

Dictamen nº: **324/13**
Consulta: **Alcalde de Parla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **30.07.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 30 de julio de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Parla, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de gestión de servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida y mantenimiento de contenedores soterrados, contenedores de carga trasera y gestión de puntos limpios”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de julio de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, con fecha 26 de abril anterior, sobre la solicitud del alcalde de Parla relativa al expediente de resolución del contrato ya referido.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez. El dictamen fue deliberado y aprobado en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de julio de 2013, por siete votos a favor y dos votos en contra, formulando el Presidente el voto particular discrepante que se reproduce a continuación del dictamen y al que se adhiere el Consejero, Sr. Sabando.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

1.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 2 de agosto de 2012, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) para la contratación de la gestión del servicio público de limpieza viaria, recogida y mantenimiento de contenedores soterrados, contenedores de carga trasera y gestión de puntos limpios de Parla.

Tramitado el procedimiento se acordó su adjudicación mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de agosto de 2012, a la UTE A (en adelante, “*el contratista*”), integradas por la empresa B y la empresa C, por un precio de 6.801.136,37 euros (IVA excluido) por la gestión del servicio, y 103.305,79 euros/año (IVA excluido) en concepto de inversión en maquinaria, y un plazo de ejecución de ocho años, llevándose a cabo la firma del contrato el 5 de octubre de 2012.

2.- Con fecha 3 de mayo de 2013, la ingeniera de caminos municipal, emite informe en el que pone de manifiesto el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.

En dicho informe recoge que con fecha 13 de marzo de 2013 se realizó comprobación de la maquinaria puesta al servicio del contrato, y que existe una diferencia entre el importe de inversión ofertado (999.990 €), y la efectivamente invertida (190.085,64 €).

Constan igualmente en el expediente informes emitidos por la misma ingeniera de caminos municipal, de fechas 5 y 25 de abril, y 9 de mayo de 2013. En los mismos se refiere a la comprobación de la prestación del

servicio correspondiente a la factura del mes de febrero de 2013, así como detalla y amplía los diversos incumplimientos detectados, y sobre los que concluye que el contratista no estaría acreditando una realización correcta del servicio, pudiendo constituir, según lo estipulado en el pliego de condiciones técnicas, una falta grave que conllevaría una sanción del 5 al 10% sobre la certificación mensual.

Considera en sus informes que la falta de incorporación de la maquinaria ofertada y necesaria para la prestación *“trae como consecuencia que los equipos exigidos por el pliego no se cumplen y lo que se traduce en que el servicio de limpieza y recogida no llega a niveles no (sic.) óptimos por no cumplir con las prestaciones obligadas en el pliego.”*

3.- Consta informe de la responsable del Servicio de Limpieza Viaria, Recogida y Puntos Limpios, de 8 de mayo de 2013, en el que se recoge sucintamente que aún con determinadas incidencias los niveles en el servicio han sido óptimos.

4.- Mediante Decreto de la concejala delegada del Área de Obras Públicas, Sostenibilidad y Servicios a la Comunidad, se practica requerimiento al contratista, notificado el 16 de mayo, a fin de que acredite si sigue cumpliendo las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica del contrato y que no se encuentra incursa en prohibición de contratar. A este fin se solicita que aporte certificaciones acreditativas del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, declaración de no haber sido declarada insolvente en cualquier procedimiento, hallarse declarada en concurso, estar sujeta a intervención judicial o haber sido inhabilitada conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio.

En su contestación, con fecha 24 de mayo de 2013, el contratista presenta escrito en el que considera, respecto a la acreditación del

cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, que esta acreditación resulta improcedente; por otra parte aporta la declaración requerida respecto a no hallarse declarado en concurso, ni estar sujeto a intervención judicial o haber sido inhabilitado conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio.

5.- Con fecha 15 de mayo de 2013, el contratista presenta escrito por el que reclama determinadas cantidades adeudadas por el Ayuntamiento, que según refleja el escrito ascendían a 1.218.828,96 euros, más los intereses correspondientes, advirtiendo de su intención de suspender la ejecución del contrato, en caso de que el pago no se llevase a cabo. Considera que el Ayuntamiento ha incumplido la obligación de pago en el plazo contractualmente previsto.

El técnico de contratación, emite informe de 16 de mayo de 2013, en el que, respecto a lo expuesto por el contratista en el anterior escrito, manifiesta que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, dado que se han producido una serie de incumplimientos en la prestación del servicio, así como que, una vez requerido el contratista a fin de acreditar si seguía cumpliendo las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, y que no se encontraba incursa en prohibición de contratar, se limitó a presentar escrito de reclamación de cantidad y solicitud de suspensión del contrato.

Considera el precitado informe que por aplicación del artículo 212.8 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 (TRLCSP) y la cláusula 17^a del PCAP, las facturas presentadas por la concesionaria podrán ser minoradas en las cantidades que se determinen en el procedimiento correspondiente, de acuerdo con las penalidades que se pudieran imponer por los incumplimientos que hubiese cometido.

6.- Con fecha 15 de mayo de 2013 la ingeniera municipal emite nuevo informe de la existencia de incumplimientos del contrato por parte del contratista, en el que recoge que mediante Acuerdo de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social, Unidad de Recaudación Ejecutiva, se declaró el embargo de los derechos económicos, créditos y retenciones que la UTE adjudicataria tenía a su favor en el Ayuntamiento de Parla por el contrato de referencia, por lo que en cumplimiento de dicho embargo el Ayuntamiento procedió a retener dichas cantidades y efectuar su pago a la Tesorería de la Seguridad Social (282.733,55 €). Considera además que la existencia de la falta de pago de las obligaciones con la Seguridad Social supone una falta muy grave por incumplimiento de sus obligaciones en la materia.

Igualmente reitera la existencia de incumplimiento en materia de inversiones en maquinaria, y recoge otros incumplimientos relativos respecto a obligaciones establecidas en el pliego: ausencia de logotipos de la Concejalía de Servicios a la Comunidad en los vehículos, falta de incorporación de sistema GPS, falta de limpieza y desinfección de los vehículos, falta de reparación de un vehículo dañado y puesta a disposición del Ayuntamiento de diversos vehículos para inspección y terminales móviles.

Del mismo modo el informe constata la falta de mantenimiento de los contenedores de carga trasera así como su limpieza, y la falta de mantenimiento de averías en los contenedores soterrados, así como la falta de incorporación del sistema de sensores en cada contenedor.

