
Resolución de recurso de reposición contra Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de incoación de expediente para la determinación del cumplimiento defectuoso o, en su caso, del incumplimiento del contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio

*Ayuntamiento de Majadahonda*¹

I. ANTECEDENTES

1. El 24 de noviembre de 2008, por la Junta de Gobierno Local se aprueba el expediente de contratación, pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la adjudicación, por el procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, del contrato administrativo especial para la prestación del servicio de ayuda a domicilio (lote I).

2. Tras la tramitación del oportuno expediente, la empresa XXX, resultó adjudicataria del contrato en virtud del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno local en fecha 23 de febrero de 2009, formalizándose el correspondiente contrato el 26 de febrero siguiente.

3. Se establece un plazo de ejecución del contrato de dos años computados desde el día 5 de marzo de 2009, pudiendo prorrogarse, de forma expresa, por mutuo acuerdo entre las partes, previo a su finalización, sin que la duración del mismo pueda exceder de cuatro años. Por tanto, los dos años de vigencia inicial del contrato concluyen el próximo 5 de marzo de 2011.

4. Durante la vigencia del contrato se han puesto de manifiesto distintas irregularidades en su ejecución que han dado lugar a la iniciación del correspondiente expediente para determinar si hubo incumplimientos contractuales y, en su caso, las consecuencias que de esos hechos pudieran derivarse.

5. Iniciado el expediente mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de agosto de 2010, se da traslado a la adjudicataria de los posibles incumplimientos que se resumen en grandes bloques: falta de acreditación de las altas laborales de los trabajadores, falta de remisión de la memoria semestral del desarrollo del servicio a la que

¹ Informe elaborado por Yolanda Salazar Corredor, Secretaria General Actal.

obligaba el pliego, incumplimiento de las obligaciones y compromisos establecidos en el Convenio Colectivo de Ayuda a Domicilio, así como las obligaciones en materia de Seguridad Social y omisión de comunicación a la Concejalía de Servicios Sociales de la existencia de una convocatoria de huelga indefinida por parte de los trabajadores, previa a la iniciación de la misma.

6. Frente a este acuerdo de incoación de expediente para la determinación del cumplimiento defectuoso o en su caso incumplimiento del contrato, la adjudicataria interpone recurso de reposición en tiempo y forma, mediante escrito presentado en el ayuntamiento el 10 de septiembre de 2010 (RE. 18449) que fundamenta en distintas cuestiones objeto de estudio del presente informe.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

— Arts. 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

— Art. 196 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

— Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

— 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.

— Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

— Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril.

— Ley 30/1992, de 26 de abril, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

— Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

— Los Pliegos de Condiciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas particulares que rigen en la adjudicación del contrato de referencia.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

A continuación estudiaremos las distintas cuestiones en las que la contratista fundamenta su recurso. Como cuestión previa debemos señalar que la recurrente en ningún momento niega los incumplimientos que se le imputan, sino que trata de justificarlos en unas u otras causas e intenta reducir la posible sanción que pudiera recaer, a pesar de que no se señala ésta en el acuerdo de iniciación.

1. Falta de acreditación de las altas laborales de los trabajadores que prestan el servicio

Inicia su recurso reconociendo el incumplimiento que se le imputa sin que pueda considerarse causa válida para desvirtuarlo su alegación de que en el pliego no se establecía ni el momento para hacerlo ni medió requerimiento por parte del ayuntamiento.

La cláusula XII, apartado 1, del Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante PCA), establece con claridad meridiana que «el Ayuntamiento de Majadahonda y el contratista adjudicatario quedan obligados al cumplimiento del contrato desde el momento del acuerdo de adjudicación con sujeción a éste pliego de cláusulas administrativas particulares, al pliego de prescripciones técnicas y demás documentación contractual y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diera al contratista el Ayuntamiento de Majadahonda».

Siendo esto así, no puede la parte recurrente obviar que en el apartado 5.2.e) de la cláusula IV del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) señala expresamente que «cuando se produzcan altas laborales de trabajadores prestadores del servicio, la empresa adjudicataria presentará a la Concejalía de Servicios Sociales y Familia, la acreditación correspondiente de cada uno de ellos».

