

Dictamen nº:

46/13

Consulta:

Alcalde de San Sebastián de los Reyes

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

13.02.13

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Sebastián de los Reyes, cursada 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, en relación con expediente de resolución contrato de celebrado con la entidad A (actualmente B) (en adelante el contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes –firmada el 26 de noviembre de 2012-, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*” celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excmo. 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 13 de febrero de 2013.

El escrito solicitando el 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:

Por Resolución de la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes de 8 de junio de 2010 se acordó el inicio y tramitación del expediente de contratación denominado “*Servicio de Personal de Sala para el Aula de Estudio y Mediatecas*” con un presupuesto de licitación de 66.673 euros (IVA no incluido) a adjudicar por el procedimiento abierto (folio 19 del expediente administrativo).

El 15 de julio de 2010 la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana dictó resolución por la que aprobaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas Particulares que habían de regir el citado contrato, aprobaba el gasto y el expediente de contratación y acordaba la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato (folio 45). El anuncio de la licitación fue publicado en el BOCAM de 26 de julio de 2010 (folios 47 a 49).

Por Decreto nº 2575/2010, de 17 de septiembre de 2010, la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana acordó adjudicar provisionalmente el contrato a la entidad A, “*por el precio de 55.776 € y un IVA repercutido de 0 €, que supone una baja de 36,3%, en base al informe de fecha 9 de septiembre de 2010 emitido por la Directora de Promoción y Planificación*”(folios 97 y 98). La adjudicación provisional, una vez presentada la documentación requerida en la cláusula 18 del Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares y constituida la garantía definitiva por importe de 2.788 euros y satisfechos los gastos por anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (2.480 euros),

fue elevada a definitiva por Decreto nº 2798, de 5 de octubre de 2010 de la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana.

Con fecha 14 de octubre de 2010 se firmó el meritado contrato por el alcalde de San Sebastián de los Reyes y el representante de la entidad contratista (folios 256 y 257). En la cláusula tercera del contrato se fijaba como plazo de ejecución del mismo: *"dos años a contar desde la firma del contrato"*.

El 7 de marzo de 2011 se firmó documento de rectificación del contrato por el alcalde de San Sebastián de los Reyes y la empresa contratista por no haber contemplado el contrato inicial que el servicio prestado por la empresa contratista estaba sujeto al 18% de IVA, al haberse considerado en la oferta, al igual que el resto de los licitadores, que el citado servicio estaba exento de IVA.

La jefe de sección de Juventud del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes emitió informe el 20 de marzo de 2012 en el que ponía de manifiesto la incomparecencia del personal encargado de prestar el servicio de Aula de estudio y Mediateca el día 18 de marzo y solicitaba que se identificara al personal que prestaría el servicio para el fin de semana siguiente, 24 y 25 de marzo. Según el citado informe: *"Ante estas circunstancias, emitimos informe, proponiendo al Servicio de Contratación para que dé audiencia a la empresa y se pueda resolver el contrato de manera inmediata, si fuese posible en esta semana, siempre que A, no esté interesada en continuar"* (folios 290 y 291).

Por burofax remitido el 23 de marzo de 2012 dirigido al secretario del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, la empresa contratista remite escrito en el que pone de manifiesto que desde diciembre de 2010 no le han sido satisfechas las facturas emitidas y que se le adeudan un total de 27.135,70 euros. En el citado escrito la empresa manifiesta:

«Son muchas las llamadas telefónicas y mensajes electrónicos remitidos a Vds. en los cuales mostrábamos nuestro disgusto con una situación que no podemos soportar por más tiempo.

Es por ello que nos vemos en la obligación de comunicarles que desde hoy mismo, A no va a continuar prestándoles a Vds. el servicio contratado de “personal de sala para aula de estudio y mediateca del Ayuntamiento”, invocando su derecho del contratista a RESOLVER EL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN (artículo 224.7º del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público, TRCSP).

En consecuencia les emplazamos a que emitan Vds. el preceptivo Acuerdo de Resolución, que resuelva favorablemente la procedencia de la misma, acordando el reintegro del depósito constituido en garantía, cuyo importe ascendió a DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO (2.788.- euros, antecedente III. Contrato aaa de 14/10/10), ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 225.4 TRCSP.