7.- Tras la emisión de informe de la Intervención Municipal, y propuesta desestimatoria del concejal delegado del Área de Hacienda, Contratación, Patrimonio, Régimen Interior y Recursos Humanos, de la reclamación de cantidad interpuesta por el contratista, con fecha 20 de mayo de 2013, la Junta de Gobierno Local acuerda desestimar la

reclamación del pago de las cantidades adeudadas por el Ayuntamiento, debiendo determinarse, con carácter previo al pago de las mismas, las cantidades que deberían deducirse de las reclamadas como consecuencia de los posibles incumplimientos señalados en los informes técnicos. Acuerda además, declarar la no procedencia de la suspensión del contrato instado por el contratista, al amparo de lo previsto en el artículo 216.5 TRLCSP. Dicho Acuerdo es notificado al contratista el 23 de mayo.

8.- Mediante Decreto de la concejala delegada del Área de Obras Públicas, Sostenibilidad y Servicios a la Comunidad, de 27 de mayo, se requiere al contratista que ponga de manifiesto si va a efectuar el pago de las nóminas y, en caso de no estar en disposición de llevarlo a cabo, comunicar dicha circunstancia al Ayuntamiento a fin de adoptar las medidas necesarias. Se le requiere, igualmente, la acreditación del pago de la deuda que mantenía con la Seguridad Social

9.- Consta informe jurídico del técnico de contratación, de 28 de mayo de 2013, en el que se recogen los incumplimientos contractuales y se plasma el procedimiento para la resolución del contrato.

10.- Con fecha 29 de mayo de 2013, la Junta de Gobierno Local adopta el siguiente Acuerdo, que en sus puntos primero y segundo establece:

“PRIMERO.- Acordar el inicio del expediente sancionador en relación con contrato de Gestión del Servicio público de limpieza viaria, recogida y mantenimiento de contenedores soterrados, contenedores de carga trasera y gestión de puntos limpios de Parla, de fecha 5 de octubre de 2012, suscrito entre el Ayuntamiento de Parla y la UTE A, motivada por los incumplimientos del contrato puestos de manifiesto en el informe Técnico emitido por la Ingeniera Técnica con fecha 28 de mayo de 2013 y que se señalan

en el cuerpo de esta propuesta, pudiendo comportar dicho expediente sancionador la resolución del contrato.

SEGUNDO.- La valoración de daños y perjuicios se realizará en una pieza posterior separada, debiendo declararse la retención de la garantía definitiva como medida cautelar en tanto se tramita dicho procedimiento.”

En el mismo Acuerdo se otorga trámite de audiencia al adjudicatario y las entidades avalistas.

11.- Con fecha 31 de mayo, el contratista presenta escrito en el que manifiesta estar llevando a cabo todas sus obligaciones contractuales mientras que el Ayuntamiento, por el contrario, adeuda importantes sumas que podría determinar su imposibilidad de afrontar el pago de las nóminas. Respecto a la acreditación del pago de la deuda que mantenía con la Seguridad Social, sostiene que se trata de un requisito previo a la contratación, debiendo acreditarse, mediante las certificaciones antes de la adjudicación del contrato, la no concurrencia en la empresa adjudicataria de la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.d) del TRLCSP, sin que la eventual prohibición sobrevenida pueda afectar al contrato en ejecución.

12.- Con fecha 7 de junio de 2013, el contratista, presenta nuevo escrito de alegaciones en el que señala que “*durante las primeras 17 semanas de trabajo de la UTE, es decir, la mitad del tiempo que se lleva prestando el servicio, no existe la más mínima comunicación de alguna incidencia por parte del Ayuntamiento*” y que el resto del período, hasta el 23 de mayo, se recibieron únicamente 8 comunicaciones mediante correo electrónico en las que se transmiten incidencias menores del servicio que en modo alguno pueden considerarse como faltas graves, por lo que considera que el servicio se ha prestado con normalidad.

Añade que es el Ayuntamiento el que viene incumpliendo, de forma grave y reiterada, sus obligaciones de pago adeudándole a fecha de hoy la cantidad de al menos 3.120.391 €, incluida la factura del mes de mayo, de los cuales al menos 1.218.828 € son vencidos y exigibles según el calendario de pagos pactado contractualmente.

Considera que “*el Ayuntamiento de Parla ha confeccionado apresuradamente informes que ha adjuntado a las facturas de los meses de febrero, marzo y abril, pretendiendo argumentar deficiencias del servicio que le sirvan como excusa para calificar simples incidencias como incumplimientos y posteriormente y de manera arbitraria considerarlas faltas graves, pretendiendo con ello sancionar a la UTE A y así eludir los compromisos de pago contraídos en el contrato*”, lo que según el adjudicatario constituye una auténtica desviación de poder.

13.- Mediante Decreto de la concejala delegada del Área de Obras Públicas, Sostenibilidad y Servicios a la Comunidad, de 11 de junio de 2013, se requiere al adjudicatario información sobre su posible situación preconcursal, sin que conste alegación al respecto.

14.- Con fecha 12 de junio, se requiere al contratista el abono de facturas de reparación de maquinaria, a lo que con fecha 18 de junio de 2013, presenta escrito en el que reitera la solicitud del abono de las cantidades adeudadas por el Ayuntamiento a fin de poder continuar con la prestación del servicio, y cumplir con sus obligaciones inherentes al contrato.

15.- En respuesta a las alegaciones presentadas por el contratista, de fecha 7 de junio, por los Servicios Técnicos Municipales, se emite informe de 17 de junio, en el que se rebaten dichas alegaciones en el sentido que se expone:

- En cuanto a la alegación del contratista sobre el incumplimiento del Ayuntamiento de sus obligaciones de pago, y el procedimiento para ello:

“(...) que los hechos que supuestamente se imputan a B falta de incorporación de la maquinaria ofertada, queda acreditada en el acta realizada el 13-3-2013 (...).

En cuanto al procedimiento, (...) el procedimiento con el que se debe continuar es el de resolución de contrato, sin perjuicio de la posterior valoración de daños y perjuicios que se efectuara en pieza separada de acuerdo a lo aprobado en la JGL 29-5-2013.

