

Dictamen nº

**356/15**

Consulta:

**Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón**

Asunto:

**Contratación Administrativa**

Aprobación:

**15.07.15**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de julio de 2015, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Pozuelo de Alarcón, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato “*Explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes y frías y productos sólidos (vending) en los distintos edificios del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón*”.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 22 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo, formulada por la alcaldesa de Pozuelo de Alarcón el día 9 de junio, sobre la resolución del contrato “*Explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes y frías y productos sólidos (vending) en los distintos edificios del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón*”, suscrito con la empresa A.

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 363/15, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 27 de julio de 2015.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 15 de julio de 2015.

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

1.- La Junta de Gobierno Local (JGL) aprobó, mediante Acuerdo de 8 de enero de 2014, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que habían de regir la adjudicación del citado contrato administrativo especial con un valor estimado de 150.175,20 euros.

La adjudicación a la oferta presentada por A se acordó por la JGL el 19 de marzo de 2014, formalizándose el contrato administrativo el 10 de abril siguiente.

La adjudicataria se comprometió a abonar al Ayuntamiento un canon por importe de 162.000 euros para los dos años de duración del contrato.

2.- Consta en el expediente la interposición de numerosas quejas y reclamaciones de usuarios del servicio prestado por la adjudicataria, tanto particulares como personal del Ayuntamiento.

3.- Se incorporó al expediente el informe emitido por el jefe del Departamento de Asuntos Jurídicos y Contratación, de 23 de abril de 2015, en el que manifestaba lo siguiente:

*“Del relato de las numerosísimas reclamaciones formuladas tanto por el personal municipal como de usuarios de los distintos edificios y dependencias municipales, queda claro que el contratista ha incumplido la obligación de mantener las máquinas en perfecto estado de conservación y funcionamiento.*

*Merece especial atención las reclamaciones formuladas sobre la máquina de café del Centro de Mayores Prados de Torrejón, que denotan un total desinterés del contratista por mantener esta máquina en óptimas condiciones de funcionamiento. Reclamaciones que no solo son formuladas por los usuarios del centro sino por el Coordinador de los Centros de Mayores.*

*Otras reclamaciones formuladas, por ejemplo la del sargento de la Policía Municipal, denuncian la no reposición de productos, mantener sandwichs caducados, o no tener las máquinas la refrigeración adecuada, suponen sin duda un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, como es la de suministrar productos en las condiciones adecuadas de higiene y calidad (cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas).”*

Considera que el contrato sirve, en definitiva, a un interés público y que la deficiente gestión realizada por el contratista supone un grave perjuicio a la imagen del Ayuntamiento como titular de las instalaciones, por lo que propone la resolución del contrato con incautación de la garantía.

4.- Visto el anterior informe, con fecha 23 de abril de 2015, la concejal delegada de Hacienda, Contratación y Patrimonio resolvió incoar expediente de resolución otorgando, asimismo, trámite de audiencia tanto a A como a B, en su calidad de avalista.

5.- En uso de dicho trámite, con fecha 4 de mayo de 2015, C, (antes denominada A) presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba:

- Con respecto a la máquina de café del Centro de Mayores Prados de Torrejón: De las ocho incidencias cuatro eran del mismo firmante y entiende que hay que distinguir entre deficiencias del servicio e incidencias que se refieren a las características y gustos particulares de los diferentes usuarios.
- En cuanto a la máquina de café Espacio Cultural Volturno: Que las incidencias se referían a una misma avería y en realidad no se referían a un mal funcionamiento técnico u operativo sino a una no disponibilidad de un producto o partes del mismo.
- Sobre las máquinas instaladas en el Edificio de la Policía Municipal, manifestaba que el informe de servicio tenía fecha 22 de abril de 2015, cuando la resolución era de un día posterior, por lo que desconocía dicha incidencia.
- El pliego de prescripciones técnicas establecía un plazo máximo de respuesta para la resolución de incidencias de 72 horas y se estaban atendiendo en un plazo inferior.
- Con respecto a las máquinas de las instalaciones deportivas Pradillo, Carlos Ruiz, Valle de las Cañas y El Torreón, manifestaba que la reclamación era del día 23 de abril de 2015, fecha de la resolución incoando el expediente y que las máquinas en esos centros habían sido objeto de numerosos actos de vandalismo.
- La empresa cumplió con el plazo de 72 horas de resolución de incidencias y solo en caso puntual y justificado no fue así.

