

Dictamen nº: **272/08**
Consulta: **Ayuntamiento de Getafe**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **22.12.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 22 de diciembre de 2008, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Getafe cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de explotación del bar del Centro Cívico El Bercial, al amparo del artículo 13.1.f) 4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de diciembre de 2008 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 26 de noviembre pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Getafe, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de explotación del bar del Centro Cívico El Bercial suscrito con M. A. D. G..

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 349/08, iniciándose el computo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, venciendo dicho plazo el día 14 de enero de 2009.

Ha correspondido su ponencia a la Sección I, por razón de la materia, en virtud de lo establecido en el apartado primero 1º de la Resolución del Presidente del Consejo Consultivo nº 2/2008, a la Sección I, cuyo Presidente es el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, por quien que se firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de diciembre de 2008.

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

1.- El día 27 de septiembre de 2007 se suscribió entre el Ayuntamiento de Getafe la citada M. A. D. G. contrato para la explotación del bar sito en el Centro Cívico de propiedad municipal, denominado El Bercial, contrato que cuya adjudicación, por procedimiento negociado, recayó en dicha señora, en virtud de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de agosto de 2007. El documento contractual obra a los folios 1 a 3 del expediente administrativo, al que se acompañan también los Pliegos de Prescripciones Técnicas (folios 4-6) y de Cláusulas Administrativas Particulares (folios 7-17).

2.- El 17 de diciembre de 2007, por la Directora del Centro Cívico El Bercial se emite informe en relación con el servicio de bar, dando cuenta en el mismo de que desde el inicio del contrato el bar permanece cerrado los lunes; que en los últimos fines de semana los servicios de la planta baja carecen de la limpieza adecuada; y que se incumple la normativa sobre consumo de tabaco en los centros y dependencias de las Administraciones Públicas. Se informa, asimismo, de que tales extremos han sido

comunicados reiteradamente a la contratista, sin que haya procedido a subsanarlos (folio 19).

3.- Con fecha de salida 19 de diciembre de 2007, se envía requerimiento a la contratista, señalándole su obligación de atenerse a lo establecido en el contrato, o, de lo contrario, se procederán a iniciar los trámites administrativos conducentes a su resolución (folio 20).

4.- Por nuevo informe de la Directora del Centro Cívico fechado el 2 de abril de 2008 (folio 21), se vuelve a poner en conocimiento del Ayuntamiento la actitud de la contratista en relación con los incumplimientos contractuales denunciados en el escrito anterior, poniendo de relieve que aquélla ha hecho caso omiso a los avisos y comunicaciones que se le han dirigido en ese sentido.

5.- El Departamento de Servicios Fiscales del Ayuntamiento de Getafe en informe fechado el 25 de abril de 2008 (folios 22 y siguientes), comunica que la adjudicataria *“se encuentra al corriente de pago del canon correspondiente a la concesión solicitada”*, remitiendo justificantes de pago de los cánones abonados.

6.- Con fecha 13 de mayo de 2008, la Directora del Centro Cívico El Bercial vuelve a emitir un tercer informe (folio 27), poniendo en conocimiento del Ayuntamiento los mismos incumplimientos de la contratista, que dieron origen al primer informe, y señalando que la misma sigue sin atender los requerimientos que se le dirigen en orden a su subsanación.

7.- El 20 de junio de 2008 la Coordinadora Técnica de Acción en Barrios del Ayuntamiento informa que procede, al amparo de los artículos 111 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio; en adelante, TRLCAP), y de los artículos 109 y

siguientes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, iniciar el expediente de resolución del aludido contrato, con incautación de la garantía constituida, sin indemnización al Ayuntamiento de los daños y perjuicios sufridos.

8.- Mediante proposición presentada por el Concejal Delegado de Formación, Empleo y Acción en Barrios a la Junta de Gobierno Local, se propone iniciar el expediente de resolución del contrato de continua referencia (folios 30 y siguientes). Se incorporan a dicha proposición, el informe emitido por la Técnico Jefa de Sección el 11 de julio de 2008 (folios 32 y 33), así como el informe de la Intervención General del Ayuntamiento (folio 37), en el que se señala que deberá especificarse el importe de los daños y perjuicios que se causan al Ayuntamiento a resultas de la resolución del contrato, en lo que exceda de la parte cubierta por la garantía incautada.

9.- Por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 14 de agosto de 2008 (certificada por el Secretario General del Ayuntamiento), se acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato, y conceder un plazo de diez días a la interesada para formular alegaciones.