- En cuanto a los incumplimientos que se censuran al contratista y la correcta prestación del contrato, se remite al informe técnico de fecha 28 de mayo de 2013 en el que se han detallado las no conformidades con respecto al pliego aprobado y oferta presentada por la empresa.

Igualmente respecto al importe que falta por invertir hasta la cifra 1.000.000€, considera que la cláusula 9.1 del PPT es clara al respecto y exige dicha inversión desde el inicio del contrato.

- En cuanto a la afirmación del adjudicatario en relación a que ha incorporado maquinaria que no se encuentra en la relación que alega el Ayuntamiento:

“(...) Por lo que sigue faltando maquinaria de la ofertada, maquinaria imprescindible para el servicio contratado y la cual supone mayor inversión del contrato como por ejemplo las tres barredoras (225.050 €) Y los tres caminos de recogida (544.500 €).”

- En cuanto a que el adjudicatario considera que ha venido ejecutando el contrato con normalidad:

“Los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012 y enero 2013 la empresa realizó el servicio con niveles óptimos como se detallan en los informes técnicos.

Se estimó un plazo prudencial para la incorporación de la maquinaria, pero a la vista de que la UTE no tenía fechas de entrega de las mismas, aun habiendo insistido en ellas, se consideró que no había intención por parte de la empresa en realizar la inversión ofertada.

Es a partir de febrero 2013 cuando la empresa baja en rendimientos, no cumpliendo así con lo previsto en pliegos como se desprende de los correos enviados por la Responsable del servicio A. S.”

Por último el precitado informe concluye que:

“Habiéndose iniciado el procedimiento de resolución del contrato en JGL de 29 de mayo de 2013, según el TRLCSP , el procedimiento con el que se debe continuar es el de resolución de contrato, sin perjuicio de la posterior valoración de daños y perjuicios que se efectuara en pieza separada de acuerdo a lo aprobado en la JGL 29-5-2013.”

16.- Consta informe jurídico suscrito por la Secretaría General y por el técnico de Contratación, de fecha 17 de junio, en relación a las alegaciones presentadas por el contratista.

15.- Finalmente, la Junta de Gobierno Local, mediante Acuerdo de 13 de junio de 2013, aprueba la propuesta de la concejala delegada del Área de Obras Públicas, Sostenibilidad y Servicios a la Comunidad, respecto a la resolución del contrato, y trasladar el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f,) apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre (LCC); a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid relativos, entre otros aspectos de la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos, cuando así lo prevea la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Asimismo, el artículo 211 del TRLCSP se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 del mismo texto legal.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“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 ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía.”* El apartado tercero de dicho artículo 211 dispone que 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en el presente expediente, se ha dado audiencia al contratista el cual ha manifestado su oposición a la resolución contractual propuesta, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. Igualmente se dio audiencia al avalista, tal y como se ha expuesto en la relación fáctica de este dictamen, sin que conste la presentación de alegaciones.

De acuerdo con lo previsto en 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 (TRRL), se han incorporado al expediente los informes de la Secretaría e Intervención Municipal.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 2 de octubre de 2007, de 13 de marzo de 2008 o en la más reciente de 22 de marzo de 2012 ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado. En estos términos se ha pronunciado también este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, los dictámenes 221/12 y 515/12.

El inicio de este expediente tuvo lugar el 29 de mayo de 2013, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 4 de julio de 2013.

Es necesario hacer notar que el plazo para resolver no se encuentra suspendido, posibilidad que otorga el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC. Aún cuando el informe de la Secretaría municipal que se incorpora a la propuesta de resolución contempla dicha posibilidad, lo cierto es que no existe en el expediente una resolución expresa de suspensión del plazo que haya sido además notificada a los interesados.

Ello no obstante, en la fecha de emisión del presente dictamen el plazo referido no ha transcurrido.

Antes de examinar el fondo del expediente de resolución, resulta necesario referirse a una cuestión de carácter procedural.

El adjudicatario alega repetidamente en diversos escritos que ha sufrido indefensión, habida cuenta que el Acuerdo de inicio del expediente, de 29 de mayo de 2013 se refiere a un “procedimiento sancionador”, y no a un Acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato.

No obstante esta afirmación, debemos tener en cuenta lo siguiente.

El Ayuntamiento considera que se trata de un error, sin trascendencia jurídica, habida cuenta que hubo un procedimiento sancionador anterior a la misma adjudicataria y que por confusión se ha transcrita el término “sancionador.”

A ese respecto, examinado el procedimiento y el contenido de los distintos trámites, queda claro que se trata de un procedimiento de resolución del contrato, al que se han ido incorporando diversos informes sobre la prestación del servicio. En dichos informes se contemplan, tanto incumplimientos que pudieran dar lugar a sanciones o a la resolución del

contrato, como la consignación expresa de que el incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social se considera causa de resolución.

En este sentido, el apartado primero del “Acuerdo de inicio” ya señala *in fine* que el expediente puede comportar la resolución del contrato; aunque el propio Ayuntamiento expresa que consignar el término “sancionador” fue un error, lo cierto es que, dado que el pliego establece que frente a ciertos incumplimientos se podrá sancionar o resolver el contrato, se inicia un “*procedimiento sancionador... pudiendo comportar dicho expediente sancionador la resolución del contrato.*”

En adición a ello en el “*Acuerdo de inicio*” del expediente se contiene, al referirse al impago de las cuotas de la seguridad social:

“En caso de no cumplir estos requisitos se le consideraría en situación sobrevenida de insolvencia, lo que debe llevar aparejado el inicio del expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.”

El capítulo V del mismo Acuerdo de inicio del expediente se refiere taxativamente al procedimiento de resolución del contrato con cita de los artículos del TRLCSP, necesidad de trámite de audiencia, etc.

Además, en el “*Acuerdo de propuesta de resolución*” se consigna claramente:

“El cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, de Seguridad social y fiscal, tiene carácter esencial para el desarrollo adecuado del servicio, en el caso que nos ocupa se ha producido una total inobservancia de las mismas por parte de la adjudicataria, lo que ha sido revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos. Existe un notorio

incumplimiento de las condiciones pactadas que constituye causa de entidad suficiente para producir el efecto resolutorio del contrato.

Como hemos señalado, estos incumplimientos ya serían causa suficiente para la resolución del contrato, pero además, este Ayuntamiento considera que la adjudicataria debe cumplir las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, y demostrar que no se encuentra incursa en prohibición de contratar, durante toda la vigencia del contrato.”