Adicionalmente, les recordamos que la Corporación SE ENCUENTRA EN MORA frente a A, por lo que de no abonar la total suma adeudada que se detalla más arriba de forma inmediata, nos veremos en la obligación de reclamárselo judicialmente, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 217 TRCSP» (folios 295 y 296).

El citado burofax fue recibido por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes el día 26 de marzo de 2012, según se hace constar por nota escrita manualmente. El sello del registro de entrada es de 27 de marzo de

2012. No obstante, copia del escrito se remitió por correo electrónico a la jefa de sección de Juventud del Ayuntamiento, quien da traslado del citado correo al Servicio de Contratación, también por vía de correo electrónico. Decía así el mensaje: “*Acabo de recibir en mi dirección de correo electrónico a las 18:57 horas de la tarde, este correo en el que se adjunta texto, que parece ser ha sido remitido mediante burofax al Ayuntamiento*” (folio 297).

El día 26 de marzo de 2012, la jefa de sección de Juventud emitió informe, a la vista del correo electrónico recibido en el que manifestaba:

“*Procedo a revisar las facturas relacionadas en el texto, comprobando que según la documentación que existe en la Sección de Juventud e Infancia, las facturas de la serie bbb, con números ccc, ddd, eee, fff y ggg, se corresponden con la prestación del servicio de punto de información de Voluntariado con número de contrato menor fff.*

Mediante llamada al centro joven, la mañana del sábado 24 y la tarde del domingo 25 de marzo, compruebo a través del personal de la empresa adjudicataria del servicio de personal para el control de acceso del centro joven, que no se ha presentado ningún trabajador de A para la ejecución del servicio de aula de estudio y mediateca.

Ante estas circunstancias, emitimos informe, proponiendo al Servicio de Contratación para que proceda en la manera que corresponda; teniendo en cuenta que A, no va a seguir prestando el servicio contratado” (folios 301 y 302).

Con fecha 26 de marzo de 2012, el jefe del Servicio de Contratación con el visto bueno del concejal de Contratación emitió informe en el que desestimaba la solicitud de resolución del contrato formulada por la

empresa contratista al considerar que en la fecha de emisión del informe no habían transcurrido los 8 meses desde la emisión de ninguna de las facturas reclamadas y reconocimiento de la prestación del servicio por el director del contrato, por lo que no concurría causa de resolución unilateral por el contratista. Asimismo, tampoco se había comunicado la suspensión de la ejecución del contrato, como previene el artículo 216.5 TRLCSP ni que se hubiera iniciado el procedimiento del artículo 217 TRLCSP para reclamar el pago y, en su caso, los intereses de demora. El informante reconocía que las facturas habían sido reconocidas dentro del Plan regulado en el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores y que existía un incumplimiento del contrato por la entidad A que no prestó el servicio contratados los días 18, 24 y 25 de marzo de 2012. El jefe del Servicio de Contratación consideraba que existía causa de resolución del contrato por el tercero de los incumplimientos (los dos primeros determinaban la imposición de penalidades) y acordaba:

“Especificadas las consecuencias del incumplimiento de la prestación en la citada cláusula, que pasan por la imposición de penalidades hasta el segundo incumplimiento, penalidades que se harán efectivas con cargo a la facturación mensual o con cargo a la fianza definitiva (art. 212.8 TRLCSP); y por la resolución del contrato con el tercero de los incumplimientos, resolución que llevará aparejada la incautación de la fianza definitiva que, por importe de 2.788 € ha sido depositada en este Ayuntamiento mediante aval de la entidad aseguradora C el 4 de octubre de 2010, procedería:

De conformidad con lo dispuesto en el art. 84 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y previamente a la adopción del acuerdo de imposición de penalidades, otorgar trámite de

audiencia a las mercantiles A y entidad avalista C a efectos de que, en el plazo de diez días, pueda tener vista en el expediente y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinente en defensa de sus derecho e intereses” (folios 304 y 305).

