

ORDEN

NÚMERO 2423/2024

CONSEJERÍA DE FAMILIA, JUVENTUD Y ASUNTOS SOCIALES

Acuerdo Marco: AM-002/2021 (A/SER-012771/2021)

Código contrato: AM002-21-82-C3757-07-00-22

Unidad Administrativa

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN

PRIMERO.- Mediante Orden 470/2022, de 8 de marzo, de la Consejería de Familia, Juventud y política Social se adjudicaron a la entidad Serviger XXI Alcalá, S.L. (B47764238) 90 plazas del “Acuerdo Marco del Servicio Público de Atención Residencial a Personas Mayores Dependientes, Modalidad Financiación Total y Parcial. Año 2021”, en el centro residencial Domusvi Espartales (C3757) ubicado en la Avda. Gustavo Adolfo Bécquer, 27 - 28805 Alcalá de Henares - Madrid.

A fecha 21 de marzo de 2024, la Consejería De Familia, Juventud y Asuntos Sociales tiene suscrito un contrato derivado de dicho Acuerdo Marco por un total de **90 plazas** en el citado centro residencial.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de marzo de 2024, en el ejercicio de las funciones de seguimiento y control de la ejecución del contrato, se realiza al centro una visita por un técnico de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. Como consecuencia de la citada visita, se emite informe técnico en el que se señala que la presencia física del personal de atención directa supone una ratio del 0,42.

La ratio se ha calculado sobre el número de profesionales que han prestado servicios, según la documentación de fichajes aportada por el centro y una ocupación media de 139 usuarios, durante el periodo del 11 al 17 de marzo de 2024.

TERCERO.- A la vista de lo anterior, mediante escrito de fecha 26 de abril de 2024, la Dirección General de Atención al Mayor y la Dependencia, comunicó a la entidad, a los efectos del trámite de audiencia y alegaciones, la siguiente propuesta de imposición de penalidades:

“La tipificación de los hechos como incumplimiento de la obligación contractual descrita en el apartado 21 B.2.1 de la Cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato y la imposición de una penalidad del 1 % de la BP, esto es, 23.652 euros, como resultado de los siguientes cálculos: 1% (90 plazas x 72 euros/plaza/día x 365 días)”

En dicha comunicación se concede a la entidad 10 días para efectuar las alegaciones que tenga por convenientes.

CUARTO.- Con fecha 17 de mayo de 2024, la entidad presenta escrito de alegaciones solicitando el sobreseimiento y archivo del presente procedimiento de la imposición de penalidad y, subsidiariamente, para el caso de considerar la concurrencia de un incumplimiento, la penalidad que se imponga sea calificada como leve y sancionada en su grado inferior.

QUINTO.- La Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, con fecha 28 de mayo de 2024, ha elevado propuesta de imposición de penalidades al órgano de contratación, por importe de 23.652,00 euros derivada del incumplimiento citado, ya que las alegaciones efectuadas por la entidad no han desvirtuado los hechos objeto de imposición de penalidad, ni su cuantía.

En primer lugar, en cuanto al cómputo efectivo de la ratio, la entidad considera un “*cálculo incorrecto*” de las ratios de personal gerocultor, fisioterapeuta y trabajador social, y que se basa fundamentalmente en el cómputo de 186.5 horas de presencia física adicionales de gerocultores, 3 horas de presencia física adicional de fisioterapeuta y 6,5 horas de presencia adicional de trabajador social, por la coincidencia de bajas IT, días de vacaciones, permisos retribuidos o días de libre disposición. Es necesario señalar que la entidad está obligada a garantizar la correcta prestación de los servicios, y como resulta obvio, es necesaria la presencia física de los trabajadores en el centro.



Llevada al límite esta pretensión, podría darse el absurdo de que, aun teniendo suficiente personal contratado, en una fecha o periodo determinado no acudiera ningún trabajador al centro, sin que ello supusiera, de acuerdo con esta teoría, incumplimiento de la ratio exigida en los pliegos.

Debemos recordar que ésta debe calcularse sobre el número de profesionales que han prestado servicios con presencia física, y tal como recoge el Pliego de Prescripciones Técnicas literalmente *“que se encuentre prestando sus servicios, de manera efectiva en el centro durante el periodo de cómputo”*, según la documentación de fichajes aportada por el centro, y la media de usuarios atendidos, todo ello durante el periodo del 11 al 17 de marzo de 2024.

Por otro lado, la propia entidad reconoce implícitamente en su escrito de alegaciones el incumplimiento de las obligaciones contractuales, a la vez que pone de manifiesto problemas organizativos, así como dificultades existentes en el mercado laboral para contratación del personal cuya deficiencia es objeto del presente expediente de penalidad. En este punto es necesario señalar que la entidad adjudicataria debe conocer las condiciones a las que viene obligada para el correcto cumplimiento de las prestaciones del contrato suscrito que se concretan en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que deben ser previstas y cumplidas por el adjudicatario de forma continuada desde el inicio y durante todo el tiempo de vigencia del contrato, por lo que no cabría alegar dificultades en la contratación u otras circunstancias organizativas para su cumplimiento.

En segundo lugar, en cuanto a la infracción de los principios de culpabilidad, legalidad o de proporcionalidad y *razonabilidad (sic)* de la sanción, es necesario señalar que no estamos, como erróneamente lo califica la entidad, ante un procedimiento sancionador a cuya normativa y jurisprudencia se remite en su escrito de alegaciones. Nos encontramos ante un procedimiento de imposición de penalidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales suscritas por la entidad regulada en el artículo 192.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. De acuerdo con lo establecido en este artículo, los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo. 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. 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 (art. 194.2)”*.

