

Dictamen n^o: **622/11**
Consulta: **Consejera de Educación y Empleo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **10.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 10 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada por la Consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto, de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de servicios para *“la organización e impartición de 1174 cursos de formación profesional para el empleo, agrupados en 132 lotes, para su realización en los ejercicios 2009 y 2010, promovidos por el Servicio Regional de Empleo y cofinanciados al 50% por el Fondo Social Europeo”* (L/020/2009 lote 110), suscrito con la entidad A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de febrero de 2011, mediante Acuerdo de la Directora General del Servicio Regional de Empleo de la Consejería de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid, se inició el expediente de resolución del contrato de servicios denominado *“Organización e impartición de 1174 cursos de formación profesional para el empleo, agrupados en 132 lotes, para su realización en los ejercicios 2009 y 2010, promovidos por el Servicio Regional de Empleo y cofinanciados al 50% por el Fondo Social Europeo”* (L/020/2009 lote 110), suscrito con la entidad A, el 10 de diciembre de 2009, por la causa establecida en el artículo 206, apartado g) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector

Público. Se alega el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. Señala la propuesta de resolución que a estos efectos, la cláusula 41 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares considera obligaciones contractuales esenciales, entre otras:

“El cumplimiento de los establecido en las condiciones técnicas de la especialidad, así como el cumplimiento de las instrucciones que se puedan facilitar por el Servicio Regional de Empleo, para el buen desarrollo de la actividad objeto del contrato”.

En este sentido el Pliego de Prescripciones Técnicas establece las mencionadas *“condiciones técnicas de la ejecución”*, concretamente, por lo que se refiere a los alumnos, en el punto 13 en el que se fija el sistema de selección de alumnos que debe respetar el adjudicatario. Por su parte, en la *“Ficha de condiciones técnicas de la especialidad”* a las que se refiere el punto 1 del Pliego de prescripciones técnicas, se establece el perfil del alumnado que asistirá al curso y que es de obligado cumplimiento para el contratista.

Habiéndose apreciado por la Consejería un incumplimiento de dichas cláusulas se inicia el procedimiento de resolución proponiendo la incautación parcial de la garantía.

SEGUNDO.- Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

El contrato de servicios entre la empresa contratista y la Administración fue suscrito el día de 18 de diciembre de 2009 e iniciada la ejecución del mismo, durante el desarrollo de uno de los cursos, el nº 09/5717 *“Linux, introducción a la administración y desarrollo de aplicaciones”*, se detecta que uno de los alumnos que figura como participante en el curso no estaba

asistiendo al mismo y sin embargo, los partes de asistencia constaban firmados diariamente, a excepción de los días en que se realizan visitas para el control de los cursos.

Establecido contacto con el alumno, éste comunica al Técnico de Seguimiento que no está asistiendo al citado curso, que se inscribió en uno anterior de la especialidad UML y que sólo asistió algunos días sueltos. Ante tal manifestación se le requiere para que confirme dicha declaración por escrito, que es recibida en el Servicio Regional de Empleo con fecha 28 de septiembre de 2010.

Ante tal evidencia, se realiza en la base de datos de alumnos una búsqueda dirigida a confirmar que esta persona no ha realizado otros cursos, resultando que consta como alumno en los siguientes:

- 09/5709 Análisis y diseño con UML Y Rational Rose (del que dice que asistió días sueltos).
- 09/5712/5712 Desarrollo de aplicaciones de E-Commerce y E-Business.
- 09/571 4: Desarrollo de aplicaciones web para Internet.

En todos estos cursos consta ficha del alumno, documentación acreditativa, firmas del alumno hasta la finalización del curso y actas en la que figura como alumno apto.

Con fecha 5 de noviembre de 2010, a la vista de las irregularidades puestas de manifiesto por el Área de Seguimiento y Evaluación en su informe de 30 de septiembre de 2010, el Director del Área de Formación para el Empleo propone la resolución del contrato, la paralización de cualquier pago y la exigencia de reintegro de las cantidades que hubiesen sido abonadas en relación con alguno de los cursos afectados, sin perjuicio

de los pagos que correspondan a cursos ya realizados y en los que no se han detectado irregularidades.

Con fecha 8 de febrero de 2011 se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato, que es notificado al interesado con fecha 15 de febrero.