Con fecha 27 de marzo de 2012, el concejal delegado de Contratación, Desarrollo Local y Festejos, a la vista del anterior informe, dicta Decreto 1044/12 por el que se acuerda dar audiencia al contratista previa a la resolución del contrato (folios 310 a 312).

Por escrito presentado por el representante de B (antes A) el 19 de abril de 2012, la empresa contratista se opone a la resolución del contrato porque considera acreditado el incumplimiento de la Administración al haber transcurrido más de catorce meses desde la emisión de la factura iii, de 31 de diciembre de 2010 y remisión el día 11 de enero de 2011 sin que haya sido satisfecha (folios 321 a 323).

Por escrito presentado el 27 de abril de 2012, la entidad aseguradora también efectúa alegaciones y se opone a la resolución del contrato (folios 325 y 326).

Con fecha 3 de mayo de 2012, la jefa de sección de Juventud e Infancia emite informe en el que calcula los perjuicios económicos causados al Ayuntamiento en 1.693,75 euros “*dejando a criterio del jefe de Servicio de Contratación para que se calculen los costes económicos por daños morales derivados del incumplimiento y se añadan los gastos administrativos del personal de dicho Servicio*” (folios 329 a 332).

El 7 de mayo de 2012, el jefe de Servicio de Contratación, con la conformidad del secretario del Ayuntamiento, emite informe (folios 333 a 337), en el que propone:

“Resolver el contrato suscrito con la mercantil A que tiene por objeto la presentación del servicio de Personal de sala para Aula de estudio y Mediateca del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes por causas imputables al contratista, el abandono del servicio desde el 18 de marzo y hasta la fecha.

Fijar daños y perjuicios ocasionados a esta Administración en 5.472,08 €, importe del sobrecoste de la prestación del servicio hasta el vencimiento del contrato y nueva adjudicación, y que resulta de haberse adjudicado actualmente por contratación menor por el precio de licitación, 20,08 €/hora, sin poder considerar con el nuevo prestatario del servicio la baja del 36,3% que ofertó el adjudicatario.

Otorgar plazo de QUINCE DÍAS a la mercantil A para que proceda al pago de 5.472,08 € en que se valoran los daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

Estando pendiente el pago de la facturación correspondiente al año 2012, y de no hacer manifestación en contrario en el periodo de pago voluntario, se procederá a compensar el importe de la indemnización con la facturación pendiente. De no procederse al abono de dicha cuantía en el plazo otorgado o no hacerse efectiva la compensación de deudas, se procederá a iniciar vía de apremio para el cobro con cargo a la garantía depositada y procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación”.

Solicitado dictamen a este Consejo Consultivo, con fecha 22 de junio de 2012, este órgano emitió su Dictamen 373/12 en el que, a la vista del incumplimiento recíproco de las partes (demora en el pago por la Administración y abandono unilateral del servicio por el contratista, sin esperar a la resolución del contrato en el procedimiento iniciado por él) se

moderaba el importe de la indemnización fijada por la Administración (5.472,08 €), que se reducía al importe de la garantía constituida (2.788 €) y se concluía que procedía «*la resolución del contrato de servicio de “Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca”, por incumplimiento del contratista al haber abandonado la prestación del servicio por decisión unilateral y sin esperar a la tramitación del procedimiento de resolución solicitado, con incautación de la garantía*» (folios 342 a 364).

Con fecha 27 de junio de 2012, se produjo la caducidad del expediente de resolución del contrato iniciado el día 27 de marzo. Por Decreto de 21 de septiembre de 2012 del concejal delegado de Contratación, Desarrollo Local y Festejos, a propuesta del jefe del Servicio de Contratación, acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*” (folios 367 a 384), que se notifica a los dos interesados en el procedimiento, la empresa contratista y la entidad aseguradora.

TERCERO.- El día 27 de septiembre de 2012, el concejal delegado de Contratación, Desarrollo Local y Festejos acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución del contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*”, que se notifica a la empresa contratista y a la entidad aseguradora.

