

Dictamen n^o: **400/09**
Consulta: **Alcaldesa de Alpedrete**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **15.07.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de julio de 2009, sobre consulta formulada por la Alcaldesa del Excmo. Ayuntamiento de Alpedrete, al amparo del artículo 13.1.f).4^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de gestión del servicio público adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito dirigido por la Alcaldesa de Alpedrete al Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, con fecha de registro de salida 3 de junio de 2009, se remitió el expediente relativo a la resolución del contrato de gestión del servicio de cafetería y comedor del centro de Mayores de la citada localidad, solicitando, en vista de la oposición formulada por el contratista, se recabase dictamen del Consejo Consultivo.

El Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante Orden de 25 de junio de 2.009, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Fernando Merry del Val, que 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 2009.

El pasado día 30 de junio de 2009 tuvo entrada, a través del Registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el referido expediente procedente de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, comenzando, a partir de tal fecha, el plazo de quince días señalado en el artículo 16.2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, al haberse solicitado por el trámite de urgencia.

Posteriormente, han tenido entrada dos complementos de expediente. El 7 de julio de 2009, se ha remitido documentación varia que acredita el pago de las cantidades debidas por parte del Ayuntamiento a finales de junio de 2009 y el 13 de julio de 2009, copia del Decreto nº 256/2009 de la Alcaldesa de la localidad por el que se acuerda el rescate del servicio de apertura del centro de mayores y de la recogida de la prensa diaria, sin indemnización.

SEGUNDO.- Resultan de interés para la emisión del presente dictamen los siguientes hechos:

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alpedrete adjudicó mediante acuerdo adoptado en sesión celebrada el 5 de octubre de 2007, el contrato de gestión del servicio de cafetería y comedor del centro municipal de mayores de Alpedrete a la empresa A, en lo sucesivo “el contratista”. Dicho contrato fue formalizado el 16 de octubre de 2007 y se estableció como precio la cantidad de 1.100 euros anuales (IVA incluido). La estipulación tercera del contrato disponía que *“el horario de apertura del centro será de lunes a viernes de 9.00 a 20.00 horas con servicio de cafetería-comedor y los domingos de 15.00 a 21.00 horas con servicio de cafetería.”*

El 6 de marzo de 2008 se inició procedimiento de modificación del contrato, tras llegar a un acuerdo con la empresa adjudicataria, la Junta de

Gobierno Local aprobó por unanimidad, el 12 de marzo de 2008, la siguiente modificación:

“El horario de apertura de la cafetería será de lunes a sábados, de 9.00 a 20.00 horas, con servicio de comedor. Se incluyen los días festivos, y se exceptúan los días 24, 25 y 31 de diciembre y 1 de enero en los que no se prestará servicio. Los domingos se atenderá la cafetería sin servicio de comedor, de 15.00 a 21.00 horas. La apertura de domingo se compensará económicamente por el Ayuntamiento al adjudicatario, en razón de 130 euros/domingo. Esta compensación se abonará mensualmente mediante factura emitida por el adjudicatario.”

Posteriormente, se inicia un nuevo expediente de modificación del contrato de gestión del servicio público ante la solicitud del contratista de 21 de noviembre de 2008 en el que comunicaba la imposibilidad de continuar prestando el servicio en las condiciones económicas inicialmente pactadas. Tras la tramitación del correspondiente expediente, en el que se emite informe sobre la necesidad de aceptar la modificación propuesta por parte de la Concejal de Mayores, informe de la Secretaría del Ayuntamiento y de la Intervención, el 11 de diciembre de 2008 se acuerda la formalización de la modificación contractual aprobada por Decreto de la Alcaldía de 28 de noviembre de 2008. En dicha modificación se acordó lo siguiente:

“Se sustituye el punto segundo (precio del contrato) para compensar al contratista de forma que el equilibrio económico se mantenga, por lo siguiente:

El Ayuntamiento abonará a la empresa la cantidad de 1.000 euros mensuales, previa presentación de factura.

Se añaden los siguientes puntos:

QUINTO: A las obligaciones del contratista, contenidas en la cláusula XII del pliego de condiciones económico administrativas, se añaden las siguientes:

1º) La apertura y cierre del centro de mayores por personal de la empresa.

2º) La recogida de la prensa para el Centro.

SEXTO: Para el año 2009 se pacta la no subida del IPC de determinadas consumiciones como el menú, el café y las infusiones, pese a estar prevista en el contrato, para evitar su repercusión a los usuarios del centro.”