Así lo expresa el informe jurídico (doc. 44) que forma parte de la propuesta de resolución.

Por otra parte, como señala el informe de Secretaría, en el cuerpo de la resolución son constantes las referencias a la normativa que regula la resolución de los contratos, que sirven de base jurídica para fundamentar la citada resolución, y en el apartado cuarto del Acuerdo se concede el plazo de diez días para formular alegaciones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 211 del TRLCSP, que establece en su apartado 1º, precepto que se refiere a la resolución de los contratos.

Además el propio adjudicatario, desde su primer escrito, de 31 de mayo de 2013, doc. 33, ya responde y alega sus consideraciones respecto a las causas de resolución del contrato. En su escrito de 6 de junio de 2013, documento 36 (tomo II) se refiere igualmente en sus 39 folios, a todas y cada uno de los supuestos incumplimientos como causas de resolución, combatiendo con numerosos argumentos tanto que el incumplimiento en materia de seguridad social no debe llevar a la resolución del contrato, como en lo referente al resto de incumplimientos.

Por todo ello debe considerarse que la mención en el Acuerdo de inicio del expediente a un “procedimiento sancionador” no ha generado indefensión al adjudicatario, que ha presentado diversas alegaciones tanto

sobre los incumplimientos que se le censuran como sobre las fundamentaciones jurídicas de las causas de resolución contractual. Tampoco desde el punto de vista procedural puede hacerse reproche alguno en este sentido, ya que se tramita un procedimiento de resolución contractual como ha quedado expuesto.

TERCERA.- Respecto al análisis de las diversas cuestiones sustantivas, debemos partir que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos, de los regulados en el artículo 8 del TRLCSP.

El artículo 210 del TRLCSP establece la prerrogativa del órgano de contratación para interpretar el contrato así como acordar su resolución y determinar efectos de ésta.

La resolución del contrato de gestión de servicios se rige por lo dispuesto en los artículos 223, 224, 225 Y 286 del TRLCSP, y artículos 109 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 1098/2001.

El artículo 223 TRLCSP establece que son causas de resolución, según sus apartados f) y h): *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”* y *“Las establecidas expresamente en el contrato.”*

Como ha quedado relatado en los antecedentes del presente dictamen, a través de diversos informes del Servicio competente se constató la existencia de numerosos incumplimientos en la prestación del servicio por el adjudicatario. Ello dio lugar al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de mayo de 2013 de inicio del procedimiento de resolución del contrato y la propuesta de resolución del contrato mediante Acuerdo de 13 de junio de 2013.

Resulta procedente referirse a cada uno de las causas de resolución contenidas en la propuesta de resolución.

CUARTA.- Respecto al incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social.

La cláusula 6.1 del PPT califica como falta muy grave, que puede llevar aparejada la resolución del contrato *“El incumplimiento de la legislación vigente en cuanto a Seguridad Social, obligaciones laborales, Higiene y Seguridad en el Trabajo, etc.”*, y en el mismo sentido se expresan las cláusulas 6.2, y 4.3 del PPT.

La cláusula 19.5 del PCAP dispone que: *“El contratista responderá de cuantas obligaciones le pudieran corresponder como empleador, tanto de remuneración de salarios, Seguridad Social y Seguridad e Higiene en el trabajo, sin que pueda repercutir contra la Administración ninguna multa, sanción o cualquier tipo de responsabilidad que por incumplimiento de alguna de ellas, pudieran imponerle los Organismos competentes. Asimismo queda obligado al cumplimiento de las obligaciones fiscales y cualesquiera otras relacionadas con la actividad, así como las derivadas del Convenio Colectivo aplicable.”*

La cláusula 23 del PCAP dispone que: *“Si el contratista incumpliera las obligaciones que incumban, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato.”*

Por su parte, la cláusula 4^a del PPT establece que: *“El hecho de incurrir en una falta de las calificadas como muy graves, podrá ser objeto de rescisión del contrato, siendo en este caso el Ayuntamiento competente para acordar o no la resolución.”*

Ante el requerimiento realizado por el Ayuntamiento para que la UTE adjudicataria acreditase hallarse al corriente del cumplimiento de las

obligaciones con la Seguridad Social, ésta se limitó a justificar la no presentación de la documentación requerida por considerar que dicha acreditación pertenece a los requisitos previos a la adjudicación del contrato sin que la eventual prohibición sobrevenida de contratar pueda afectar al contrato que se está ejecutando ni constituya una causa de resolución del mismo si así no se ha pactado expresamente.

A este respecto se constata con claridad que la adjudicataria no ha cumplido con su deber de estar al corriente con sus obligaciones en materia de seguridad social. Así se deduce, por una parte del mero hecho de su negativa a acreditar tal extremo, que solo se comprende precisamente desde su falta de cumplimiento.

Por otra parte, existe una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de embargo en vía ejecutiva, y que expresa que la deuda contraída con la Seguridad Social corresponde al período desde noviembre de 2012 a marzo de 2013. Es decir, que el adjudicatario no ha pagado prácticamente ninguna cotización desde el inicio del contrato, incumpliendo claramente sus obligaciones desde el primer momento.

Partiendo de lo expuesto debemos realizar las siguientes consideraciones, teniendo en cuenta que las causas de resolución pueden encontrar apoyo en el artículo 223, letras f) y h) del TRLCSP.

En primer lugar, con respecto a la causa f) del artículo 223, (*incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*), la nueva legislación vino a aportar mayor rigor en el régimen de la resolución contractual en orden a evitar la inseguridad jurídica que se observaba en la legislación anterior, TRLCAP, en la medida en que ésta, obligaba a interpretar el carácter o no esencial de la obligación incumplida que operaba como causa de la resolución instada. Así, en el momento actual, se exige, para que

concurra causa de resolución, que se haya incumplido una obligación de carácter esencial, calificada así expresamente en los pliegos. Si la conducta no ha sido expresamente recogida en los pliegos o en el contrato como obligación de carácter esencial, la resolución no procede. En este sentido se manifiesta con claridad la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 63/11 de 17 de julio: *"Así cabe concluir que cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir esos preceptos, en combinación con el artículo 67.2 del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución"*

