

Dictamen nº: **89/21**

Consulta: **Alcalde de Madrid**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **16.02.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 16 de febrero de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a través de la Consejería de Vivienda y Administración Local Vicepresidencia, sobre resolución del contrato de servicios denominado “*Organización y desarrollo de actividades de gran audiencia y las fiestas populares en el Distrito de Vicálvaro durante el año 2019/2020*”, *Lote 1: Fiestas del Distrito y patronales.*” adjudicado a la empresa FRIEND’S GROUP TECNICAS DEL ESPECTÁCULO S.L.U. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de diciembre de 2020 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por el alcalde de Madrid, a través del consejero de Vivienda y Administración Local, relativa al expediente sobre la resolución del contrato servicios denominado “*Organización y desarrollo de actividades de gran audiencia y las fiestas populares en el Distrito de Vicálvaro durante el año 2019/2020, Lote 1: Fiestas del Distrito y patronales.*”

La solicitud vino acompañada de un expediente administrativo que no se correspondía con el asunto sobre el que se solicitaba dictamen, instándose la subsanación por medio de oficio del secretario de esta Comisión en fecha 5 de enero, remitiéndose por el Ayuntamiento el expediente correcto el día 21 de enero de 2021.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora con el nº 1/21, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión en su sesión de 16 de febrero de 2021.

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

Con fecha 8 de enero de 2019, se anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público la licitación por el distrito de Vicálvaro del Ayuntamiento de Madrid, del contrato de servicios denominado “*Organización y desarrollo de Actividades de gran audiencia y las fiestas populares en el Distrito de Vicálvaro durante 2019/2020*”, estando el mismo dividido en tres lotes, comprendiendo el lote 1: la organización y dinamización de las fiestas del distrito y patronales.

El referido contrato de servicios, Lote 1, fue adjudicado por Decreto de fecha 29 de marzo de 2019 del concejal-delegado del Distrito de Vicálvaro, a la empresa FRIEND'S GROUP TECNICAS DEL ESPECTÁCULO S.L.U., por un importe de 199.299,10 euros (IVA incluido); formalizado en fecha 30 de abril de 2019, con una duración comprendida desde el 3 de junio de 2019 hasta el 2 de junio de 2020, estando prevista la prórroga por un año adicional.

Por Decreto de fecha 19 de marzo de 2020 del Concejal-Delegado del Distrito de Vicálvaro, se aprobó una prórroga de común acuerdo

por un periodo desde el 3 de junio de 2020, hasta el 2 de junio de 2021, por un importe de 199.299,10 euros (IVA incluido).

Por Decreto de 27 de abril de 2020 de la concejal-delegada del Área de Coordinación Territorial, Transparencia y Participación Ciudadana, por razones sanitarias, se suspendieron las fiestas en los Distritos cuya celebración estuviera prevista entre los meses de mayo y octubre.

Con fecha 25 de agosto de 2020, se emitió informe técnico y jurídico en el que se informaba de lo siguiente:

“(...)transcurrido el periodo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, para la realización del conjunto de actividades festivas en los meses de junio, julio y agosto, sin que se hayan podido realizar, NO por causa imputable al adjudicatario, sino como consecuencia de las medidas de prevención sanitaria en la lucha frente al COVID-19 y toda vez que NO es posible la realización de las prestaciones en fechas y períodos diferentes, lo que justifica la NO modificación del contrato en estos términos, se propone la RESOLUCION del presente lote 1, como consecuencia de “imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados”

En fecha 1 de septiembre de 2020, mediante Decreto del concejal-presidente del Distrito de Vicálvaro, se inicia expediente para la resolución del contrato por causa no imputable al contratista, al amparo de lo previsto en el artículo 211.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, sin que concurra causa imputable al contratista.