10.- La adjudicataria presenta escrito de alegaciones en fecha 26 de agosto siguiente (folio 40), en el que aduce que: *“el lunes fue el día que se acordó con la Directora del Centro Cívico (se supone que para cerrar el bar), pero que estaría dispuesta a alcanzar otro acuerdo; que el consumo de tabaco no está permitido y se puede demostrar con foto de carteles (...), pero es imposible controlar a todos los clientes; que la limpieza es correcta y puedo aportar fotografías”*.

11.- Dichas alegaciones son contestadas por la Coordinadora de Acción en Barrios, en informe fechado el 3 de octubre de 2008 (folio 42).

12.- Mediante informe de la Técnico Jefe de Sección de 22 de octubre de 2008 (folio 43), se considera procedente resolver el contrato, y vista la oposición formulada por la contratista, solicitar dictamen del Órgano Consultivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.3 del TRLCAP.

13.- Por nuevo informe de la Intervención General del Ayuntamiento, se reitera al Departamento de Contratación la necesidad de proceder a fijar la cuantía de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento en la parte que exceda del importe de la garantía constituida al efecto. Dicho informe es contestado por otro de la Coordinadora Técnica de Acción en Barrios (folio 48), en el que se refiere que la resolución del contrato para la explotación del bar del Centro Cívico El Bercial no causa daños y perjuicios al Ayuntamiento, por lo que únicamente procede la incautación de la garantía depositada, que asciende a 96 euros.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

Por remisión, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; en adelante, LCAP) –aplicable a este contrato por virtud de su fecha de adjudicación (26 de octubre de 2006), en aplicación de la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público- dispone en su artículo 59.3 que “*(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución (de los contratos), cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Getafe se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007: “*3. Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”, siendo éste el titular de la citada Consejería, de acuerdo con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, aparte del dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la normativa aplicable exige la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 de la LCAP y 114.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; TRRL). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2008, y formulando ésta sus alegaciones el día 25 siguiente, las

cuales han sido debidamente contestadas por el Ayuntamiento mediante informe de 3 de octubre de 2008.

En materia de resolución de contratos, se preceptúan como necesarios asimismo, los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL). En el caso examinado, ambos informes se han emitido, y figuran incorporados al expediente.

TERCERA.- Por lo que respecta a los alegados incumplimientos contractuales en que ha incurrido la adjudicataria, y que determinan la necesidad, a juicio del Ayuntamiento, de resolver el contrato, hemos de partir de la base de la naturaleza del contrato frente al que nos encontramos.

Se trata éste de un contrato denominado “*especial*” en el propio Pliego por el que se rige (vid. Cláusula 22^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), denominación que, a nuestro entender, cuadra perfectamente con su naturaleza jurídica.

El objeto del contrato es la explotación del bar del Centro Cívico El Bercial (cláusulas 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas), el cual es de propiedad municipal, y se encuentra abierto a toda la población de Getafe (cfr. cláusula 3.1 del mismo Pliego). De lo dicho, se desprende que la finalidad a satisfacer mediante el contrato de cuya resolución se trata es a todas luces una finalidad pública –procurar ese servicio a los ciudadanos que utilicen las instalaciones del Centro Cívico–, si bien no encuadrable en ninguno de los contratos típicos que regula la LCAP, lo que hace que dicho contrato sea merecedor de la consideración de contrato administrativo especial.

Dicha figura contractual se contempla, con carácter general, en el artículo 5.2.b) de la LCAP, en el cual, después de establecerse que: “*Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o*

carácter privado”, añade que “Son contratos administrativos (...): b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados (i.e. obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, y servicios), pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”.

Siendo, pues, un contrato administrativo especial habrá que estar, en cuanto a su régimen jurídico, a lo dispuesto con carácter general para todos los contratos administrativos en el artículo 7.1 de la LCAP, según el cual “Los contratos administrativos (...) se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2. letra b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente”.

Luego en el orden de prelación de fuentes establecido para los contratos administrativos especiales tiene carácter prioritario las propias normas por las que se rige el contrato; después, el resto de las normas de derecho administrativo, para afirmarse, en último lugar, la supletoriedad general de las normas de Derecho Civil o privado.

Teniendo esto en cuenta, y considerando que en materia de resolución de los contratos, el concreto caso que estamos examinando no presenta ninguna norma especial, habrá de estarse a la regulación general en la materia, que se contiene en los artículos 111 y siguientes de la LCAP.