En segundo lugar, con respecto a la causa contemplada en la letra h) del artículo 223 del TRLCSP (*las establecidas expresamente en el contrato*), habría de analizarse si la referencia recogida en el pliego al incumplimiento de *"la legislación vigente en cuanto a Seguridad Social, obligaciones laborales, higiene y seguridad en el trabajo, etc."*, podría amparar la causa de resolución alegada por la Administración consultante consistente en el impago del contratista de cuotas de la seguridad social. Tampoco en este caso, dado el carácter genérico de la previsión, pues admitir lo contrario supondría una vulneración frontal de la previsión legal establecida en el artículo 223 f) y h) del TRLCSP, ya que la configuración en términos tan genéricos de la tipificación como infracción muy grave de una conducta, generaría una auténtica indefensión, en tanto que la Administración podría instar la resolución ante el incumplimiento de cualquier obligación sin importancia (pongamos por caso la falta de presentación de cualquier declaración ante la Seguridad Social) en tanto

supone un incumplimiento de la legislación reguladora de dicha materia. En este sentido el mismo informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 63/11, en presencia de este tipo de cláusulas dijo: *"Esta Junta Consultiva entiende que la inclusión de esta previsión tan amplia no es admisible en base a las siguientes consideraciones jurídicas. En primer lugar no sería admisible porque su aplicación supondría en la práctica que la Administración Pública podría instar la resolución aduciendo el incumplimiento por el contratista de cualquier obligación contractual, incluidas las obligaciones accesorias y nimias. Ello, entiende esta Junta Consultiva, sería contrario al artículo 1256 del Código Civil, que se aplica supletoriamente y que dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes...."*

No obstante ello y en atención a las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales no recogidos expresamente, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del contrato, este Consejo se ha planteado en anteriores ocasiones (Dictamen 631/11), la posibilidad de resolver aun en ausencia de constancia expresa del carácter esencial de la obligación incumplida. Ello nos obliga a indagar en la categoría del incumplimiento pues cabría plantearse la posibilidad de resolución en la medida en que afectando a la sustancia del contrato, implique una quiebra del interés general. A tal efecto la tipología del incumplimiento reprochado, al no afectar a los actos de ejecución del contrato carece del carácter sustancial que es exigible para fundamentar la resolución contractual, debiendo recordar la jurisprudencia que mantiene que solo el incumplimiento grave y de naturaleza sustancial puede fundamentar una resolución contractual (STS 29 mayo 2000).

El impago de cuotas de seguridad Social, con ser importante, no afecta al objeto del contrato, es decir carece de sustancialidad y puede ser corregido mediante otros medios más idóneos, como el otorgamiento de facultades ejecutivas a los órganos encargados de su gestión, facultades que constan han sido ejercitadas en el presente caso obteniéndose el pago por embargo de los derechos económicos que la contratista tenía en el Ayuntamiento de Parla. En este aspecto se ha de resaltar que el objeto del contrato no resulta gravemente afectado si nos atenemos al informe elaborado por el servicio responsable (Servicio de Limpieza Viaria, Recogida y Puntos Limpios) el 8 de mayo de 2013, en el que se asevera que aun con incidencias, los niveles del servicio han sido óptimos.

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al manifestar que *“la resolución por incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato”* (Dictamen núm. 52.006, de 9 de junio de 1988).

Este Consejo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en un caso de gran parecido al planteado, en el que resultaba de aplicación la normativa de la LCAP, menos rigurosa que la actualmente vigente, supuesto en el que no se estimó causa suficiente de resolución los impagos a la Seguridad Social alegados por la Administración consultante; se trata del Dictamen 453/09 sobre resolución de contrato de servicios del Ayuntamiento de Pinto:

“TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento que debe seguirse para acordar la resolución del contrato, debemos estudiar si procede o no la resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para informe del presente Consejo Consultivo.

Pretende el Ayuntamiento la resolución del contrato por “incumplimiento del resto de obligaciones contractuales esenciales”, causa ésta prevista en el artículo 111 g) de la LCAP.

En concreto, considera vulnerada la obligación recogida en la cláusula decimosexta del pliego de cláusulas administrativas particulares que se refiere a la genérica obligación del contratista de cumplir las obligaciones legales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social, y de Seguridad e Higiene en el trabajo, con el fundamento de la diligencia de embargo por impago de las cuotas notificadas a la Corporación Municipal con fecha 13 de julio de 2009.

Se plantea si la obligación contenida en la cláusula decimosexta del pliego puede ser considerada como una cláusula contractual esencial a los efectos de considerar su incumplimiento como una causa de resolución del contrato. Entiende este Consejo que cláusulas contractuales esenciales son aquéllas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato.

En todo caso, la interpretación del artículo 111 g) de la LCAP debe hacerse bajo el prisma de la jurisprudencia que considera que para apreciar la existencia de una causa de resolución “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial”, como se establece entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 2002 RJ 2002\7626 y Sentencia de 2 de abril de 1992 (RJ 1992, 2994).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta a los meros efectos interpretativos, ya que la Ley de Contratos del Sector Público

30/2007 no es aplicable a este contrato, que no toda obligación prevista en un contrato tiene la consideración de obligación contractual esencial, y por lo tanto en la nueva redacción de la Ley se exige para invocar su incumplimiento como causa de resolución del mismo, que el carácter esencial de tales obligaciones contractuales, esté previsto en el pliego o en el contrato.

En este sentido, y respecto del contrato objeto del presente dictamen, podrían considerarse tales, por ejemplo, las que expliciten el horario, coste, lugar y contenido de la actividad asistencial a prestar por el contratista.