Mediante Decreto 284/2008, de 1 de diciembre, de la Alcaldesa del referido Ayuntamiento, se acordó avocar la competencia de la Junta de Gobierno Local de aprobación de los precios de la cafetería del centro municipal de mayores de Alpedrete para el año 2009 y aprobar los precios propuestos por el adjudicatario mediante escrito de 21 de noviembre de 2008, con la puntualización de que el menú diario, de lunes a sábados, será a escoger entre dos primeros y dos segundos.

Finalmente, mediante escrito fechado el 30 de abril de 2009 la Alcaldesa de Alpedrete dispone:

“Tras las conversaciones mantenidas con usted en las que nos comunicaba su intención de no abrir la cafetería ni el comedor los días 1 y 2 de mayo; por la presente se le recuerda que de acuerdo con lo previsto en la cláusula 12 del contrato vigente, y la modificación aprobada por Junta de Gobierno Local de fecha 12 de marzo de 2008, tiene obligación de abrir. En caso de no recibir comunicación en contrario, entenderemos que no van a proceder a la apertura del servicio de cafetería y comedor en esas fechas.

Dicho incumplimiento culpable del contrato, puede suponer la resolución del mismo de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.g) del RDL 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en virtud de su art. 113.4 se producirán los siguientes efectos:

- Incautación de la garantía.*
- Indemnización a la administración de los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.”*

Mediante Decreto nº 121/2009 se acuerda la contratación de dos personas ajenas al contratista para la apertura del centro de mayores durante los días 1 y 2 de mayo de 2009 en el horario de 15.30 a 20.30 horas, autorizando y aprobando el gasto correspondiente por importe de 98,35 euros y 81,17 euros, respectivamente.

La Intervención del Ayuntamiento, mediante informe de 28 de abril de 2009, admite la contratación de dos personas para la apertura del centro de mayores los días 1 y 2 de mayo de 2009, haciendo constar que la negación por parte del contratista del cumplimiento de sus obligaciones contractuales puede ocasionar la resolución del contrato a tenor de lo establecido en el artículo 111.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

El 6 de mayo de 2009 la Concejala de Mayores emite informe en el que pone de manifiesto la necesidad de incoar procedimiento de resolución contractual ante el incumplimiento de una obligación esencial del contratista establecida en el pliego, relativo al horario del centro de mayores del municipio.

La Secretaría del Ayuntamiento emite informe en la misma fecha sobre el procedimiento a seguir en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista. Finalmente, mediante Providencia de la Alcaldía de 7 de mayo de 2009 se acuerda la incoación de procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio de cafetería y comedor del centro de mayores de Alpedrete por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato con la correspondiente incautación de garantía e indemnización de daños y perjuicios y se acuerda dar audiencia al contratista del expediente. El 11 de mayo siguiente, el contratista presenta escrito oponiéndose a la causa de resolución alegada por el Ayuntamiento. Mediante propuesta de resolución de la Alcaldesa de 22 de mayo de 2009 se acuerda desestimar la reclamación formulada y propone que se resuelva el contrato con incautación de la garantía e indemnización de los daños causados que cuantifica en 9.179,43 euros.

Como hemos señalado en el antecedente anterior, el 7 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro del Consejo Consultivo complemento del expediente, consistente en:

1º) Escrito del contratista, con fecha de registro en el Ayuntamiento el 4 de junio de 2009, por el que reclama 11.338,39 € en concepto de facturas emitidas y no pagadas por la prestación del servicio de cafetería y comedor en el Centro Municipal de Mayores de Alpedrete, más 213,32 € en concepto de intereses devengados. Asimismo, manifiesta que ante el incumplimiento grave y culpable del Ayuntamiento, proceden a la suspensión del servicio a partir del 5 de julio de 2009. A dicho escrito acompaña copia de las facturas emitidas.

2º) Escrito de la Alcaldesa del Ayuntamiento dirigido al contratista, consta recepción el 30 de junio de 2009, en el que le comunica que toma constancia de la suspensión del servicio y que se le convoca a reunión el día 6 de julio para que hagan inventario de bienes con el fin de levantar acta de

recepción. Se adjuntada copia de orden de transferencia por importe de 1.556, 60 € relativos a las facturas de los meses de febrero y marzo de 2009, y de los domingos de dichos meses, así como de 40 desayunos servidos para el colegio B.

3º) El 1 de julio de 2009 el contratista presenta nuevo escrito en el que manifiesta que procederá a la retirada de sus enseres y que se le comunique qué entidad se hará cargo del servicio para la subrogación de los trabajadores. La Alcaldesa mediante escrito de 3 de julio de 2009, notificado ese mismo día al contratista, acuerda dejar sin efecto la autorización de la suspensión y se le requiere para que continúe prestando el servicio, adjunta informe de la Intervención en el que se justifica el abono de las facturas pendientes, salvo dos de ellas en las que se han advertido errores. Consta copia de la orden de transferencia por importe de 1.133, 23 euros de fecha 3 de julio de 2009.

4º) Informe de la Policía local de 6 de julio de 2009 que pone de manifiesto que el servicio no se ha prestado ni el día 5 de julio ni el 6 de julio.

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 TRLCAP aplicable a este contrato por virtud de su fecha de adjudicación (5 de octubre de 2007), 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 Alpedrete 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.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, como hemos señalado en el considerando anterior, al haberse adjudicado el contrato estando vigente el TRLCAP debe aplicarse dicho texto en cuanto a las causas y el los efectos de la resolución, por lo que exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 113 del TRLCAP, el artículo 109 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 (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 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 este aspecto, 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 del TRLCAP y 114.2 del TRRL). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, si bien no consta en el expediente el justificante de la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento, el contratista ha presentado sus alegaciones en plazo, por lo que se entiende cumplimentado adecuadamente.

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, figura incorporado el informe de la Secretaría, mas no así el de la Intervención, no existiendo ninguna constancia de que se haya emitido, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, susceptible de subsanación. No puede admitirse como informe el emitido el 28 de abril de 2009 pues tiene como objeto la autorización para la contratación de dos personas ajenas al contratista para los días 1 y 2 de mayo. Tampoco el informe emitido el 3 de julio de 2009 sobre los pagos a realizar a la contratista como consecuencia del escrito presentado por la misma el 4 de junio subsana dicha deficiencia, pues dicho informe se refiere, exclusivamente, a los pagos pendientes de realizar a la contratista.

El artículo 109.1 b) del RGCAP exige que se de audiencia al avalista en caso de pretender la incautación de la garantía, sin embargo, en este supuesto no existe avalista por lo que dicho trámite no es necesario.

En relación al plazo para la resolución del expediente de contratación, como ya pusimos de manifiesto en nuestro Dictamen 270/09, de 20 de mayo, *“respecto al plazo para resolver el expediente de resolución de*

contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC. (...)". Habiéndose incoado el procedimiento mediante Acuerdo de la Alcaldesa de 6 de mayo de 2009, el Ayuntamiento está en plazo de dictar resolución, plazo que vencerá el próximo 6 de agosto de 2009.

TERCERA.- Por lo que respecta al fondo del asunto, son varias las cuestiones a abordar en relación con la pretendida resolución del contrato, sobre la que debe dictaminar el Consejo Consultivo.

El Ayuntamiento alega que ha existido un incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones esenciales del contrato de gestión del servicio de cafetería y comedor del centro de mayores de la localidad. En concreto, fundamenta la resolución del mismo en que los días 1, 2 y 3 de mayo de 2009 se negaba a prestar el correspondiente servicio cuando el contrato, modificado el 12 de marzo de 2008, dispone en su cláusula tercera que *"El horario de apertura de la cafetería será de lunes a sábados, de 9.00 a*

20.00 horas, con servicio de comedor. Se incluyen los días festivos, y se exceptúan los días 24, 25 y 31 de diciembre y 1 de enero en los que no se prestará servicio. Los domingos se atenderá la cafetería sin servicio de comedor, de 15.00 a 21.00 horas. La apertura de domingo se compensará económicamente por el Ayuntamiento al adjudicatario, en razón de 130 euros/domingo. Esta compensación se abonará mensualmente mediante factura emitida por el adjudicatario.”

No habiéndose prestado el servicio dichos días, ello supone, a juicio del Ayuntamiento, un incumplimiento de la cláusula tercera del contrato y décimo segunda del pliego de condiciones económico administrativas, parte integrante del contrato ex artículo 94 del TRLCAP, que regula las obligaciones del contratista, entre las cuales figura la relativa a tener abiertas las instalaciones los días y horas que fije el Ayuntamiento, y dispone expresamente que *“el incumplimiento de los mismos será considerado falta muy grave, pudiendo dar lugar a la caducidad de la concesión sin indemnización.”* Por último, en la cláusula décimo tercera del pliego se dispone que *“la comisión de faltas muy graves conlleva la resolución del contrato, sin derecho de la concesionaria a indemnización de ninguna clase, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la fecha del contrato.”*

En defensa de su actuación el contratista ha presentado escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

“Incumplimiento persistente, continuado, grave y culpable del Ayuntamiento en su obligación principal de pago del servicio. A continuación les detallo relación de Facturas emitidas en 2.009 que a la fecha están pendientes de pago en relación con el Centro Mayores.