- No se estaban transmitiendo a la empresa, por los cauces adecuados, las reclamaciones de los usuarios.

No consta la interposición de alegaciones por parte de B.

6.- Con fecha 8 de mayo de 2015, se requirió a C aportar la escritura de cambio de denominación social A, y la escritura de poder otorgado a favor del firmante del escrito de alegaciones. No consta en el expediente que se cumpliese tal requerimiento.

7.- Ante las anteriores alegaciones, la Policía Municipal de Pozuelo de Alarcón emitió informe de fecha 11 de mayo de 2015, en el que manifestaba:

*“La alegación solo se fija en la máquina de los refrescos, y no en el resto de máquinas, como la máquina de los aperitivos y ‘sanguis’, con alimentos caducados, o en la máquina del café.”*

*“En lo que respecta a la máquina de refrescos, sigue sin funcionar de manera adecuada, el 11/05/2015, se ha efectuado una llamada al servicio técnico sobre el mal funcionamiento de monedero, se sigue quedando con el cambio.”*

*“Recordar que tardaron once meses en cambiar el monedero de la máquina de refrescos, más de las 72 horas que refleja el contrato de mantenimiento”.*

8.- Tras la emisión de los informes correspondientes por parte del jefe del Departamento de Asuntos Jurídicos y Contratación, de fecha 27 de mayo de 2015; de la Asesoría Jurídica, de fecha 1 de junio 2015; y de Intervención, de fecha 8 de junio de 2015, la concejal delegada de Hacienda, Contratación y Patrimonio emitió propuesta de resolución, de fecha 10 de junio de 2015, en la que consideraba pertinente la resolución del contrato por causa imputable al contratista al establecer la cláusula 18<sup>a</sup>

del pliego de cláusulas administrativas particulares como causa específica de resolución “*Incumplir el deber de mantener en todo momento en perfecto estado de limpieza, conservación y funcionamiento las máquinas expendedoras*”

Propone asimismo la incautación de la garantía definitiva constituida.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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*”.

En el caso que nos ocupa, la normativa aplicable, tanto en lo que se refiere al procedimiento como a las causas de resolución aplicables, es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al ser el texto vigente en la adjudicación del contrato y en el momento de iniciarse el procedimiento de resolución. Debe estarse también a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP).

El artículo 211.3 a) del TRLCSP, establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de “*a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.*”

La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se ha formulado por la alcaldesa en funciones del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LCC.

**SEGUNDA.** - En cuanto al 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 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Ha de tenerse en cuenta, además, que el artículo 109 del RGCP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, así como informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211 del TRLCSP dispone, como ya se ha indicado, que es 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 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), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales.

Conforme la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que ha formulado alegaciones a lo largo del procedimiento. Igualmente se ha dado audiencia a la entidad que presta la garantía definitiva sin que haya formulado alegaciones.

Por otra parte, han emitido diversos informes los Servicios Técnicos municipales así como la Intervención.

Consta el informe de la Asesoría Jurídica, órgano al que corresponde en los municipios de gran población como es el caso de Pozuelo de Alarcón (Acuerdo de 21 de febrero de 2008, del Pleno de la Asamblea de Madrid) la función de asesoramiento legal del alcalde, de la Junta de Gobierno Local y de los órganos directivos, conforme establecen el artículo 129 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local y el artículo 71 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de 30 de julio de 2008 (B.O.C.M. de 12 de agosto de 2008) y que sustituye en estos municipios al informe de la Secretaría.