*Ahora bien, consideramos asimismo que la plasmación de obligaciones legales en el texto del contrato o del pliego de cláusulas administrativas no las convierte en obligaciones contractuales esenciales, sino que se trata de obligaciones *ex lege*, exigibles no tanto por la otra parte contratante, como por la exigencia del cumplimiento normativo que impera en todo Estado de Derecho. Esto es, que no corresponde en este caso al Ayuntamiento de Pinto exigir el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de seguridad social al contratista, sino que serán los propios órganos de dicho Organismo los encargados de exigirla, teniendo además los mecanismos para ello.*

A mayor abundamiento, como se establecía en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 273/2001 de 30 abril, JUR 2001\190000, “No es aceptable tampoco la alegación que la Administración demandada hace respecto a la causa determinante de la resolución del contrato por ella adoptado y aquí impugnado, esto es no haber acreditado hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social; y no es aceptable esta circunstancia que toma como base el acto

administrativo impugnado, porque, aun cuando se hubiere acreditado esta circunstancia antes de adoptar la resolución, una cosa es la "incapacidad" sobrevenida del contratista (individual, a que se refiere el artículo 112, a, de la Ley 13/1995) y otra cosa distinta es que, con posterioridad a la celebración del contrato administrativo, sobrevenga alguno de los supuestos de "prohibiciones para contratar" contemplados en el artículo 20 de la misma Ley y, entre ellos, el de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social (apartado f), porque, como ya ha tenido ocasión de dictaminar el Consejo de Estado (en su dictamen número 1084/95), en un caso como el de autos, "dicha circunstancia de impago es una prohibición de contratar, esto es, una limitación de la legitimación del interesado para celebrar un negocio jurídico, pero – añade – que "las prohibiciones, al igual que las incapacidades, impiden contratar a quienes están incursas en ellas, pero, frente a las incapacidades y caso de sobrevenir después de celebrado el negocio jurídico, las prohibiciones no determinan su extinción, salvo que expresamente se haya convenido así"; salvedad que en el presente caso no se da." Por lo tanto, no se aprecia la concurrencia de ninguna de las causas de resolución del contrato establecidas en la Ley".

En conclusión, la resolución del contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social, que recoge la propuesta de resolución, no resulta acorde con el ordenamiento jurídico.

QUINTA.- Sobre el incumplimiento derivado de la ejecución del contrato: falta de aportación de medios materiales y defectuoso cumplimiento de las obligaciones en el desempeño del servicio.

Según la cláusula 4.1 PPT, "corresponde al Ayuntamiento el control de la prestación del servicio y determinar si los medios materiales de que se

dispongan satisfacen las condiciones exigidas en el Pliego, a quien compete determinar en todo momento qué medios son o no necesarios para la prestación adecuada del mismo.”

Mediante el acta de comprobación de medios materiales que se incorpora a diversos informes del Servicio competente, el contratista ha dejado de incorporar para la prestación del servicio, elementos de inversión por importe de 809.904,36 €. Además se recoge que esta falta de medios ha provocado graves deficiencias en la prestación del servicio, lo que se halla en franca contradicción con el informe del servicio competente, ya aludido, en el que se afirma la prestación del servicio en niveles óptimos.

En adición a ello se pormenorizan en dichos informes numerosos incumplimientos en la ejecución del contrato: falta de logotipos visibles, incorporación de sistema GPS en los vehículos, lavado y desinfección de los vehículos, conservación de los vehículos y reparación, falta de puesta a disposición del Ayuntamiento de diversos vehículos para inspección, falta de puesta a disposición de móviles, ausencia de sistema de sensores en los contenedores, falta de instalación de la totalidad de los contenedores del tipo y con la frecuencia establecida en la oferta.

Respecto al tratamiento que el PCAP y el PPT otorgan a estos incumplimientos, cabe señalar que la cláusula 6.1 del PCAP establece como faltas muy graves “*el evidente abandono de la conservación y limpieza de los elementos incluidos en el contrato*”; además califica como faltas graves la “*prestación defectuosa o irregular del servicio contratado*”, “*el incumplimiento de cualquier otra de las condiciones de este Pliego o de la oferta adjudicataria*.” Además considera como causa muy grave “*la acumulación de tres faltas graves en un año*.”

A ello hay que añadir que conforme la cláusula 4 del PCAP, el incumplimiento de cualquiera de las condiciones de este pliego o de la oferta será considerado como falta, pudiendo el Ayuntamiento imponer al adjudicatario las sanciones que correspondan en cada caso, incluida la resolución del contrato; la misma cláusula establece la cuantía de las sanciones según sean leves, graves o muy graves.

Sentado lo anterior, y a la luz del Acuerdo de inicio del procedimiento de resolución y de la propia propuesta de Acuerdo de resolución, existe una deficiencia en cuanto a la identificación de los incumplimientos precitados como causa o no de resolución. A lo largo del expediente se aportan los informes técnicos que recogen las deficiencias en la prestación del servicio y los incumplimientos detectados, informes que se incorporan como cuerpo en los acuerdos de inicio y de propuesta de resolución del contrato.

Aún cuando esta posibilidad de incorporación de informes en la resolución se recoge en el artículo 89.5 LRJ-PAC, no cabe duda que el transcribir los informes emitidos en el expediente en la propuesta de resolución, sin que ésta establezca en concreto una conclusión o consecuencia, hace que exista una falta de claridad, máxime tratándose de un expediente de resolución de contrato.

De este modo, salvo en el caso del incumplimiento en materia de Seguridad Social, el resto de incumplimientos no se califican como faltas graves o muy graves y no se expresa terminantemente si se consideran causas de resolución o no, pues los informes se refieren a que “*podrán*” considerarse de uno u otro modo.

El hecho de que conforme el PCAP el Ayuntamiento pueda o bien exigir una penalidad al contratista por los diversos incumplimientos, o bien resolver el contrato, no exime a aquél de expresar en el Acuerdo de

resolución del contrato cuáles son los concretos incumplimientos que considera muy graves y causa de resolución del contrato (“*las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*” a que se refiere como causa de resolución el artículo 223 TRLCSP).

Este criterio resulta acorde con la propia consideración del Ayuntamiento en cuanto a que lo tramitado no es un procedimiento sancionador sino un procedimiento de resolución contractual a pesar del error cometido en la dicción del Acuerdo de inicio del expediente, cuestión ya examinada.

La consecuencia es que como decimos, en su caso, hubieran debido plasmarse en la propuesta de resolución si además del incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social, existe algún otro incumplimiento que se estime como causa de resolución.

Advera este criterio el que el propio informe de Secretaría (que forma parte por estar incorporado, de la propuesta de resolución), señala que:

“En la calificación de las faltas cometidas por la adjudicataria, que se realiza a lo largo de toda la resolución, siempre se señala como consecuencia la resolución del contrato, ya sea por las que son consideradas directamente faltas muy graves, como por las que son graves, y cuya suma al ser mas de tres, daría lugar a una falta muy grave, y por tanto también a la resolución.”