Dentro del plazo habilitado para formular alegaciones, el contratista presenta escrito en el que expone básicamente su oposición a la resolución del contrato basándose en lo siguiente:

1º) Los cursos del lote 67 se han impartido sin problema, no obstante durante la impartición de los cursos del lote 110 se ha producido un error administrativo y de coordinación: J.A.C. realizó el curso 5709 de Análisis y Diseño con UML y por error se le incluyó en los cursos 5712, 5714 y 5717.

Es decir, que ha existido un error de coordinación respecto de un alumno en tres de los diecisiete cursos del lote. Y el hecho de que exista una irregularidad respecto a un alumno no debe eclipsar la circunstancia de que han pasado más de 300 alumnos por el centro.

Que en el curso 5717 se inspeccionó el primer día, se corrigió el error y se impartió con total normalidad. Es decir que la irregularidad únicamente afecta a 2 cursos, dado que el tercero se desarrolló con total normalidad.

2º) Solicitan que se aclare la situación de los cursos pendientes de realizar y cuya ejecución en este momento se encuentran suspendidos sin comunicación escrita.

3º) Alegan la inexistencia de fraude al no existir ni perjuicio para el Estado, ni para terceros, ni beneficio para el contratista.

4º) Entienden que tampoco se han incumplido las características esenciales del contrato pues entienden que los cursos se han impartido y la errónea inclusión de J.A.C. no ha dificultado ni impedido su desarrollo y, por lo tanto, no procede resolver el contrato.

Se insiste en que no ha existido incumplimiento de la prestación principal del contrato consistente en la celebración de los cursos. En todo caso, se han producido algunas irregularidades en prestaciones no esenciales que no han influido, en absoluto, en el desarrollo del curso. Entienden que como los cursos se han desarrollado con total normalidad y han cumplido su finalidad y las expectativas de los alumnos, no puede hablarse de incumplimiento. En caso de cumplimiento defectuoso, procede la aplicación de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas, pero no la resolución del contrato.

5º) Finalmente, se solicita que se apliquen las penalidades previstas en el apartado 18 del anexo del Pliego de Cláusulas administrativas sobre la garantía definitiva, otorgando plazo para ampliar la misma con arreglo a lo legalmente previsto. Que se le permita impartir los restantes cursos del lote que aún no se habían iniciado y desbloquear el pago de las facturas pendientes y proceder a su inmediato pago.

Con fecha 26 de abril de 2011 se emite informe favorable por parte de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Finalmente, se dicta propuesta de resolución, sin fechar ni firmar, en la que se propone declarar resuelto el contrato, ordenar se lleve a cabo la liquidación y abono de las cantidades pendientes de los cursos impartidos y recibidos a satisfacción de la administración, y ordenar el reintegro de las cantidades abonadas como abonos parciales.

En fecha 16 de mayo de 2011 la Consejera de Educación y Empleo acuerda remitir al Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen. El 1 de junio de 2011 este Consejo emite el Dictamen 288/11 en el que concluye que el expediente de resolución contractual se encuentra caducado, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo expediente. Asimismo, desprendiéndose del expediente que los hechos cometidos por el contratista pudieran ser constitutivos de infracción penal, se interesa que se dé traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que se depuren las responsabilidades penales en que se hubiera podido incurrir.

A la vista del dictamen de este órgano consultivo, se dicta resolución de 28 de junio de 2011 por la que se declara la caducidad del procedimiento; acuerdo, de igual fecha, de inicio del expediente administrativo de resolución de contrato, concediendo audiencia al contratista y al avalista; y resolución de 1 de julio de 2011 por la que se remiten las actuaciones al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal.

En uso del trámite de audiencia la contratista presenta escrito de alegaciones el 14 de julio de 2011, que en síntesis viene a reproducir las formuladas al expediente de resolución anterior, señalando la improcedencia de iniciar nuevo expediente de resolución por entender que es nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Alega indefensión por no concreción de un incumplimiento referido a tres alumnos que firman el control de asistencia, pero que según el resto del alumnos del grupo no han asistido a clase.

Solicita se acuerde no resolver el contrato administrativo y por lo tanto, no incautar la garantía definitiva; aplicar las penalidades previstas en el apartado 18 del anexo del pliego de cláusulas administrativas sobre la garantía definitiva, otorgando plazo para ampliar la misma con arreglo a lo legalmente establecido; continuar la ejecución del contrato y permitir a la contratista facturar las cantidades pendientes de pago.

Por último, la representación de la contratista solicita *“que se complete el expediente con las declaraciones de los alumnos o, al menos, se identifiquen para que esta parte pueda proponer prueba debidamente”*.