Con fecha 18 de octubre de 2012, por escrito presentado en el registro de la Delegación del Gobierno en Andalucía, la entidad aseguradora formula alegaciones y se opone a la incautación de la garantía propuesta porque “*para que fuera procedente la incautación de la garantía han debido ocaionarse daños y perjuicios, ya que será precisamente de la cantidad que se hubiera establecido por dicho concepto de donde se deducirá el importe de la garantía*”. Además, añade que la contratista ha

sido declarada en concurso de acreedores, por lo que procedería la resolución del contrato por esta causa y, en consecuencia, no resultaría procedente la incautación de la garantía porque, según el artículo 225.4, “*sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable*”(folios 418 a 441).

El día 30 de octubre de 2012 presenta nuevo escrito, tras la notificación del trámite de audiencia en el que se reitera y remite a sus alegaciones presentadas el día 18 de octubre (folios 442 a 466).

Con fecha 22 de noviembre de 2012, el jefe del Servicio de Contratación, con la conformidad del titular de la asesoría jurídica y el interventor municipal, emite informe en el que se propone la resolución del contrato y fija los daños y perjuicios causados a la Administración en 5.472,08 €, importe del sobrecoste de la prestación del servicio hasta el vencimiento del contrato y nueva adjudicación y que resulta de haberse adjudicado actualmente por contratación menor por el precio de licitación, 20,08 €/hora, sin poder considerar con el nuevo prestatario del servicio la baja del 36,3% que ofertó el adjudicatario, si bien, y a tenor de lo dictaminado por el Consejo Consultivo, que declaró que “*el importe de la garantía constituida se entiende suficiente para indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración, pues también debe tenerse en cuenta, al tiempo de la liquidación del contrato, los daños y perjuicios causados al contratista por la morosidad de la Administración*”, se cuantifican los daños y perjuicios en 2.788 € (folios 467 a 472).

Al haberse iniciado un nuevo procedimiento de resolución contractual, se solicitó nuevo dictamen al Consejo Consultivo el día 26 de noviembre de 2012, acordándose el día 28 de noviembre la suspensión del procedimiento “*por el tiempo que medie entre la petición de dictamen del*

Consejo Consultivo y la recepción del informe". En la citada resolución se acuerda su notificación a los interesados, si bien no aparece en el expediente remitido el acuse de recibo que acredite que, efectivamente, la notificación se ha efectuado.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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”.*

La solicitud de dictamen por el alcalde de San Sebastián de los Reyes 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 14.3 de la Ley 6/2007 (*“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”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación definitiva a la contratista el 5 de octubre de 2010.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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”.

La disposición final duodécima de la LCSP había previsto su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de octubre de 2007, de manera que la nueva, estaba vigente desde el 30 de abril de 2008.

A su vez, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su Disposición Transitoria 7^a que *“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido 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”*.

Por tanto, le resulta aplicable la LCSP en su redacción anterior a la Ley 2/2011.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 195.3 LCSP, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato define en su artículo 1 el objeto del mismo, que constituye la prestación del servicio de personal de sala para Aula de Estudio y Mediateca del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, durante un período de vigencia de dos años.

En este sentido, la cláusula tercera del contrato firmado el día 14 de octubre de 2010, señala como plazo de ejecución: *“dos años a contar desde la firma del contrato”*.

Por tanto, nos encontramos ante un contrato extinguido (14 de octubre de 2012), cuya resolución ya no es posible. Ello no obstante, nada impide que en la liquidación del contrato se tenga en cuenta, el incumplimiento culpable del contratista, que abandonó la prestación del servicio unilateralmente desde el mes de marzo, sin esperar a la resolución del procedimiento instado por él. Por ello, en la liquidación del contrato, habrá de tenerse como ya señaló este Consejo Consultivo en su Dictamen 373/12, de 20 de junio que, ante la propuesta de resolución de la Administración que fijaba una indemnización de daños y perjuicios por importe 5.472,08 euros, por el importe del sobrecoste de la prestación del servicio hasta el vencimiento del contrato y la nueva adjudicación, se modere esta indemnización en 2.788 € (importe de la garantía

constituida), al tener en cuenta “*al tiempo de la liquidación del contrato los daños y perjuicios causados al contratista por la morosidad de la Administración*”.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*”, cuya resolución se pretende está extinguido por transcurso de su plazo de duración, por lo que no procede su resolución.

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, 13 de febrero de 2013