Con fecha 3 de septiembre de 2020 se dio audiencia al contratista, quien mediante escrito presentado el 14 del mismo mes, formula las siguientes alegaciones:

1.- El Ayuntamiento de Madrid, aun siendo conocedor de la declaración del estado de alarma y los efectos que la misma tenía sobre las reuniones multitudinarias y la celebración de eventos y festejos populares, prorrogó este contrato por un año más, a iniciativa propia.

2.- Que en base a la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y al artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 31 de mayo, el contrato adjudicado y prorrogado quedó suspendido durante un periodo de 78 días, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 1 de junio de 2020, por lo cual la prórroga de un año acordada se extiende no hasta el 2 de junio de 2021, sino hasta el 17 de agosto de 2021 y que por lo tanto, se puede celebrar tanto las fiestas populares de Vicálvaro de junio de 2021, como las fiestas patronales de los días 14 y 15 de agosto de 2021.

3.- Que, en todo caso, se podría modificar el contrato *para cambiar la ejecución de los festejos populares y patronales de 2020 por los correspondientes a 2021*, al amparo del artículo 205 LCSP.

4.- En último término sostiene que “*la resolución del Contrato que hace la administración, basándose en la suspensión de todos los festejos de las Juntas Municipales de Distrito desde mayo a octubre de 2020, al afectar a un Contrato cuya prestación ya se ha iniciado, supone realmente un desistimiento del artículo 313.1 b) de la LCSP por lo que el importe a satisfacer a mi representada por la resolución del Contrato no será el 3% a que se hace referencia en el Decreto del Concejal Presidente de 1 de septiembre de 2020 sino el 6 % del importe de lo no ejecutado, IVA excluido a que se refiere el citado artículo 313.1 b) de la LCSP.*“

A la vista del expediente y de las alegaciones de la contratista, se formula propuesta de acuerdo en la que, tras recoger los hechos y fundamentos de derecho que se consideran aplicables, se propone:

“Primero.- Desestimar las alegaciones interpuestas por FRIEND’S GROUP TÉCNICAS DEL ESPECTÁCULO, S.L.U. de fecha 14 de septiembre de 2020, realizadas en su condición de adjudicataria del contrato de servicios denominado “Organización y desarrollo de Actividades de gran audiencia y las fiestas populares en el Distrito de Vicálvaro durante 2019/2020. Lote 1: Fiestas del Distrito y patronales”, contra el Acuerdo de inicio de expediente para la Resolución del Contrato de fecha 1 de septiembre de 2020, toda vez que de acuerdo con las características del contrato, no ha dado lugar a la suspensión del mismo, que la modificación prevista no ha lugar por afectar a un elemento esencial del objeto del contrato, y que procede la resolución de acuerdo con la causa establecida en el artículo 211, apartado primero, punto g) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo.- Resolver el contrato de servicios denominado “Organización y desarrollo de Actividades de gran audiencia y las fiestas populares en el Distrito de Vicálvaro durante 2019/2020. Lote 1: Fiestas del Distrito y patronales”, adjudicado a la empresa FRIEND’S GROUP TECNICAS DEL ESPECTÁCULO S.L.U., en virtud de lo establecido en el artículo 209 y 211.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como consecuencia de las medidas de prevención sanitaria en la lucha frente al COVID-19 y a la imposibilidad de la realización de las prestaciones en fechas y períodos diferentes.

Tercero.- Reconocer a la adjudicataria FRIEND’S GROUP TÉCNICAS DEL ESPECTÁCULO, S.L.U., una indemnización de 4.941,3 euros, dándole nuevo trámite de audiencia de un plazo de

diez días hábiles a fin de que dé su conformidad a dicha cantidad propuesta, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación del presente acuerdo.

Cuarto.- Devolver la garantía definitiva depositada por la citada empresa, con mandamiento de ingreso nº 720002186 y nº de registro 2019002195, de fecha 1 de marzo de 2019, por importe de 8.235,50 euros”.