En consecuencia, no se ajusta a la realidad que la empresa deba esperar un requerimiento municipal para cumplir una obligación que el PPT señala concretamente cuándo debe cumplirse, es decir, cada vez que se produzca un alta laboral.

Respecto a la alegación de que cualquier sanción que se decida respecto de este hecho es desproporcionada, debemos recordar a la adjudicataria recurrente que la sanción a imponer no es una decisión discrecional del Órgano de contratación, sino que acudiendo nuevamente al PPT, es éste el que califica tal infracción como grave. No en balde, la Constitución Española de 1978 garantiza en el art. 9.3 «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», así como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que en su art. 129.2 preceptúa que no cabe ninguna sanción sin que previamente la conducta a sancionar haya sido tipificada como infracción y, más concretamente, «únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley».

Conclusión

Se trata de una conducta tipificada en el pliego como infracción a la que le corresponde, según el mismo documento contractual, una calificación grave. Infracción que ha sido expresamente reconocida por la empresa adjudicataria en el texto de su recurso. Que su conducta podía derivar responsabilidad era conocido por la empresa desde el

momento de presentarse a esta licitación, pues los pliegos son públicos y concurrir supone su aceptación.

2. Memoria semestral

La argumentación de la contratista es idéntica al apartado anterior, ya que reconoce el incumplimiento pero lo pretende justificar en que no ha sido requerido para ello. No repetiremos toda la argumentación anterior, pero en el mismo sentido, recordar que es el apartado 5.2.f) de la cláusula IV del PPT el que señala esta obligación que debe ser cumplida y cuya omisión se califica en la cláusula VIII, apartado 8.2 —al igual que la anterior— como infracción grave.

Por lo que se refiere al hecho de que el ayuntamiento no aceptara una mejora propuesta por la empresa que consistía en la implantación de la plataforma informática JANO, accesible por el personal de la Concejalía desde donde se podía acceder en tiempo real a toda la operativa del servicio, nada obsta a la conducta infractora que, insistimos, está tipificada en el pliego.

En conclusión, son cuestiones distintas pues aunque la Administración hubiera aceptado la mejora, aun no estando obligada a ello, la Memoria semestral debería presentarse igualmente a la vista de la redacción del PPT. A esto hay que añadir que el contrato lleva dieciocho meses de ejecución, lo que supone que debía haber presentado ya tres memorias semestrales y prueba un incumplimiento continuado de lo preceptuado en el PPT.

3. Incumplimiento de las obligaciones y compromisos establecidos en el convenio colectivo de ayuda a domicilio, así como de las obligaciones en materia de seguridad social

La recurrente pretende justificar este incumplimiento que reconoce el retraso del ayuntamiento en el pago de las certificaciones. Sobre este particular, esta Secretaría sólo puede aportar la doctrina general sobre el principio de riesgo y ventura para el contratista que rige en la contratación pública, pero dado que se trata de cuestiones económicas, el razonamiento de este apartado se ha informado por la Intervención Municipal.

La recurrente reconoce el impago de la nómina de los trabajadores y lo pretende justificar en el supuesto «incumplimiento por parte de este ayuntamiento de los periodos de pago establecido en los pliegos y en la ley de contratos». Sobre estos temas la Intervención informa lo siguiente:

«Dispone el art. 200 de la LCSP que “la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato”.

Transcurrido el plazo de sesenta días sin haber hecho efectivo el abono del precio, los contratistas podrán reclamar, por escrito, a la Administración contratante, el cumplimiento de la obligación de pago, y, en su caso, de los intereses de demora.

Este ayuntamiento ha reconocido intereses de demora cuando ha existido solicitud de los mismos por la empresa contratista, siendo este un mecanismo de penalización a la Administración que incumple los plazos establecidos legalmente y no un mecanismo que permita la prolongación de los periodos de pago.