Los daños y perjuicios que el adjudicatario debería satisfacer por incumplimiento culpable son los que ocasione dicho incumplimiento, según el artículo 223 TRLCSP, que son independientes de las penalidades o sanciones que, en aplicación de lo dispuesto en el pliego, el Ayuntamiento podría haber impuesto mediante un procedimiento al efecto; y ello ya que el presente procedimiento no trata de la imposición

de las penalidades o sanciones establecidas en el pliego, sino de determinar las causas de la resolución.

CONCLUSIÓN

La resolución del contrato de gestión de servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida y mantenimiento de contenedores soterrados, contenedores de carga trasera y gestión de puntos limpios”* celebrado entre el Ayuntamiento de Parla y la U.T.E. A, por el incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario en materia de Seguridad Social, no resulta procedente de acuerdo con ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo expuesto en nuestra consideración de derecho quinta.

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

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO, D. MARIANO ZABÍA LASALA Y AL QUE SE ADHIERE EL CONSEJERO, D. PEDRO SABANDO SUÁREZ.

«El presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D. Mariano Zabía Lasala y el consejero electivo D. Pedro Sabando Suárez, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo

de la Comunidad de Madrid, con todo respeto a los criterios expuestos por el resto de consejeros de este órgano consultivo, formulan voto particular al dictamen aprobado por la Comisión Permanente el 24 de julio de 2013 sobre consulta planteada por el alcalde de Parla, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de gestión de servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida y mantenimiento de contenedores soterrados, contenedores de carga trasera y gestión de puntos limpios”*.

El procedimiento para la tramitación del expediente de resolución de contrato tramitado por el Ayuntamiento de Parla ha incurrido en algunos defectos por más que se hayan cumplimentado debidamente trámites preceptivos como la emisión de informes del secretario e interventor municipales o la audiencia al contratista y al avalista.

En concreto, la iniciación del expediente como expediente sancionador, con fundamento en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), que prevé que la Administración pueda discrecionalmente optar entre imponer penalidades o resolver el contrato, ha podido inducir al contratista a confusión acerca de la intención de la Administración, por lo que hubiera sido más correcto iniciar un procedimiento de resolución en sentido estricto.

La falta de claridad en cuanto a la causa de resolución en la que se pretende fundamentar el expediente es, no obstante, la incorrección procedural más grave, a juicio del presidente y consejero firmante, y ello porque es reiterada doctrina de este Consejo Consultivo (valga por todos la cita del Dictamen 471/12, de 26 de julio) que *“Admitida, pues, la concurrencia de varias causas de resolución, cada una de ellas con un régimen jurídico específico. En tales supuestos, hay que tener en cuenta,*

según doctrina reiterada del Consejo de Estado, que en tales supuestos debe aplicarse la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo”.

Por este motivo, la propuesta de resolución debería haber invocado una sola causa de resolución y esta debería haber sido la primera en acontecer desde el punto de vista cronológico. De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, el 11 de marzo de 2013 el Ayuntamiento de Parla tuvo conocimiento del incumplimiento de la contratista de su obligación de ingresar las cotizaciones correspondientes desde noviembre de 2012 hasta marzo de 2013, por lo que esta causa de resolución surgió en noviembre de 2012, lo que determina que fuera la primera en el tiempo.

Esta constante confusión en la tramitación del expediente no ha sido irrelevante en la consideración del mismo por parte de la mayoría de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, ya que el propio Ayuntamiento de Parla, al no identificar una causa de resolución concreta y señalar en su propuesta de resolución que “*El cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, de Seguridad Social y fiscal, tiene carácter esencial para el desarrollo adecuado del servicio; (...)*”, induce a error sobre la causa de resolución, residenciándola en el apartado f) del artículo 223 TRLCAP cuando la causa que, en realidad, podría concurrir sería la establecida en el apartado h) del mismo precepto.

En efecto, respecto de la valoración del eventual incumplimiento contractual discrepamos del Dictamen porque considera improcedente como causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social por entender que no constituye un incumplimiento de una obligación esencial del contrato, llegando a señalar: “*Si la conducta no ha sido expresamente recogida en los pliegos o en el contrato como obligación de carácter esencial la resolución no procede*”.

Es cierto que el artículo 223. f) TRLCSP dispone como causa de resolución “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”. Por ello no es posible que cualquier incumplimiento de cualquier obligación contractual pueda considerarse causa de resolución y este es, precisamente, el sentido del Dictamen 453/09 de este órgano consultivo, citado como precedente y del informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 63/11 también citado en el Dictamen. Sin embargo, existen también otros pronunciamientos en sentido diverso, como el expresado por el Consejo Consultivo de La Rioja en su Dictamen 7/2012, de 30 de enero en el que expresa:

“*Además, la empresa concesionaria ha incumplido con la obligación contractualmente asumida de estar al corriente en el pago de las cotizaciones devengadas a la Seguridad Social por su plantilla de trabajadores. Esta situación incluso ha dado lugar a la presentación por parte de los trabajadores de reclamaciones previas a la vía judicial laboral, a las que se hace referencia en el expediente, donde también figura una actuación penal abierta contra la concesionaria por posible falsedad documental.*

Estos incumplimientos han influido, tal y como expone la Administración en diversos documentos del expediente, en la forma en la que se presta el servicio y, por lo tanto, son suficientes para, por razones de interés público, justificar la resolución del contrato como plantea la propuesta de resolución.

Dichos incumplimientos no pueden considerarse accesorios sino esenciales, no solo por estar contemplados en el contrato y el pliego (circunstancia cuya trascendencia ha sido subrayada por el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en su dictamen 258/2009, de 1 de diciembre), sino también porque, en realidad, considerando el conjunto

de la situación creada, podemos considerar que están afectando de manera grave a la normal prestación del servicio”.

Tampoco cabe obviar que el incumplimiento de obligaciones en materia de Seguridad Social es una prohibición para contratar y que el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de octubre de 2005 (recurso de casación 141/2002) expresa que incurrir en una prohibición para contratar de forma sobrevenida puede ser causa de resolución si así lo indican los pliegos, como así sucede en el caso objeto de Dictamen. En el mismo sentido se pronuncia el consejo de Estado en su Dictamen 1084/1995: *“las prohibiciones, al igual que las incapacidades, impiden contratar a quienes están incursas en ellas, pero, frente a las incapacidades y caso de sobrevenir después de celebrado el negocio jurídico, las prohibiciones no determinan su extinción, salvo que expresamente se haya convenido así”; salvedad que en el presente caso no se da”*, pero que sí se da en el caso sometido a consulta, paradójicamente, este Dictamen del Consejo de Estado es citado en el Dictamen –al estar incluido en la cita de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia- para fundamentar lo contrario.