En fecha 13 de octubre de 2020, se emite informe por la letrada consistorial favorable a la propuesta de resolución al considerar que el contrato no puede ser objeto de modificación, conforme los artículos 204 y 205 de la LCSP, al no poderse realizar el objeto del contrato en fechas diferentes de las previstas en el contenido de los pliegos, siendo el 6 de noviembre cuando suscribe informe de conformidad la Intervención Municipal.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente tramitado por una entidad local relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 29 de marzo de 2019, por lo que le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17), en cuyo artículo 190 se dispone que “*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 esta*”.

Por su parte, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: “*[l]a resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

De conformidad con el apartado 4 de la disposición adicional 2^a de la LCSP/17: “*En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales*”.

Es pues el órgano de contratación de la entidad local quien ha de proceder a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, sin perjuicio de la posible delegación.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 prevé que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 y, en el ámbito de la Administración local, 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, son necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, constando en el expediente que se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica que sustituye al informe de la Secretaría en los municipios de gran población, y el informe de la Intervención Municipal.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17 es de ocho meses conforme su artículo 212.8. Por tanto, ha de entenderse que el procedimiento, iniciado por Decreto de 1 de septiembre de 2020, no se encuentra caducado.

TERCERA.- La propuesta de resolución estima que procede la resolución contractual al amparo del artículo 211 g) de la LCSP/2017, en el que se recoge como causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en

menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La imposibilidad de ejecutar la prestación está motivada por la cancelación de las fiestas a celebrar en el verano de 2020, cuya organización constituyen el objeto del contrato, acordada por Decreto de 27 de abril de 2020 de la concejal-delegada del Área de Coordinación Territorial, Transparencia y Participación Ciudadana, como consecuencia de la pandemia por COVID 19, declarada por la Organización Mundial de la Salud el día 11 de marzo de 2020. Nos encontramos, por tanto, ante una imposibilidad jurídica que trae causa de un hecho imprevisible e inevitable

La contratista considera que no cabe la resolución del contrato al entender que está vigente hasta el 17 de agosto de 2021, por lo que podrán celebrarse y, por ende, organizar las fiestas populares del mes de junio y las patronales de los días 14 y 15 de agosto. Así, sustenta en su oposición que conforme a la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 31 de mayo, el contrato adjudicado y prorrogado quedó suspendido durante un periodo de 78 días, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 1 de junio de 2020, por lo cual la prórroga de un año acordada se extiende no hasta el 2 de junio de 2021, sino hasta el 17 de agosto de 2021.

Sin embargo, debe señalarse que las normas invocadas hacen referencia a la suspensión de los plazos procedimentales. La posibilidad de suspensión de los contratos por razón del COVID 19, viene recogida en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que lo limita a los contratos

de servicios de prestación sucesiva cuando exista una imposibilidad de prestación y lo supedita al acuerdo del órgano de contratación adoptado a instancia del contratista. El contrato cuya resolución se somete a dictamen, ni es de trato sucesivo ni consta acuerdo alguno de suspensión, lo que nos lleva a considerar que el mismo concluye el 2 de junio de 2021, por mor del acuerdo de prorroga adoptado el 19 de marzo de 2020.

A la imposibilidad de ejecutar la prestación objeto del contrato en sus propios términos, se une como requisito para la resolución del contrato que el mismo no pueda ser modificado conforme a lo previsto en la propia LCSP/2017, lo que nos obliga a analizar si esa modificación sería posible.

Cabe recordar, como señalábamos en nuestro Dictamen 140/20, de 19 de mayo, que la jurisprudencia europea venía considerando que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013(T-235/11).

Esta jurisprudencia motivó la necesaria reforma de la normativa española en lo relativo a las modificaciones contractuales por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y autorizó al Gobierno a elaborar el TRLCSP, actualmente derogado.