Esta previsión, en este caso, se concreta en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato, punto 2.1, del apartado 21.B de la cláusula primera en el que se establecen los hechos susceptibles de penalidad y su cuantificación, lo que determina su proporcionalidad. En este caso, lo anterior resulta claro de la lectura literal de dicho apartado cuando textualmente dice: *“Se podrá imponer una penalidad del 1 % de la BP en los siguientes casos: 2.1. Por la utilización de medios personales inferiores a los establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, salvo lo recogido en el anterior apartado punto 1.5.”*

En consecuencia, el adjudicatario conoce perfectamente los supuestos de cumplimiento defectuosos de las condiciones del contrato que pueden llevar aparejada la imposición de penalidades económicas, y, además, está obligado a ejecutar el contrato con estricta sujeción a las características establecidas en el mismo.

SEXTO.- Una vez desestimadas las alegaciones formuladas por la empresa contratista y constatados los incumplimientos contractuales producidos, cabe señalar que El Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco señala en el apartado VIII. *Medios que debe aportar el adjudicatario para la prestación del servicio*, que:

“3. Las residencias que hayan resultado adjudicatarias deberán garantizar los servicios, dotándose de los recursos necesarios atendiendo a los siguientes criterios:

a) Atención médica diaria con presencia física de lunes a viernes y los fines de semana localizable. Esta atención se prestará preferentemente por médico geriatra.

b) Cuidados de enfermería con presencia física de lunes a domingo, todos los días del año, garantizándose

el carácter continuo y permanente del servicio.

c) La plantilla de gerocultores deberá estar integrada por profesionales con formación adecuada para la prestación de los servicios recogidos en el presente pliego con la frecuencia y calidad exigida, todos los días del año, garantizándose el carácter continuo y permanente del servicio de lunes a domingo.

d) Se deberá disponer de personal asistencial (terapeutas ocupacionales, trabajadores sociales y fisioterapeutas) y opcionalmente de psicólogos y animadores socioculturales,

4. El personal para atender a los usuarios debe ser tal que asegure las siguientes ratios:

- 0,47, sumando a todos los profesionales de atención directa: director, médicos, enfermeros, gerocultores, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, trabajador social, psicólogo y animador sociocultural, éstos dos últimos cuando los haya.*
- 0,33, de gerocultores.*
- 0,15, sumando a todos los profesionales encargados de la limpieza, cocina y mantenimiento.*

En el cálculo de la ratio se incluirá el personal citado en cada caso, que se encuentre prestando sus servicios, de manera efectiva en el centro durante el periodo de cómputo.

El cálculo se realizará computando cada efectivo en la equivalencia que corresponda según la proporción entre su jornada de trabajo y el 100% de la jornada anual según el convenio colectivo aplicable en cada centro.

En el denominador para el cálculo de la ratio se computarán todos los usuarios de la residencia. A tal efecto se tendrán en cuenta todas las plazas realmente ocupadas independientemente de que en el momento del cómputo los usuarios se encuentren temporalmente ausentes por ingreso hospitalario, permiso de ausencia reglamentario o cualquier otra causa."

SÉPTIMO.- El hecho descrito en el apartado SEGUNDO de esta Orden se tipifica como una de las infracciones descritas en el punto 2.1, del apartado 21.B de la cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el Acuerdo Marco, a cuyo tenor:

"2. Graves: Se podrá imponer una penalidad del 1 % de la BP en los siguientes casos:

2.1. Por la utilización de medios personales inferiores a los establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, salvo lo recogido en el anterior apartado punto 1.5.

El párrafo segundo del citado apartado 21.B, establece que la base económica de penalización (en adelante, BP) se calculará sobre el total de las plazas contratadas al adjudicatario en el centro en el que se haya producido el incumplimiento o cumplimiento defectuoso y en el momento en que se haya producido el hecho que dé lugar a las mismas, valoradas al presupuesto de licitación (72,00 € plaza/día) por los días del año, es decir se aplicará la siguiente fórmula: $BP = \text{Plazas contratadas} \times 72,00 \text{ € plaza/día} \times 365 \text{ días}$.

En cuanto a su cuantía y forma de cálculo de la penalidad se mantiene lo establecido en la Comunicación del Director General de Atención al Mayor y a la Dependencia de 26 de abril de 2024 y que se reproduce en el punto tercero de esta Orden.

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la propuesta de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, en aplicación del art. 192 de 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 y del apartado 21 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el citado Acuerdo Marco.

DISPONGO

Imponer a la empresa SERVIGER XXI ALCALÁ, S.L., una penalidad por importe de **VEINTITRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DOS EUROS** (23.652,00 euros) por incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el Acuerdo Marco.

De acuerdo con el artículo 194.2 de la mencionada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la penalidad se hará efectiva mediante la deducción de las cantidades que en concepto de certificaciones mensuales deban abonarse al contratista, o sobre la garantía que se haya constituido cuando no pueda deducirse de las mencionadas certificaciones.

Contra el presente acto, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse con carácter potestativo recurso de reposición en el plazo un mes, ante el mismo órgano que lo ha dictado, o bien, directamente, recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia o los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, ambos plazos contados desde el día siguiente al de la recepción de la notificación, sin perjuicio de cualquier otro recurso que se estime procedente interponer. Todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículos 8 a 12 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Madrid, a la fecha de la firma.

LA CONSEJERA DE FAMILIA, JUVENTUD Y ASUNTOS SOCIALES
(P.D. Orden 3147/2023, de 5 de diciembre, BOCM nº 304, de 22/12/2023)
EL DIRECTOR GENERAL DE ATENCIÓN AL MAYOR Y A LA DEPENDENCIA

Firmado digitalmente por: ALVAREZ LÓPEZ OSCAR
Fecha: 2024.08.01 22:11