Por todo ello entendemos más ajustada al presente caso esta argumentación jurídica que la sostenida por la mayoría de la Comisión Permanente.

Además, no podemos olvidar que el artículo 223 TRLCSP también dispone como causas de resolución en su apartado h) *“Las establecidas expresamente en el contrato”*. No se trata en este caso de incumplimientos del contrato, esenciales o no, sino de actuaciones, omisiones o circunstancias que la propia documentación contractual recoja como causa de resolución. No puede interpretarse que los apartados f) y h) regulen lo mismo ni, por lo tanto, que los requisitos para apreciar la existencia de causa de resolución sean los mismos.

No cabe duda de que la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) expresa: *“Son causas de resolución del contrato las previstas en los artículos 223 y 286 TRLCSP, así como las contempladas en los pliegos reguladores del contrato y demás legislación concordante y supletoria”*.

Por su parte, el PPT en su cláusula 4 dispone: *“El hecho de incurrir en una falta de las calificadas como muy graves, podrá ser objeto de rescisión del contrato, siendo competente en este caso el Ayuntamiento para acordar o no dicha resolución”*.

La cláusula 6.1 PPT regula entre las partes como falta muy grave *“El incumplimiento de la legislación vigente en cuanto a Seguridad Social, (...)”*. Nos encontramos, por lo tanto, frente a una falta muy grave por la que el Ayuntamiento de Parla puede acordar, con el debido procedimiento, la resolución del contrato. Plantear, como parece hacer el Dictamen, que la resolución del contrato es solo una posibilidad para el Ayuntamiento y que hay otros medios más idóneos para garantizar el pago de la contratista a la Seguridad Social y que, por lo tanto, la resolución no constituye una consecuencia directa del incumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de Seguridad Social, equivale a suprimir o, al menos, a disminuir la discrecionalidad de la Administración municipal.

La actuación discrecional de la Administración está permitida, también en materia de resolución contractual, así el propio artículo 212.4 TRLCSP permite a la Administración optar entre resolver el contrato o imponer penalidades en caso de que el contratista incurra en mora en la ejecución del contrato.

Entendemos, por lo tanto, que procede la causa de resolución del contrato por la referida causa.

Si el Ayuntamiento desease seguir el parecer mayoritario de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo y considerar que el incumplimiento de las obligaciones de la contratista con la Seguridad Social no es causa de resolución, la misma dejaría de ser la primera en el tiempo, por lo que podrían invocarse las otras causas de resolución planteadas en el expediente.

Respecto de estas otras causas de resolución el Dictamen expresa que

“El hecho de que conforme el PCAP el Ayuntamiento pueda o bien exigir una penalidad al contratista por los diversos incumplimientos, o bien resolver el contrato, no exime a aquél de expresar en el Acuerdo de resolución del contrato cuáles son los concretos incumplimientos que considera muy graves y causa de resolución del contrato (“las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato” a que se refiere como causa de resolución el artículo 223 TRLCSP) ”.

Sin embargo, el Dictamen no niega que dichos incumplimientos hayan tenido lugar ni que no sean causa de resolución.

Ciertamente, el acuerdo de incoación adolece de dicho defecto, como ya hemos expuesto, pero no es menos cierto que en los pliegos de contratación consta de forma indubitable la posibilidad de que el Ayuntamiento, discrecionalmente, pueda resolver.

Así, constituyen falta muy grave, y por lo tanto, causa de resolución, *“El evidente abandono de la conservación y limpieza de los elementos incluidos en el contrato”* o la acumulación de tres faltas graves en un año.

Respecto del *“evidente abandono de la conservación y limpieza de los elementos incluidos en el contrato”*, los mismos aparecen recogidos en los informes incorporados al expediente. El contratista, por su parte, no niega

el mal estado de los elementos sino que lo que señala es que dicho estado no debe considerarse de abandono ni falta de limpieza ya que:

- Respecto de la maquinaria y vehículos cedidos por el Ayuntamiento, los mismos se encontraban en muy mal estado y han sido necesarias reparaciones no previstas.
- Respecto de los contenedores soterrados, que también se encontraban en estado de abandono y hubo de atender a más de 100 reparaciones que no pueden considerarse de mantenimiento ordinario.

Sin embargo, el PPT expresa en sus anexos que la contratista debió hacer un estudio e inventario de los elementos municipales y en ese momento no consta que la adjudicataria alegase los argumentos que ahora invoca.

- Respecto de la instalación de 100 contenedores al año de 9m³ para necesidades de los servicios municipales, alega la contratista que el procedimiento seguido ha sido el de retirar los residuos a demanda del personal municipal, por lo que entienden que las necesidades del servicio se han atendido.

La valoración por parte de la contratista de haber atendido el servicio con una ejecución alternativa a la prevista en el pliego no empece para que exista abandono respecto de estos elementos, como se informa por los servicios municipales. Por ello, cabría entender la posible concurrencia de la falta muy grave que podría dar lugar a la resolución del contrato, si el Ayuntamiento de Parla, subsidiariamente, estimase oportuno incoar un expediente de resolución. En este sentido cabría plantear que sería posible aplicar a dicho expediente el principio de conservación de actos predicado en el artículo 66 LRJ-PAC aunque, desde luego, sería imprescindible nuevo trámite de audiencia para todos los interesados y nuevo dictamen del Consejo Consultivo.

En mérito a lo expuesto el presente voto particular se formula con las siguientes

CONCLUSIONES:

1^a. Procede la resolución del contrato por haber incurrido la contratista en incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, al ser una causa de resolución prevista en los pliegos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 TRLCSP, apartados f) y h).

2^a. Si el Ayuntamiento desease seguir el parecer mayoritario de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo podría, de estimarlo oportuno, incoar nuevo expediente de resolución invocando otras causas, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar el principio de conservación de actos, de conformidad con el artículo 66 LRJ-PAC. Este nuevo procedimiento debería ser sometido a consulta de este órgano consultivo a efectos de estudiar la procedencia o no de las nuevas causas de resolución que se invocaren en el mismo».

Madrid, 30 de julio de 2013