Además, y siguiendo con el art. 200 de la LCSP, sus puntos quinto y sexto, facultan al contratista a suspender la ejecución del contrato, previa comunicación a la Administración, si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, y a resolver el contrato si fuera superior a ocho meses, con resarcimiento de daños y perjuicios, sin embargo no se han producido estos supuestos en ningún caso.

En cuanto a la inadmisión de toma de razón y endoso de las facturas, hay que decir que el Ayuntamiento de Majadahonda no entra en el ámbito privado de la cesión de créditos entre particulares, ya que es un negocio jurídico ajeno al mismo, sin embargo para realizar la toma de razón es necesario acreditar y comprobar que la empresa cedente tiene poder suficiente para realizar la transmisión.

Incumplimiento por parte del ayuntamiento del presupuesto base de adjudicación del concurso:

En primer lugar decir que se aprecia en este escrito una confusión respecto de la terminología que hace referencia al precio del contrato. El presupuesto base de licitación al que hacen referencia los Pliegos, y que sirve de base para la presentación de las ofertas del concurso, se establece sobre precios unitarios (precio/hora) hasta una cantidad máxima de gasto que puede o no llegar a producirse.

El estudio económico que acompaña a los Pliegos de Prescripciones Técnicas es un cálculo o previsión de máximos, y por tanto la cantidad económica que figura en los Pliegos es limitativa, desde el punto de vista presupuestario y no vinculante, desde el punto de vista de la ejecución del contrato.

Es lógico por tanto que en este caso la facturación se determine a través de certificaciones mensuales valoradas de los trabajos realmente ejecutados durante dicho periodo.

Respecto de los puntos relativos a los gastos de alquiler de una oficina donde ubicar a la Coordinadora del Servicio, la incertidumbre en el sector financiero debida a la crisis económica, y la falta de cobro de facturas de otros ayuntamientos, es necesario aclarar que cuando la empresa contratista concurrió a la licitación, acreditó su solvencia por los medios establecidos en el art. 64 de la LCSP, hecho este que le permitió tomar parte en la misma.

Las circunstancias alegadas forman parte del riesgo y ventura del contratista (recogido tanto en el art. 199 de la LCSP como en los Pliegos de Cláusulas Administrativas de esta licitación), el cual, si considera que las circunstancias sobrevenidas durante la ejecución del contrato han producido una alteración en el equilibrio económico del contrato, puede solicitar de la Administración contratante la modificación del mismo, pero nunca dejar de cumplir dicho contrato en los términos pactados, ni incumplir las obligaciones salariales y sociales de sus empleados».

Visto cuanto se explica en el informe de Intervención, no aporta la recurrente ningún elemento que permita alterar la calificación inicial de infracción grave de la cláusula 2.3 del pliego de prescripciones técnicas.

4. Omisión de comunicación a la concejalía de servicios sociales de la convocatoria de huelga indefinida por parte de los trabajadores de la empresa

Sin duda el tema más importante que debemos tratar es la incidencia de la huelga. Sobra reiterar la sensibilidad de la población afectada por este contrato: personas mayores, dependientes y en algunos casos, encamados.

La gravedad que la interrupción de este servicio tuvo se incrementó más por el hecho de tratarse de fechas estivales en las que esta población es más débil e incluso, tal y como informa la responsable del Área de Mayores el 19 de julio de 2010, «la ausencia prolongada de servicio en dichos domicilios ocasionaría situaciones de riesgo para los beneficiarios».

Desde que la empresa fue informada de la convocatoria de la huelga indefinida el día 8 de julio de 2010, hasta el día 12 de julio del presente, no se comunica al ayuntamiento esta circunstancia, señalando que «la huelga tendrá poca incidencia en el servicio debido al poco seguimiento de la misma por parte de los auxiliares», todo ello según la representante de los Trabajadores. Sin embargo, no es hasta el día 16 de julio de 2010 cuando se empieza a hablar (vía correo electrónico) de planificar servicios mínimos «para prevenir», pero sigue sin remitirse la convocatoria de huelga hasta unas horas más tarde y a requerimiento de la responsable del Área de Mayores, como puede comprobarse de los correos electrónicos obrantes en el expediente.