En este sentido, el dictamen 215/2010, de 18 de marzo del Consejo de Estado, sobre el anteproyecto de la citada ley, señala que como contrapartida de al nuevo régimen de los modificados:

"Se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos, cual es "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato" (artículo 206.h) de la Ley de Contratos del Sector Público, conforme a la disposición final décima octava del texto remitido). En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 208.6).

La valoración global del régimen proyectado es positiva. Ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir "prácticas viciosas" susceptibles de "frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación" de contratos públicos (dictamen del expediente número 34/2007, de 1 de febrero). La regulación en preparación contribuye a evitar este efecto, toda vez que se restringen las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación contractual y el alcance que puede tener si no está prevista en la documentación de la licitación, mientras que, de estar contemplada en ella, la modificación no atenta contra el principio de concurrencia, pues todos los licitadores conocen antes de participar en el procedimiento de adjudicación en qué circunstancias y porcentaje la modificación puede llegar a producirse una vez suscrito el contrato. En este sentido, la Comisión Nacional de la Competencia ha manifestado una opinión favorable a los cambios estudiados. Ahora bien, no se le oculta al Consejo de Estado que la técnica de los modificados está muy arraigada en la práctica administrativa, por lo que no se descarta que la nueva regulación genere dificultades en su aplicación hasta que las empresas licitadoras sean capaces de ajustar sus ofertas al régimen que se propugna introducir".

Por tanto, los principios de igualdad y concurrencia obligan a ser restrictivos a la hora de analizar la procedencia de la modificación de contrato cuando esta posibilidad no está prevista en los pliegos, como sucede en el contrato que nos ocupa. Ahora bien, el principio de eficacia administrativa y de eficiencia económica, y los derechos del adjudicatario deben ser también tenidos en consideración para procurar la conservación de los contratos cuando ello sea material y legalmente posible, y a ello responde la propia redacción literal del artículo 221 g) LCSP, que excluye esa causa de resolución cuando sea posible la modificación y siempre que esta no implique una alteración del precio en cuantía superior al 20 por ciento del precio inicial

Así, procede determinar si estamos ante alguno de los supuestos de modificación a los que hace referencia el artículo 205 LCSP, como sostiene el contratista. En concreto, cabe examinar el supuesto previsto en el apartado 2.b), que admite la modificación cuando se cumplan las siguientes condiciones:

“1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido”.

Ciertamente, la pandemia mundial por COVID 19, declarada por la Organización Mundial de la Salud el dia 11 de marzo de 2020, y las medidas sanitarias que ha conllevado, entre ellas la suspensión de fiestas y eventos públicos, ha de considerarse como un paradigma de hecho imprevisible. En ese sentido, no constan antecedentes de

cancelación de la totalidad de las fiestas populares por razón de una crisis sanitaria, lo que hace totalmente razonable que esa eventualidad, inevitable y exógena, no se hubiera previsto en los pliegos del contrato.

Por su parte, la modificación del contrato para que el mismo servicio que constituye su objeto se preste en las próximas fiestas que se celebren, prorrogando al efecto su duración, no implica alteración de la naturaleza global del contrato ni de su cuantía, en tanto que no se amplían los servicios a prestar si no el momento de su prestación.

Estaríamos, por tanto, ante uno de los supuestos excepcionales de modificación contractual por causa no prevista en los pliegos, que no conculcan los principios de igualdad y concurrencia, en tanto que el contratista se presume que resultó adjudicatario conforme a esos principios y no ha podido prestar el servicio contratado por causas extraordinarias no imputables al mismo. En efecto, la modificación no estaría motivada por el ánimo de eludir la concurrencia sino para permitir la ejecución del contrato ya licitado.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede resolver el contrato de servicios denominado “*Organización y desarrollo de Actividades de gran audiencia y las fiestas populares en el Distrito de Vicálvaro durante 2019/2020. Lote 1: Fiestas del Distrito y patronales*”, al amparo del artículo 211 g) LCSP, por ser posible su modificación.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de febrero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 89/21

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid