



ORDEN

NÚMERO 613/2024

CONSEJERÍA DE FAMILIA, JUVENTUD Y ASUNTOS SOCIALES

Unidad Administrativa
DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN

AM002-21-81-C2394-10-00-23M

PRIMERO.- Mediante Orden 470/2022, de 8 de marzo, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, se adjudicaron a WSenior Asistencia Integral 1, S.L. 100 plazas, del ACUERDO MARCO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL A PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES, MODALIDAD FINANCIACIÓN TOTAL Y FINANCIACIÓN PARCIAL. AÑO 2022, en el Centro denominado Residencia de Personas Mayores Emera El Álamo, número de registro de centro C2394 ubicado en Avenida Toledo, 23 - 28607 El Álamo -Madrid formalizándose la correspondiente cláusula de adhesión, el plazo de duración de dicho acuerdo marco finaliza el 10 de abril de 2024.

Por Orden 1420/2022 de 20 de junio, se adjudicó contrato basado de 20 plazas de financiación total y 30 plazas de financiación parcial, en el citado centro, con un plazo de duración del 1 de julio de 2022 hasta el 30 de junio de 2024.

Mediante Orden 2440/2022, de 4 de noviembre, se aprobó la 1ª modificación del contrato aumentándose en 4 plazas contratadas de financiación total pasando de 20 a 24 plazas.

Por Orden 2851/2023, de 20 de septiembre, se aprobó la 2ª modificación del contrato aumentándose en 15 el número de plazas contratadas de financiación total pasando de 24 a 39 plazas y aumentándose en 20 el número de plazas contratadas de financiación parcial pasando de 30 a 50 plazas.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de agosto de 2023, 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 0,24.

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 161 usuarios, durante el periodo del 21 de agosto de 2023 al domingo, 27 de agosto de 2023.

TERCERO.- A la vista de lo anterior, mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2023, 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, 14.191,20 euros como resultado de los siguientes cálculos: 1% (54 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 2 de noviembre de 2023 el contratista presenta escrito de alegaciones solicitando que se acuerde la no procedencia de la misma, y, subsidiariamente, sea ponderada hasta el grado mínimo y no en grado máximo.



QUINTO.- La Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, con fecha 22 de noviembre de 2023, ha elevado propuesta de imposición de penalidades al órgano de contratación, por importe de 14.191,20 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 cuanto a la alegación primera, referente a la falta de personal de enfermería en el mercado laboral así como las numerosas bajas médicas producidas durante el periodo, cabe señalar que la entidad 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 de contratación en algunas categorías u otras circunstancias organizativas (bajas médicas, vacaciones, etc.) para su cumplimiento. Tampoco es posible considerar, como pretende la entidad, para el cálculo de la ratio de atención directa otras categorías más allá de la que se establecen explícitamente en el punto VIII. 4 del pliego de prescripciones técnicas, como es el caso de la contratación externa del servicio de farmacia o de otro personal perteneciente a la empresa pero que no está adscrito ni presta sus servicios en el propio centro.

Por otro lado, en cuanto al mal funcionamiento ocasional de la aplicación de fichajes, hay que indicar que la ratio se ha calculado en función de los registros de fichajes aportados por el centro el día de la visita. Del mismo modo, las incidencias de fichaje habidas durante el periodo de cómputo deben recogerse en hoja aparte, donde el trabajador suscribirá las horas de entrada y salida con su firma y entregado al técnico en el mismo momento de la visita. No cabe por tanto aludir a registros de personal en otros soportes que no sean los establecidos en los pliegos, ni aportados a posteriori al momento de la visita del técnico, lo que, en la práctica, haría imposible la labor efectiva de seguimiento y control del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales de la entidad.

En relación con la pretensión de la entidad de que, para el cálculo de la ratio deberá tenerse en cuenta el personal contratado anualmente, debe señalarse, en primer lugar, que la ratio se ha calculado sobre el número de profesionales que han prestado servicios con presencia física y tal y como recoge el PPT 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 en la semana inmediatamente anterior a la visita: del 21 de agosto de 2023 al domingo, 27 de agosto de 2023, independientemente del personal que tenga contratado la entidad. Como hemos señalado más arriba, la entidad debe conocer las condiciones a las que viene obligado para el correcto cumplimiento de las prestaciones del contrato suscrito que deben ser previstas y cumplidas de forma continuada y durante todo el tiempo de vigencia del contrato.

No estamos, pues, ante una contradicción a la hora de aplicar la cláusula VIII del Pliego de Prescripciones Técnicas, al hablar de presencia física y no de personal contratado, sino ante su mera aplicación en cuanto a los medios que debe aportar el adjudicatario. Lo anterior constituye el fundamento jurídico de la exigencia a la entidad de la ratio de 0,47 establecida. En efecto, no puede tener amparo en los pliegos, como pretende la entidad con su interpretación, solo la contratación de profesionales adscritos al centro, durante un periodo anual para entender cumplida la ratio exigida y garantizar así la correcta prestación de los servicios a los que viene obligada, sino que, 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.

Por último, el incumplimiento de la ratio tiene, en sí mismo, una especial relevancia en cuanto que la falta de personal de atención directa incide directamente en la correcta atención de los usuarios que debe garantizarse de forma permanente y continua. No es necesario, pues, como alega la entidad, considerar otras circunstancias como la ausencia de falta de atención sanitaria o asistencial a la gravedad del incumplimiento, para poder establecer la penalidad y su cuantía, ya que de producirse dichas circunstancias no serían sino agravantes o supuestos distintos de incumplimiento ya previstos en los propios pliegos con penalidades de cuantía superior.



No obstante todo lo anterior, es necesario recalcar que, incluso teniendo en cuenta los propios cálculos que realiza la entidad en el escrito de alegaciones, ambos resultados (0,373 en un caso y 0,416 en otro), incumplirían lo requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto al cumplimiento de la ratio de personal de atención directa del 0,47.

En cuanto a la falta de proporcionalidad de la penalidad propuesta, debemos señalar que estamos ante un procedimiento por incumplimiento de las obligaciones contractuales suscritas por la entidad, regulado 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 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, 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."*, que el término "se podrá" se refiere a la posibilidad de imponer una penalidad en caso de incumplimiento y no, como pretende la entidad a la posibilidad de graduación del porcentaje establecido del 1% de la Base de Penalización que no admite graduación.

SEXTO.- Una vez desestimadas las alegaciones formuladas por la empresa contratista y constatados los incumplimientos contractuales producidos, hay que señalar que el Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco establece 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, con titulación, experiencia y número suficiente para prestar los servicios recogidos en el presente pliego.*
- e) *En todo caso se garantizará la presencia física, de lunes a viernes, como mínimo, del personal que seguidamente se relaciona:*
 - *Entre 1 y 50 plazas ocupadas:*
 - *Fisioterapeuta: 4 hs. diarias*
 - *Terapeuta Ocupacional: 4 hs. diarias*
 - *A partir de 51 plazas ocupadas, la presencia física descrita anteriormente se incrementará en dos horas diarias por cada 25 plazas ocupadas o fracción.*

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= Plazas contratadas x 72,00 € plaza/día x 365 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 16 de octubre de 2023 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 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 WSENIOR ASISTENCIA INTEGRAL 1, S.L, una penalidad por importe de **CATORCE MIL CIENTO NOVENTA Y UN EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS** (14.191,20 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 fecha de 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 VICECONSEJERO