Ante la incapacidad de la empresa para llegar a un acuerdo de servicios mínimos con los trabajadores, éstos se fijan por Decreto de Alcaldía núm. 2387/2010, de 20 de julio.

La huelga continúa por impago de los salarios de los trabajadores, suspendiéndose cautelarmente mientras el ayuntamiento estudiaba la posibilidad de ceder el contrato al Grupo XXX. Es evidente que la incertidumbre laboral de los trabajadores ha provocado que la prestación del servicio se haya resentido, lo que no significa que desde el ayuntamiento como titular de éste se deba consentir que no se desarrolle el contrato en las condiciones establecidas en el pliego, ya que es labor de la Administración vigilar que todas los servicios de los que sea titular tiendan a la eficiencia.

El tratamiento de la empresa respecto de la huelga merece, a juicio del técnico que suscribe la calificación de incumplimiento grave, tal y como lo entiende el art. 8.2 del PPT, por cuanto se trata de una negligencia o cumplimiento defectuosos de las obligaciones contractuales.

5. Conclusiones

Estamos en presencia de cuatro incumplimientos continuados y graves de las cláusulas del contrato. La misma cláusula VIII del PPT tipifica como infracción muy grave la

acumulación de tres faltas graves, siendo la sanción prevista por el pliego para este tipo de infracciones la imposición de penalidades hasta el 15 por 100 del importe anual del contrato y/o la resolución del contrato o inhabilitación en su caso.

Por tanto, a este contratista le correspondería una sanción por infracción muy grave y una por infracción grave.

Dado que el importe de adjudicación fue de un máximo de 1.210.411,21 euros por un periodo de ejecución de dos años, habría que conocer cuál ha sido el importe anual del contrato para calcular el 15 por 100, cantidad correspondiente a la sanción por infracción muy grave, a la que habrá que sumar la cantidad que resulte de calcular el 10 por 100 anual por la infracción grave restante, sin que esta cantidad pueda superar la prevista en el art. 196.1 de la Ley 30/2007, es decir, el 10 por 100 del presupuesto del contrato.

Entendiendo el técnico que suscribe que este importe anual deberá ser el referido al último año de prestación del Servicio (de septiembre de 2009 a septiembre de 2010), se solicitó su cálculo a la Intervención municipal. Ésta informa considerando que el periodo de cálculo será la primera anualidad de servicio prestado, por lo que la cantidad que le corresponde en concepto de penalidades asciende a 108.911,70 euros.

IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, SUS EFECTOS Y LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES

El art. 196.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece que «los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los arts. 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato».

Por su parte, al apartado 8 del mismo precepto continúa exponiendo que «las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones».

Debe otorgarse trámite de audiencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 197 del mismo cuerpo legal, según el cual: «1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se

formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva».

Al no establecerse plazo para este trámite de audiencia, debemos acudir al genérico de la Ley 30/1992, que en su art. 84.2 lo fija entre diez y quince días, tal y como se transcribe: «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».

En el caso de que el contratista formulara oposición a la propuesta de resolución que ahora se le comunica es preceptivo el dictamen del órgano consultivo de la Comunidad de Madrid como paso previo a la resolución definitiva.

Si este contratista no estuviera en disposición de continuar con la prestación del contrato —dada su reconocida falta de solvencia económica— en tanto se resuelva el contrato y sea adjudicado a otra empresa por el trámite reglamentario, se propone la intervención cautelar del servicio por parte del ayuntamiento, para evitar los graves perjuicios que se causarían a la población destinataria del mismo, que por sus características no pueden dejar de ser atendida en las condiciones que marca el pliego del presente contrato.

Tal intervención cautelar se ampara en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El art. 5 de esta norma, en la redacción dada por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, que desarrolla la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, señala que «la intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local».

La legislación básica en esta materia se encuentra regulada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su art. 84, también modificado por la referida norma, dispone que «las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: [...] e) órdenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo», continuando su apartado 2.º en que «la actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los fines y motivos justificativos y respeto a la libertad individual».