<i>Nº Factura</i>	<i>Fecha</i>	<i>Concepto</i>	<i>Importe (IVA incluido)</i>
008/2009	02/01/09	Cocktail 20/12/08	1 .348,20€
015/2009	02/01/09	Desayunos 29/12/08	139,69€
016/2009	02/01/09	Precio 2 Quincena 12/08	500,00€
031/2009	02/02/09	Domingos 01/09	520,00€
032/2009	02/02/09	Precio 01/09	1.000,00€
040/2009	09/02/09	Vino español 05/02/09	288,90€
044/2009	19/02/09	Desayunos 18/02/09	428,00€
058/2009	06/03/09	Domingos 02/09	390,00€
059/2009	06/03/09	Precio 02/09	1.000,00€
065/2009	24/03/09	Desayunos 23/03/09	51 3,60€
076/2009	01/04/09	Domingos 03/09	650,00€
077/2009	01/04/09	Precio 03/09	1 .000,00€

Todas y cada una de las facturas emitidas han sido debidamente presentadas al cobro, no obstante, les acompañamos copia de las mismas como documentos números 1 a 12.

Tercera.- Comunicación fin de contrato.

Dada la deuda acumulada por este Ayuntamiento, así como los continuos y persistentes retrasos en el pago durante todo el año 2.008, sin haber sido posible obtener por su parte un compromiso formal de pago y de puntualidad en el futuro, ya que lo único que han hecho es dar mil excusas e, incluso, evitar las reuniones con los representantes de A, se les recuerda que el presente contrato de adjudicación finaliza en el plazo de 2 años, esto es el 15 de octubre de 2.009, sin que sea del interés de esta parte proceder a su prórroga.

Dispone el Art. 206 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que son causas de resolución del contrato:

f) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del art. 200, o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

El precitado artículo 200 consagra el derecho del contratista al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

De acuerdo con los términos de la modificación acordada en fecha 12/03/08, la compensación de la apertura en domingos se abonará mensualmente mediante factura emitida por el adjudicatario; de igual forma la aportación por parte del Ayuntamiento de 1.000€ mensuales se factura mensualmente.

Todas y cada una de las facturas emitidas ha sido debidamente presentada al cobro al Ayuntamiento, no habiéndose procedido a su abono.

El art. 200 en su apartado 4 dispone que la Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expedición de los correspondientes documentos que acrediten la realización del contrato, con obligación de la Administración, si incurre en mora, de abonar los intereses e indemnización correspondiente de acuerdo con lo previsto en el Ley 3/2004.

Si la demora fuese superior a 4 meses (art. 200.5) el contratista podrá proceder a la suspensión del contrato, y si fuese superior a 8 meses (art. 200.6) el contratista tendrá derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia se originen.

Cuarta.- Perjuicios causados a esta empresa por los continuos retrasos e impagos del precio convenido.

Una vez firmado el contrato de prestación del servicio, es el Ayuntamiento quien requiere a la empresa A a fin de que amplíe su prestación:

> La apertura y cierre del Centro de Mayores por personal de esta empresa.

> La recogida de la prensa diaria.

Asimismo, solicita que, pese a estar previsto en el contrato, no se proceda a la subida del IPC en el menú, café e infusiones, a fin de evitar su repercusión en los usuarios del servicio.

Como expresamente se reconoce por este Ayuntamiento en el Decreto 283/08 de 28/11/08, ello supone un gravamen importante para A, ya que por una parte se le pide una mayor dedicación con el coste de personal

que ello conlleve, y a su vez que renuncie a la actualización de los precios, con pérdidas en sus ingresos.

Lo anterior ha de unirse a la fuerte crisis del sector, por todos conocida, y a la configuración de esta empresa, de reducidas dimensiones y carácter familiar, que no dispone de inmovilizado ni tesorería para afrontar mensualmente los pagos que genera el mantenimiento del servicio sin generar los correspondientes ingresos; destacándose que debe hacerse cargo tanto de las materias primas como del coste de personal (sueldos y salarios y cargas sociales) que deben ser puntualmente pagados.

