

Dictamen n^o: **428/13**
Consulta: **Alcalde de Cercedilla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **02.10.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 2 de octubre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre la resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de agosto de 2013 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen, solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Cercedilla, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*, celebrado con la empresa A (antes B). Correspondió su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de octubre de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que se consideró insuficiente al no encontrarse en el expediente los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares ni de Prescripciones Técnicas por los que había de regirse el contrato, así como copia de este último documento. Requerido el complemento del expediente administrativo por Acuerdo de la Comisión Permanente de 4 de septiembre de 2012, el día 24 de septiembre de 2013 ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo la citada documentación, reanudándose el plazo para la emisión de dictamen.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

1. Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cercedilla de 3 de enero de 2008 se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que había de regir el contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*. Con carácter previo, el día 19 de noviembre de 2007 se inició el expediente de contrato, se autorizó el gasto. Aprobados los pliegos, se dispuso la apertura del procedimiento abierto de contratación ordinaria mediante concurso con arreglo a los mismos, considerados como parte integrante del contrato.

2. Celebrada la mesa de contratación, previo informe favorable de la Comisión Informativa de Seguridad, Infraestructuras, Urbanismo y Servicios de 17 de junio de 2008, por Acuerdo del Pleno Corporativo el contrato fue adjudicado a la empresa B, en sesión ordinaria celebrada el día 3 de julio de 2008, por una duración de ocho años y un importe anual de 557.582,71 €, IVA incluido.

La formalización del contrato con la empresa adjudicataria, previa constitución de la garantía definitiva por importe de 22.303,31 €, tuvo lugar el 19 de agosto de 2008.

La cláusula tercera del contrato enumeraba las mejoras ofertadas por la empresa adjudicataria en su proposición a la que se remite, de forma expresa y completa, el contrato.

3. Por escritura pública otorgada el día 22 de septiembre de 2010, la empresa adjudicataria “B.”, cambió su denominación por la actual “A”.

4. Con fecha 10 de enero de 2013, el ayudante de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Cercedilla emite informe sobre la relación de faltas de personal y trabajos en el servicio de recogida de basuras prestado por la empresa A entre los días 1 de junio de 2010 y 6 de enero de 2013, a solicitud de la Concejalía de Infraestructuras. El informe analiza incumplimientos relativos a la recogida de residuos con carga trasera; recogida de residuos con carga lateral; peón de barrido manual; barredora; peón de servicio de limpieza itinerante; limpieza de contenedores; recogida de vidrio; recogida de papel y cartón; recogida de la hoja; recogida de aceites usados; recogida de podas; recogida de voluminosos; camión Ampliroll de nueva adquisición; página WEB con link desde la municipal; cartografía del municipio; punto limpio; construcción de la nave industrial; contenedores soterrados y, finalmente, incidencias situación de huelga. El informe valora los perjuicios causados por los incumplimientos del contrato en un total de 1.006.720,45 €.

Este informe es nuevamente emitido por el ayudante de Obras y Servicios y por el arquitecto técnico municipal, al que se añade como incumplimiento las incidencias situación de huelga y señala que *“el día 1 de enero de 2013 no se realizó ningún servicio tal y como se indica en el*

parte de trabajo (anexo XXIV). El resto de incidencias están indicadas en el anexo XXV.

En aplicación del Capítulo 3.1 Clasificación de las infracciones, éstas se consideran como falta muy grave al tratarse de la paralización o no prestación del servicio de este vehículo».

Se adjuntan al citado informe todos los anexos relacionados de informes de seguimiento realizado por el vigilante de obras y servicios y los partes comunicados a la empresa adjudicataria (folios 21 a 113 del expediente administrativo).

A la vista del anterior informe, una asesoría jurídica externa del Ayuntamiento de Cercedilla emite un informe jurídico (folios 114 a 124) en el que concluye:

«Atendiendo al objeto del contrato, que como su propio nombre indica, comprende diferentes aspectos, como son; la limpieza viaria, la recogida domiciliaria de basuras, el transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y la gestión del punto limpio, los incumplimientos desglosados, acreditados y conocidos por la empresa adjudicataria, pero que nunca fueron subsanados, deben considerarse esenciales.

De lo precedente, resulta que poniendo en relación los incumplimientos desglosados que constan acreditados, con las causas que dan lugar a la resolución de los contratos, según lo dispuesto en el artículo 111 de la LCAP, y lo establecido en la Cláusula 24.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que dispone; “El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato, autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento, o bien acordar la resolución del mismo”, quedaría facultada la Administración para la resolución del contrato, al haber

infringido el contratista obligaciones legalmente establecidas, dado que el pliego de cláusulas y el contrato son los instrumentos en los que las partes determinan aquello a lo que se obligan, así como los efectos que se pueden derivar de su incumplimiento».

Con fecha 19 de abril de 2013, el secretario del Ayuntamiento de Cercedilla emite informe sobre la resolución del contrato (folios 129 a 131). Consta igualmente emitido informe por la Intervención Municipal de fecha 30 de abril de 2013 (folios 132 a 134).

TERCERO.- A la vista de los anteriores informes, con fecha 9 de mayo de 2013, previo dictamen favorable de la Comisión Informativa de Festejos, Infraestructuras y Servicios, el Pleno del Ayuntamiento de Cercedilla acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato de gestión de servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*, declarar la incautación de la fianza definitiva, dar audiencia al contratista y a la entidad avalista e incoar expediente para determinar el importe definitivo de la indemnización por daños y perjuicios (folios 138 a 146).

Con fecha 30 de mayo de 2005, la empresa contratista presenta alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato, en síntesis, por los siguientes motivos:

- Caducidad del expediente de resolución del contrato.
- Vulneración de los principios generales que deben regir la contratación pública porque el objetivo del Ayuntamiento es municipalizar el servicio.
- Disconformidad con los informes técnicos de 10 y 31 de enero de 2013 en la valoración de las infracciones tenidas en consideración, sin

motivar su calificación como graves (dos) y muy graves (diecisiete), manifiesta que no se ha examinado la posible caducidad o prescripción de las infracciones y alega la existencia de procedimientos sancionadores abiertos sobre los mismos incumplimientos.

- Nulidad de pleno derecho del informe de la Intervención Municipal y del Secretario.

- Existencia de cinco expedientes de imposición de penalidades por supuestos incumplimientos iniciados y no resueltos.

- Disconformidad con el informe jurídico de la asesoría externa.

- Que los incumplimientos invocados por el Ayuntamiento no suponen el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, sin que pueda el órgano de contratación ni el secretario o el interventor determinar qué condiciones son esenciales, o no, en el contrato, sin que tampoco proceda la modificación del contrato –alega– porque no pueden alterarse las condiciones esenciales.

- Nulidad del procedimiento de resolución del contrato al no haberse observado los requisitos formales del mismo y lesionar el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

- Prescripción y/o caducidad de los supuestos incumplimientos contractuales.

- Finalmente, da respuesta a cada uno de los pretendidos incumplimientos.

- Incumplimientos de la Administración.

- Desequilibrio económico del contrato.

- Alquiler de la nave municipal hasta la conclusión de la que tiene obligación de construir la empresa contratista.

Al anterior escrito se acompaña abundante documentación (folios 198 a 599).

Efectuadas alegaciones por la empresa contratista, han emitido informe conjunto el arquitecto técnico y el ayudante de obras y servicios con fecha 4 de junio de 2013, en respuesta a las alegaciones efectuadas por la empresa contratista sobre los incumplimientos que se le imputan (folios 600 a 602).

Constan, igualmente, informes del secretario (folios 603 y 604) y del Interventor del Ayuntamiento (folio 605)

Por acuerdo del Pleno de Ayuntamiento de 4 de julio de 2013 se acuerda solicitar dictamen a este Consejo Consultivo obre la resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*, con suspensión del procedimiento, de conformidad con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC. Constan en el expediente los escritos de notificación del citado acuerdo, dirigidos al contratista y a la entidad avalista.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º 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”.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado el 3 de julio de 2008, cuando ya estaba vigente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por lo que será la normativa aplicable al contrato. Por tanto, las causas de resolución que habrán de invocarse son las contenidas en el artículo 206 LCSP.

Por el contrario, la normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre), el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

SEGUNDA.- En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP (al igual que el artículo 59 TRLCAP), exige que en el procedimiento de resolución contractual se dé audiencia al contratista, siendo asimismo 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.

Por su parte, el artículo 224 del TRLCSP, atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley.

En el presente caso, el inicio del procedimiento de resolución contractual se ha acordado por el órgano de contratación, que es el Pleno del Ayuntamiento de Cercedilla.

Se ha concedido trámite de audiencia al contratista y a la entidad avalista. Solo el primero, la empresa contratista, ha presentado alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato.

Tras la práctica del trámite de audiencia, se ha incorporado al expediente un informe conjunto del arquitecto técnico y del ayudante de obras y servicios de 4 de junio de 2013 que, en respuesta a las alegaciones efectuadas por el contratista, consideran que las faltas imputadas *“se corresponden con la realidad del servicio, no siendo correctas las alegaciones presentadas en el mencionado documento”*. En el citado informe

se examinan las alegaciones del contratista sobre los distintos hechos que, a juicio de la Administración consultante, constituyen los incumplimientos contractuales que dan lugar a la resolución del contrato. En concreto se contestan las alegaciones sobre recogida de residuos de carga trasera, recogida de residuos de carga lateral, de barrido manual y limpieza itinerante, barrido mecánico, campaña de recogida de la hoja, limpieza de contenedores, recogidas de podas y voluminosos, punto limpio, camión ampliroll, construcción de la nave y huelga.

Asimismo, han emitido informe con posterioridad al trámite de audiencia el secretario y el interventor municipal. El primero en informe de 20 de junio de 2013 responde a las cuestiones jurídicas planteadas por la empresa contratista. El interventor, con fecha 21 de junio de 2013, informe que, en caso de resolución por incumplimiento culpable del contratista resulta de aplicación el artículo 225.3 TRLCSP.