Tratamos de principios generales del Derecho público, pues las normas básicas que regulan la actividad administrativa los recogen y emplean. Así, el art. 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que «el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos» y el art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que señala que «el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen. Si hubiera varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual».

Estos principios generales han sido empleados por la jurisprudencia para resolver supuestos similares al que nos ocupa. Concretamente, la STS de 27 de julio de 1988, en la que el Tribunal la considera ajustada a Derecho si es congruente con los fines que la justifican.

Nuestro supuesto, a juicio del técnico que suscribe, justifica esta intervención en el servicio de Ayuda a Domicilio, ya que se han intentado anteriores y diversas soluciones previas que, finalmente, no han dado resultados. A saber:

1. Tras numerosas conversaciones con la empresa adjudicataria, que es franquicia de un Grupo, solicitó voluntariamente la cesión del contrato a éste. No debemos olvidar que la causa de la cesión fue la pérdida sobrevenida de la solvencia económica con la que contaba al adjudicársele el contrato que nos ocupa. Pues bien, cuando este ayuntamiento solicitó la acreditación de la solvencia económica del Grupo que debía ser el cesionario del contrato, ésta no se produjo, pues no acreditó su solvencia económica ni su ausencia de deudas con las Administración tributaria, ello a pesar del tiempo transcurrido desde tal requerimiento.

2. Nos encontramos, por tanto, con dos empresas, cedente y cesionaria, sin solvencia económica y la necesidad de prestar un servicio de la entidad del tratado.

3. Para no vulnerar los derechos de la contratista, se inicia el expediente de imposición de penalidades con resolución del contrato, en el que pueden defender sus derechos como considere conveniente y acudir si lo considerara oportuno, al dictamen del Consejo consultivo de la Comunidad de Madrid. No obstante, el servicio debe continuar y la pérdida sobrevenida de su solvencia impide que el contratista lo siga desarrollando en las condiciones reguladas por el pliego.

4. Paralelamente al inicio de la resolución del contrato se va a proceder a licitarlo nuevamente, con los mismos pliegos que sirven actualmente de regulación al contrato, mediante un procedimiento negociado con publicidad que dé cobertura al servicio mientras se elaboran unos nuevos pliegos que den una solución definitiva a este servicio.

El órgano competente para la adopción del presente acuerdo es la Junta de Gobierno Local, dado que es el órgano de contratación en el presente expediente, al amparo de lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Visto cuanto queda expuesto, a falta de informe de la Intervención municipal sobre el cálculo concreto de las penalidades y sobre fiscalización de la presente propuesta, se propone a la Junta de Gobierno Local la adopción de la siguiente

V. RESOLUCIÓN

1. Resolver el contrato administrativo especial de Ayuda a domicilio adjudicado a la empresa XXX, por incumplimiento grave de la cláusula 2.3, los apartados 5.2.e) y f) de la cláusula IV del PPT y la XII del pliego de cláusulas administrativas del mismo.

2. Imponer penalidades por importe de 108.911,70 euros.

3. Incautar la garantía definitiva por importe de 60.520,50 euros que tiene depositada, al no poder deducir la cantidad impuesta como penalidad de las certificaciones.
4. Girar liquidación por importe de 48.391,20 euros en concepto de las penalidades que no se cubren con el importe de la garantía definitiva incautada.
5. Otorgar trámite de audiencia al contratista por periodo de diez días hábiles para que formule alegaciones contra el presente acuerdo.
6. Comunicar el presente acuerdo a la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que tiene embargadas las cantidades que, en concepto de certificaciones, este ayuntamiento debería abonar a la contratista.
7. Intervenir cautelarmente la ejecución del contrato y proceder a una nueva adjudicación, mediante el procedimiento negociado sin publicidad, para que el servicio pueda seguir desarrollándose normalmente sometido a los mismos pliegos conforme a los cuales se está ejecutando el actual.

No obstante, la Corporación acordará lo que estime más conveniente.

Majadahonda, a 13 de octubre de 2010.