Todo ello justifica la imposibilidad de poder mantener la actividad si no tiene ingresos, o cuando los pagos se retrasan de manera injustificada durante meses, ya que los trabajadores, en el ejercicio de sus derechos, se niegan a prestar servicios los domingos y festivos, que además tienen un incremento sustancial en sus pagas.

Quinta.- Abuso por parte del Ayuntamiento.

Siendo la situación expuesta la realidad, con una grave crisis para esta empresa, quien se encuentra en una situación de insolvencia, a la que ha contribuido activa y principalmente este Ayuntamiento; nos encontramos que se inicia un expediente de resolución abusivo y sin justificación, de tal forma que se da la sorprendente, por no decir esperpéntica, circunstancia de que la “Administración incumplidora” pide resolución por incumplimiento, cuando además dicho incumplimiento imputado no es tal.

La comunicación efectuada carece del más mínimo rigor y motivación, no siendo sino una artimaña de este Ayuntamiento de esconder y desviar su real incumplimiento.”

A dicho escrito acompaña copia de las facturas debidamente selladas por el Ayuntamiento. De la documentación remitida el 7 de julio al presente

organismo, queda acreditado que el Ayuntamiento ha pagado parte de la deuda pendiente, al menos los meses de febrero, marzo y abril inclusive los correspondientes domingos, en los meses de junio y julio de 2009, más los intereses correspondientes en los términos regulados por el artículo 99.4 del TRLCAP en relación con el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del TRLCAP además de las señaladas en el artículo 111, con la excepción de sus letras e) (demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista) y f) (falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses conforme al artículo 99.6), las siguientes:

- a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- b) El rescate del servicio por la Administración.
- c) La supresión del servicio por razones de interés público.
- d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

El artículo 111 g) de la LCAP, para todos los contratos en general, establece que: *“Son causas de resolución del contrato (...): g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”,* permitiendo el apartado h) la resolución por *“Aquellas (causas) que se establezcan expresamente en el contrato”*. En este apartado, se debe analizar si en el comportamiento de la empresa contratista se ha incumplido alguna de las obligaciones que deben reputarse esenciales en virtud de lo recogido

en el Pliego o en el contrato, partiendo de la premisa indiscutible de que aquél constituye la “Ley del contrato” –en conocida expresión jurisprudencial-, por así disponerlo expresamente el artículo 94 de la LCAP: *“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”*.

A tenor del contrato parece que una de las obligaciones esenciales del mismo es que el centro abra todos los festivos menos el 24, 25 y 31 de diciembre y el 1 de enero, cláusula que aparece tanto en el contrato como en los pliegos y que fue modificada expresamente en marzo de 2008 (el artículo 161 a) del TRLCAP dispone que es obligación del contratista prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas). A mayor abundamiento, el pliego del contrato señala que el incumplimiento del horario supone una falta muy grave cuya reincidencia conlleva la resolución del mismo. Consta asimismo en el expediente, la advertencia expresa al contratista de la posible resolución del contrato en caso de incumplir sus obligaciones. Por ello, se puede concluir que hay causa suficiente para resolver el contrato de oficio por la propia Administración.

Ahora bien, a la fecha en que se ha incoado el expediente de resolución, mayo de 2009, la Administración había incumplido la obligación de abonar el precio del contrato. El contrato dispone en su cláusula segunda, modificada en diciembre de 2008, que *“el Ayuntamiento abonará a la empresa la cantidad de 1.000 euros mensuales, previa presentación de factura”* y en la cláusula tercera *“la apertura de domingo se compensará económicamente por el Ayuntamiento al adjudicatario en razón de 130*

euros por domingo trabajado. Esta compensación se abonará mensualmente mediante factura emitida por el adjudicatario.”

La obligación del pago por parte del Ayuntamiento se configura como una obligación esencial del mismo, prueba de ello es que dicha retribución fue modificada a raíz del escrito presentado por el contratista el 21 de noviembre de 2008 en el que solicitaba la revisión del precio inicial ante la imposibilidad de seguir prestando el servicio. A mayor abundamiento, el artículo 162 del TRLCAP configura como elemento esencial y particular de este tipo contractual la contraprestación económica de la Administración. Asimismo, el artículo 165 del mismo dispone:

“Si la Administración no hiciere efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el contratista, éste tendrá derecho al interés legal de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen, de conformidad con lo establecido en el artículo 99.”