Por parte de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, con fecha 23 de septiembre de 2011 *“se emite informe favorable a la resolución. Se incorpora al expediente una propuesta de Orden, sin firmar, en la que se propone declarar resuelto el contrato, con incautación de la garantía definitiva en cuantía proporcional a los cursos no impartidos y a aquellos cuya ejecución ha sido defectuosa, que asciende a 3.693,23 euros; ordenar que se lleve a cabo la liquidación y abono de las cantidades pendientes de los cursos impartidos y recibidos a satisfacción de la administración; y ordenar el reintegro de las cantidades abonadas como abonos parciales de los cursos 09/5709, 09/5712 y 09/5714 que asciende a 11.647,15 euros según el desglose que figura como anexo I.*

Mediante Orden 3877/2011 de la Consejería de Educación y Empleo de 28 de septiembre, se acuerda la suspensión del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo. La contratista ha recibido notificación de la suspensión.

TERCERO.- En fecha 28 de septiembre de 2011 la Consejera de Educación y Empleo acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 13.1 c) de la

Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 30 de septiembre de 2011, por trámite ordinario.

Resultando incompleta la documentación remitida se solicitó con fecha 19 de octubre complemento de expediente con la incorporación del documento completo del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, documentación que tuvo entrada en este Consejo el 27 de octubre de 2011.

El estudio de la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 10 de noviembre de 2011.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*. El artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP),

se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a cuyo tenor *“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 ésta”*. El artículo 195.1 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte, el artículo 207 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, establece en su apartado primero que *“la 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”*. En materia de procedimiento resulta de aplicación el artículo 109 del 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 (RGCAP), conforme al cual:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso

previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cf.* artículos 195.1 de la Ley) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En el expediente que nos ocupa, se ha observado el trámite de audiencia al contratista, así como al avalista, mediante escrito de 28 de junio de 2011, formulando el primero sus alegaciones el 14 de julio siguiente, en el que se opone a la resolución del contrato, y sin que conste la presentación de alegaciones por parte del segundo.

Asimismo, se ha emitido informe por parte de los Servicios Jurídicos, con fecha de 26 de septiembre de 2011, en el que se remite, en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato a lo informado en el expediente de resolución contractual que se declaró caducado.

Es preciso realizar una mención, siquiera sucinta, al plazo para resolver. El expediente se inició de oficio el 28 de junio de 2011, por lo que en principio el plazo para resolver concluiría el 28 de septiembre de 2011. Sin embargo, consta que el procedimiento se suspendió el 21 de septiembre, para la emisión de informe por parte de los Servicios Jurídicos, levantándose la suspensión tácitamente al dictar propuesta de resolución el 26 de septiembre. Nuevamente se ha suspendido el procedimiento para la emisión de dictamen por este Consejo, por el tiempo que media entre su petición, lo que se efectuó el 28 de septiembre, y la recepción del mismo, por lo que, en aplicación del artículo 42.5 LRJ-PAC, hemos de concluir que el plazo para resolver se encuentra suspendido, si bien se advierte del escaso tiempo del que se dispone para resolver, a fin de evitar una nueva caducidad.

TERCERA.- Entrando a considerar el fondo del asunto, es preciso analizar si concurre causa de resolución del contrato. El acuerdo de incoación del expediente invoca como causa de resolución “*el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*” y cita para su fundamentación jurídica la letra g) del artículo 206 de la LCSP.

A la fecha de incoación del expediente de resolución, dicha causa se encuentra regulada en la letra f) del mismo precepto en virtud de las sucesivas modificaciones de redacción operadas por la Ley 34/2010 de 5 de agosto, en primer lugar y por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en última instancia.

Para determinar si estamos ante un incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales es preciso analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Específicamente, la cláusula 41 de dicho Pliego fija cuáles son las obligaciones contractuales esenciales a los efectos

de resolución del contrato, y entre ellas figura *“el cumplimiento de lo establecido en las condiciones técnicas de la especialidad”*, así como *“el cumplimiento de las instrucciones que se puedan facilitar por el Servicio Regional de Empleo, para el buen desarrollo de la actividad objeto del contrato”*, con base en las cuales se pretende la resolución del contrato.

Las condiciones técnicas de la especialidad a las que alude la meritada cláusula se recogen en el documento denominado *“ficha de condiciones técnicas”* en las que figura el perfil de las personas a las que va dirigido cada uno de los cursos y que resulta de obligado cumplimiento para el contratista.

