



ORDEN

NÚMERO 3516/2024

CONSEJERÍA DE FAMILIA, JUVENTUD Y ASUNTOS SOCIALES

Unidad Administrativa
DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN

AM002-21-81-C2394-07-00-22

PRIMERO.- Mediante Orden 470/2022, de 8 de marzo, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social se adjudicaron a la entidad WSENIOR ASISTENCIA INTEGRAL 1, S.L. (B88240502), 100 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 Emera El Álamo (C2394), ubicado en la Avda. Toledo, 23-28607 El Álamo (Madrid).

A fecha 21 de agosto de 2024, la Consejería De Familia, Juventud y Política Social tiene suscrito un contrato derivado de dicho Acuerdo Marco por un total de 89 plazas en el citado centro residencial

SEGUNDO.- Con fecha 21 de agosto 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 0,39.

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 164 usuarios, durante el periodo del lunes 5 de agosto de 2024 al domingo, 11 de agosto de 2024.

TERCERO.- A la vista de lo anterior, mediante escrito de fecha 7 de octubre 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 dev 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, 23.389,2 euros, como resultado de los siguientes cálculos:

1% (89 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 7 de octubre de 2024 el contratista presentó escrito de alegaciones.

QUINTO.- La Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, con fecha 29 de julio de 2024, ha elevado propuesta de imposición de penalidades al órgano de contratación, por importe de 15.768,00 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 de atención directa, por calcularla sobre el personal con presencia física en el centro y no sobre el personal contratado. 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 5 al 11 de agosto 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.

A lo largo de la **segunda alegación** y en general en todo el escrito, se hace referencia a las ratios erróneamente calculadas por el adjudicatario, en función del personal de atención directa contratado, sin tener en cuenta la presencia física, tal y como se establece en el pliego.

En cuanto a la **alegación tercera**, cabe señalar que la entidad reconoce el incumplimiento de la obligación contractual de disponer del servicio *de enfermería con presencia física de lunes a domingo garantizándose su carácter continuo y permanente*.

Por otro lado, resulta evidente que este personal no puede ser sustituido, como pretende la entidad, por la presencia de un médico o farmacéutico, o incluso por el responsable del área asistencial de EMERA ESPAÑA. En este sentido, es clara la obligación del centro de prestar ambos servicios en las condiciones acordadas contractualmente y mediante categorías profesionales con funciones y tareas claramente diferenciadas. Así queda reflejado, como no puede ser de otra manera, en la cláusula VIII del Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a los medios que debe aportar el adjudicatario.

Por último, en lo referente a la **cuarta alegación** (numerada en el escrito de alegaciones como tercera) sobre la infracción del principio de proporcionalidad, es necesario señalar que no estamos 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, 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 7 de octubre 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 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. (B88240502)**, una penalidad por importe de **VEINTITRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTE CENTIMOS (23.389,20 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

Firmado digitalmente por: PABLO GOMEZ-TAVIRA
GOMEZ-TAVIRA - ***2836**
Fecha: 2024.11.25 16:06