Como ya ha señalado este Consejo Consultivo en numerosos dictámenes, *«el trámite de audiencia es esencial en cualquier procedimiento, y como tal, es destacado por la propia Constitución en el art. 105.c) que alude a la regulación legal del procedimiento “garantizando cuando proceda la audiencia del interesado”»*.

En el procedimiento de resolución de contratos, este Consejo Consultivo ha señalado en sus dictámenes 265/11, de 25 de mayo y 515/12, de 19 de septiembre, que el momento de efectuar el trámite de audiencia es relevante, como lo indica el tenor literal del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) conforme al cual:

“1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los

interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.

2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

Como se indicaba en los citados dictámenes, “*para que la omisión del trámite de audiencia pudiera tener efecto invalidatorio sería necesario, de acuerdo con la Jurisprudencia, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005 (recurso nº 7357/2001) y de 12 de febrero de 2001 (recurso nº 49/1994), que hubiera causado indefensión al interesado en el procedimiento.*

En el presente caso el trámite de audiencia no se ha efectuado inmediatamente antes de la propuesta de resolución (que no se ha trasladado a este órgano consultivo) sino inmediatamente después de la incoación del expediente y, con posterioridad a las alegaciones formuladas por la adjudicataria, se han emitido diversos informes sobre los daños ocasionados al Ayuntamiento, así como los informes del secretario general municipal y del interventor. La falta del trámite de audiencia que ha impedido a la interesada conocer estos informes y poder hacer alegaciones sobre los mismos y su contenido podría constituir indefensión para la

adjudicataria, razón por la cual no sería pertinente pronunciarse sobre el fondo antes de la correcta evacuación de este trámite. Es preciso subrayar en este caso, además, que este mismo criterio ya fue sostenido por el Consejo de Estado en el dictamen emitido en el expediente de resolución incoado en 2004 por lo que cabe considerar que es una circunstancia procedimental ya conocida por el Ayuntamiento de Majadahonda”.

En el presente caso, los informes incorporados al expediente, en cuanto que vienen a contradecir los hechos alegados por el reclamante en el trámite de audiencia oponiéndose a la resolución del contrato, sin cumplimentar un nuevo trámite de audiencia, pueden causar indefensión a la empresa contratista. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002 (recurso de casación 5610/1996) la finalidad y alcance de dicho expediente contradictorio, *“va dirigido a poner de manifiesto al contratista los hechos en que se funda la Administración para entender incumplidas las obligaciones y a ofrecer al interesado el derecho de aportar los elementos de juicio y aportar las pruebas que estimen pertinentes”.*

Por todo ello, deberían retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución para que se diera traslado a los interesados del expediente y pudieran formular las alegaciones que estimen pertinentes, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LRJ-PAC.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento.

Es jurisprudencia consolidada, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2009, que el artículo 44.2 LRJ-PAC

establece la caducidad en los expedientes que, iniciados de oficio, *“impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen”*, caducidad que, salvo que una norma prevea otro plazo, será de tres meses (artículo 42.2, letra a). Supuesto que se produce, inexorablemente según la interpretación jurisprudencial que hemos visto, en todos aquellos casos en que la Administración ejerce las prerrogativas, que la ley le reconoce, en materia de contratación administrativa (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 339/09, de 10 de junio, 447/09, de 16 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 479/09, de 7 de octubre, 129/10, de 19 de mayo, 140/11, de 6 de abril y 515/12, de 19 de septiembre).

Este rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, sin embargo, tanto en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5.c) LRJ-PAC.

En el presente expediente, el inicio del procedimiento de resolución del contrato tuvo lugar el 9 de mayo de 2013, cuando el órgano de contratación, el Pleno de la Corporación de Cercedilla, a la vista de los informes elaborados sobre los posibles incumplimientos del contrato, acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato. Consta en el expediente que, con fecha 4 de julio de 2013, el Pleno del Ayuntamiento consultante acordó la suspensión del procedimiento para solicitar dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, notificándose este acuerdo al contratista y a la entidad avalista. De acuerdo con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC, *“este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*.

Teniendo en cuenta que, en la fecha en que se acordó la suspensión del procedimiento de resolución contractual, 4 de julio de 2013, quedaban un mes y cinco días del plazo para resolver el procedimiento, habrá que tener en cuenta que el día 4 de octubre de 2013 volverá a correr el plazo y que el Ayuntamiento tendrá el plazo de un mes y cinco días para cumplimentar el nuevo trámite de audiencia y, solicitar nuevo dictamen a este Consejo Consultivo (podrá pedir, nuevamente, la suspensión del plazo de acuerdo con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC).

Por tanto, el procedimiento no ha caducado.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

En el procedimiento de resolución del contrato no se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia, causando indefensión, por lo que procede la retroacción de las actuaciones a dicho trámite para su observancia.

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.

Madrid, 2 de octubre de 2013