Por su parte, el párrafo primero del pliego de prescripciones técnicas expone: *“El presente pliego de prescripciones técnicas tiene por objeto regular las condiciones de trabajo para la organización e impartición de cursos de formación profesional para el empleo (...)”*. Como ha señalado este Consejo en dictámenes anteriores (vid. Dictámenes 374/11 y 377/11, ambos de 6 de julio de 2011) esta alusión a una regulación permite identificar estas prescripciones técnicas con *“instrucciones que se puedan facilitar por el Servicio Regional de Empleo, para el buen desarrollo de la actividad objeto del contrato”*, cuyo cumplimiento es una obligación esencial de acuerdo con lo establecido en la cláusula 41 del pliego de cláusulas administrativas particulares. En este sentido, los puntos 11 y 12 del pliego de prescripciones técnicas contienen la regulación de los procesos de preselección y selección que tiene que llevar a cabo el contratista.

El examen del expediente administrativo pone claramente de manifiesto que se ha prescindido del sistema de selección, al menos en lo que se refiere a un alumno, que solo se apuntó al curso *“Análisis y diseño con UML y Rational Rose”*, al que asistió días sueltos, en tanto que en la

documentación de los cursos generada por el contratista consta que este alumno también lo era de los cursos “Linux, introducción a la administración y desarrollo de aplicaciones”, “Desarrollo de aplicaciones de E-Commerce y E-Business” y “Desarrollo de aplicaciones web para Internet”.

En estos cursos el contratista abre ficha del alumno, a la que acompaña de la documentación acreditativa presentada por el alumno para la realización únicamente del primer curso citado; figuran firmados los partes de asistencia, salvo los días en los que se realiza visitas por los técnicos del Servicio Regional de Empleo, y se le da la calificación de apto, pese a no haber asistido al curso, según la manifestación del propio alumno, incorporada al expediente de resolución contractual.

Todo ello evidencia graves irregularidades en el proceso de selección del alumnado, que ha sido obviado por el contratista, puesto que éste se ha servido de una documentación presentada por un alumno inscrito en un curso para incorporarlo ficticiamente como alumno de otros cursos, tenerlo por asistente a dichos cursos –figurando supuestamente su firma en el parte de asistencia–, pese a que ni se inscribió en tales cursos ni asistió a los mismos como resulta de su declaración.

En sus alegaciones el contratista admite parcialmente la existencia de las irregularidades, si bien las considera un simple error administrativo sin intención fraudulenta. Sin embargo, difícilmente cabe considerar a tan grave irregularidad como un mero error. Admitiendo, como admite el contratista, que indebidamente se ha incluido como alumno de tres cursos a una persona que en realidad no lo era, no ha llegado a ofrecer una explicación de por qué puntualmente aparecen firmados los partes de asistencia.

En atención a lo expuesto, este órgano consultivo entiende que concurre la causa de resolución invocada (incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato).

CUARTA.- Sentado lo anterior es preciso analizar si procede, como pretende la Administración, incautar la garantía definitiva prestada por el contratista. El artículo 88.c) de la LCSP hace responder a la garantía definitiva *“de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”*.

El examen de los pliegos pone de manifiesto que en relación a la incautación de la garantía nada distinto se establece a lo previsto en la ley, por lo que hay que estar a lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP, cuyo apartado 4 establece que: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*.

En el caso que nos ocupa, con arreglo a lo que antecede, ha quedado constatado que el incumplimiento ha sido debido al contratista, por lo que procede la incautación de la garantía definitiva prestada en cuantía proporcional a los cursos no impartidos y a aquellos en los que ha resultado defectuosa la ejecución.

Sobre este punto es preciso señalar que se advierte un error en la propuesta de resolución, por cuanto que se toma en consideración a efectos de la determinación del importe de la garantía definitiva a incautar y de los reintegros de los abonos parciales realizados, el curso 09/5709 “Análisis y

diseño con UML y Rational Rose”, cuando es lo cierto que las irregularidades analizadas no afectaron a ese curso.

En mérito a lo que antecede el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios para *“la organización e impartición de 1174 cursos de formación profesional para el empleo, agrupados en 132 lotes, para su realización en los ejercicios 2009 y 2010, promovidos por el Servicio Regional de Empleo y cofinanciados al 50% por el Fondo Social Europeo”* (L/020/2009 lote 110), por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, por parte del contratista, con incautación parcial de la garantía.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 10 de noviembre de 2011