El artículo 111 g) de la LCAP, aplicable desde luego a los contratos administrativos especiales en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.3 (en el

que se añaden otras causas de resolución específicas para esta categoría de contratos), establece que: “*Son causas de resolución del contrato (...): g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”, permitiendo también el apartado h) la resolución por “*Aquellas (causas) que se establezcan expresamente en el contrato*”.

Las concretas causas esgrimidas por la Corporación Municipal para proceder a la resolución del contrato mencionado, van referidas al cierre los lunes del bar por parte de la adjudicataria, a la falta de limpieza de las instalaciones, y al incumplimiento de la normativa estatal en materia de consumo de tabaco en los centros y dependencias de las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho Público.

Para averiguar las obligaciones asumidas por el contratista en virtud del contrato, habrá que estar a lo dicho sobre el particular en los pliegos y documento contractual, partiendo de la premisa indiscutible de que aquéllos constituyen, según conocida expresión jurisprudencial, la “*Ley del contrato*”, como resulta del artículo 94 de la LCAP, conforme al cual: “*Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares*”.

En primer lugar, el apartado 3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, comienza por señalar, entre las obligaciones del adjudicatario, la de que: “*El bar estará abierto a toda la población de Getafe, en consecuencia, el adjudicatario se obliga a abrir y cerrar el bar en los días y horas establecidas al efecto (...). El horario será de 9:00 a 21:00 de lunes a sábados. No obstante, y previo acuerdo entre el adjudicatario y la Dirección del Centro, el mismo podrá ser ampliado. En caso de imposibilidad de poder atender el bar por cualquier circunstancia o enfermedad, el adjudicatario deberá buscar un sustituto que se encargue de atender el bar y que el mismo no permanezca cerrado (...). Si el*

adjudicatario incumpliera cualquiera de sus obligaciones, el Ayuntamiento estará facultado para exigir su cumplimiento o acordar la resolución del contrato”.

Como se desprende de la lectura de esta cláusula del Pliego, la misma ha sido establecida con el carácter de esencial, con la finalidad de que el bar tenga un horario amplio –que permanezca siempre abierto-, debiendo disponer el adjudicatario de un sustituto que le supla, si por cualquier circunstancia no puede atender el servicio. Precisamente por ello, a renglón seguido de su establecimiento, se añade que la Administración podrá requerir al contratista de cumplimiento, o bien resolver el contrato.

En este punto, hay que decir que la contratista no ha negado el cierre del bar los lunes, sino simplemente hace mención en sus alegaciones a que ha llegado a un acuerdo con la Directora del Centro, lo que a su vez, ésta niega. Antes al contrario, se ha requerido en varias ocasiones sobre el particular a la contratista, haciéndose por ésta caso omiso.

Asimismo, en cuanto a la obligación de limpieza, según el apartado 3.3 del mismo Pliego, “*El adjudicatario deberá efectuar la limpieza de toda la Sala de Bar y cocina, así como los servicios de la planta baja durante el fin de semana, utilizando para ello productos propios, siendo imprescindible que el bar tenga un perfecto estado de higiene y limpieza*”.

Frente a la alegada falta de limpieza de los servicios, la adjudicataria niega tal afirmación, comprometiéndose a aportar fotografía. Pero lo cierto es que el Ayuntamiento se ha dirigido a aquélla hasta en tres ocasiones para exigirle este concreto cumplimiento derivado del contrato, sin que tal petición haya sido atendida.

Por último, se enarbola como causa de incumplimiento que determina la necesidad de resolver el contrato, el incumplimiento de la normativa en materia de consumo de tabaco en centros públicos. En este aspecto, la

normativa aplicable está constituida por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que recoge la prohibición total de fumar en centros y establecimientos de las Administraciones Públicas, o entidades de Derecho Público, siendo responsabilidad en este caso, del adjudicatario del servicio de bar el velar por el cumplimiento de este aspecto, extremo que, como se ha demostrado, al igual que con los otros dos denunciados incumplimientos, la contratista ha venido incumpliendo de forma sistemática.

En mérito a todo lo anterior, El Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La decisión del Ayuntamiento de Getafe de proceder a resolver el contrato de explotación del Bar del Centro Cívico El Bercial, adjudicado por procedimiento negociado a M. A. D. G., con incautación de la garantía constituida, es ajustada a derecho.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 22 de diciembre de 2008