proponga incautarla, otorgar audiencia al avalista.

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 8 de febrero de 2018

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 58/18

Sra. Alcaldesa de Ciempozuelos

Pza. de la Constitución, 9 – 28350 Ciempozuelos