Por último, en cuanto al requisito temporal, en el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato ha surgido de la propia Administración que inició el expediente de resolución contractual por acuerdo de la concejal-delegada de Hacienda, Contratación y Patrimonio de 23 de abril de 2015.

De este modo, no cabe duda de que, en las fechas actuales, el plazo máximo para resolver el contrato, que es de tres meses en virtud de la

aplicación supletoria de la LRJ-PAC (en particular, de su art. 42.3) no ha expirado. No obstante, puesto que el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón no ha hecho uso de la posibilidad que le concede el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC de suspender el plazo para resolver al solicitar el dictamen de este Consejo, habrá de resolver y notificar antes del límite máximo del 23 de julio próximo para evitar la caducidad del procedimiento.

**TERCERA.-** Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren o no las causas de resolución del contrato, en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo.

La causa de resolución en la que se apoya la JGL del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón es la prevista en el apartado h) del artículo 223 del TRLCSP (*“las establecidas expresamente en el contrato”*) en relación con la cláusula 18<sup>a</sup> del Pliego de Cláusulas Administrativas que considera causa de resolución del contrato *“Incumplir el deber de mantener en todo momento en perfecto estado de limpieza, conservación y funcionamiento las máquinas expendedoras”*.

Al contemplar las causas de resolución, la legislación de contratos distingue entre el incumplimiento culpable de sus obligaciones por parte del contratista, incumplimiento que solo determina la resolución cuando se trata de obligaciones *“esenciales”* calificadas como tales en los pliegos o en el contrato según exige el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP y aquellas causas que se establezcan específicamente en el contrato (apartado h) del citado precepto legal) y que, lógicamente, únicamente tienen como límite lo dispuesto en el artículo 25 del TRLCSP sobre el principio de libertad de pactos en la contratación del sector público.

En el caso que nos ocupa, el pliego no deja lugar a dudas en cuanto a que la falta de limpieza, conservación y funcionamiento de las máquinas

expendedoras determina la resolución del contrato, cláusula lógica puesto que, en definitiva, si las máquinas expendedoras no funcionan, el contrato no cumple su función.

**CUARTA.-** Establecida la concreta causa de resolución que ha de ser aplicada, ha de determinarse si en el procedimiento se han acreditado o no los presupuestos necesarios para su aplicación.

Constan en el expediente numerosas quejas de los usuarios así como informes de los responsables de las unidades administrativas en las que las máquinas están ubicadas (centro de mayores, policía municipal) advirtiendo del mal funcionamiento de las máquinas.

Si a estas quejas e informes unimos el que la misma contratista aporta un documento del que se desprende que algunas máquinas plantean numerosos incidentes, cabe concluir que el contratista no mantiene correctamente las máquinas en un estado adecuado de funcionamiento que permita que cumplan su finalidad.

No se opone a tal conclusión que el contratista afirme que procede a su reparación en el plazo de 72 horas fijado en los pliegos. Se trata de obligaciones distintas. El contratista ha de reparar las posibles incidencias en ese plazo, pero si las incidencias son continuas y las máquinas no cumplen la función para la que han sido instaladas ha de entenderse que concurre la causa expresamente prevista en el pliego para la resolución del contrato.

Por ello este Consejo considera que la tramitación del procedimiento permite tener por acreditada la concurrencia de la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento.

**QUINTA.-** Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente: “*cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada*”.

Es doctrina mayoritaria de este Consejo Consultivo que del precepto transcritio no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad, el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada, pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución de las obras imputable al contratista.

Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que “*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 que, en su caso, hubiese sido constituida*”, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada la superación de esos plazos.

Por todo lo anterior, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el

importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC.

En méritos de lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato administrativo especial “*Explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes y frías y productos sólidos (vending) en los distintos edificios del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón*”, estándose, en cuanto a la garantía prestada por el contratista, a lo señalado en la precedente consideración jurídica.

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, 15 de julio de 2015