Por su parte, el artículo 99.1 dispone que *“el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido.”* El contrato no establece forma especial para el pago más allá de la obligación del contratista de presentar una factura mensual, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado cuarto de dicho artículo que establece un plazo de pago de sesenta días a contar desde la expedición de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Mediante la documentación adicional, remitida el 7 de julio de 2009 al presente Consejo, se ha acreditado que se ha pagado al contratista mediante órdenes de transferencia bancaria de 30 de junio y 3 de julio, liquidando la deuda correspondiente a los meses de febrero, marzo y abril. Ello no obstante, la manera de proceder del Ayuntamiento incumpliendo sus obligaciones de pago ha supuesto la vulneración del principio de la buena fe establecido en el Título Preliminar del Código Civil –introducido tras la reforma de 1974–, al establecer el artículo 7.1 del CC que *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”* y en sede contractual en el artículo 1258 del Código Civil: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*. Artículos aplicables en materia de contratación con carácter subsidiario de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1 del TRLCAP.

Esa circunstancia, como ya hiciera el Consejo de Estado en Dictamen de 29 de abril de 2004, permite estimar que el incumplimiento del contratista no es culpable, porque la falta de prestación del servicio en los días indicados se debía a la falta de pago del precio del contrato desde el mes de enero de 2009, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene una función moduladora en la contratación pública, porque con carácter general no autoriza la resolución del contrato, salvo casos admitidos por la Ley, sino sólo al resarcimiento de daños y perjuicios en el supuesto del artículo 113.3 del TRLCAP. Sin embargo, su eficacia si permite ponderar la existencia o no de culpa del contratista a los efectos del deber de indemnización contemplado en los casos de incumplimiento por el artículo 113.4 de la Ley. En conclusión, ha existido un incumplimiento del contratista, pero no culpable a los efectos del artículo 113.4 del TRLCAP, a cuyo tenor *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la*

Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”, por lo que no ha lugar a incautar la fianza ni a indemnizar los daños y perjuicios.

Como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2006 (RJ 2006/2899) no es la resolución del contrato en sí, sino la concurrencia de culpa por parte del contratista, cualquiera que sea la causa de la resolución, la que ha de determinar la incautación de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios en los términos establecidos por el TRLCAP. Por su interés transcribimos la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/8052), en cuyo fundamento de derecho tercero dispone:

“La sentencia impugnada considera probado que ha habido un incumplimiento por parte de la sociedad contratista, por lo que la cuestión controvertida queda centrada en determinar si ese incumplimiento objetivo fue o no culpable, dato éste de capital importancia por cuanto que a diferencia del régimen contractual del Código Civil, recogido en su artículo 1124, en el que la existencia o no de culpa no constituye un dato definitivo a la hora de acordar esa resolución, la Ley de Contratos del Estado (LCE), en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, sólo permite la resolución por incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación o, dicho sea de otro modo, cuando el retraso le es imputable (arts. 45, 52-1 y 53 LCE). Si el retraso en la ejecución se debe a motivos no imputables al contratista por encontrarse fuera de su ámbito de control o previsión, la Administración debe observar la regla del artículo 45, apartados 2º y 3º, LCE, concediendo una ampliación del plazo contractual, si el contratista lo solicita. Y, desde luego, esa idea de culpa cobra total relevancia en el momento de declarar la incautación de la fianza y la reparación de los

daños causados a la Administración (art. 53 LCE), ya que según se desprende de dichos artículos y ha resaltado esta Sala en una consolidada jurisprudencia (por citar una de las últimas, en sentencia de 20 de abril de 1999 [RJ 1999, 4636]), no cabe identificar «el incumplimiento del contratista , como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción». La incautación de la fianza está reservada, en efecto, para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando en tales casos como indemnización previamente fijada (STS de 22 de julio de 1988 [RJ 1988, 5704]).

Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista , hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3856) , «las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330])», por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista , deviene causa de resolución del contrato (artículos 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante.

En fin, la relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 de julio de 1988 (RJ 1988, 5883) , donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra

provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización.

De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera. Como coinciden en alegar las dos partes enfrentadas en este recurso de casación –aunque en sentido divergente– no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista.”

El presente dictamen se puede resumir en la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato de gestión del servicio de cafetería y comedor del Centro de Mayores de Alpedrete, con devolución de la fianza y sin que el Ayuntamiento, en atención a su actuación previa, pueda reclamar daños y perjuicios al contratista por el incumplimiento del contrato.

Este dictamen no es vinculante.

Madrid, 15 de julio de 2009