

Dictamen nº: **214/21**
Consulta: **Alcalde de Galapagar**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **11.05.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 11 de mayo de 2021, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre la resolución del “*Contrato Administrativo Especial para la ejecución del Programa de Cuidados Infantiles en los colegios de Galapagar de Educación Infantil y Primaria y para la realización de Actividades Extraescolares Lúdico-Educativas en los días de vacaciones escolares de verano del Ayuntamiento de Galapagar*”, adjudicado a la empresa Fantasías Extraescolares S.L. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de abril de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen referida al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 153/21, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la

Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 11 de mayo de 2021.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- El 8 de mayo de 2017 se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato administrativo especial para la ejecución del programa de cuidados infantiles en los colegios de Galapagar de educación infantil y primaria y para la realización de actividades extraescolares lúdico educativas en los días de vacaciones escolares de verano (en adelante, el contrato) (documento 14 del expediente).

2.- Tras la oportuna tramitación, el 25 de julio de 2017 la Junta de Gobierno Local acuerda:

“PRIMERO.- Adjudicar a FANTASÍAS EXTRAESCOLARES, S.L., el “Contrato Administrativo especial para el Programa de Cuidados infantiles en los colegios de Galapagar de Educación Infantil y primaria y para la realización de actividades extraescolares Lúdico-Educativas en los días de Vacaciones escolares de verano” (Expte. 08/2017).

El plazo de ejecución del contrato se establece en DOS años y se extenderá desde el día 1 de septiembre de 2017 hasta el día 31 de julio de 2019, no obstante, podrá prorrogarse por dos años más, finalizando en este caso el 31 de julio de 2021, por lo que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas será de CUATRO AÑOS.

SEGUNDO. - Disponer el gasto por todo el periodo que se contrata, incluidas las prórrogas, por importe de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000,00 €), de los cuales 165.289,25 € corresponden a la base Imponible y 34.710,75 €, al I.V.A. (21%), con cargo a la partida presupuestaria 320 227 99 denominada “Administración General de Educación”. Otros trabajos realizados por otras empresas y profesionales», con la siguiente distribución plurianual: (...).

TERCERO. - Notificar al adjudicatario y requerirle para que proceda a la formalización del contrato, que deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación, en la forma prevista en el artículo 151.4 del TRLCSP.

CUARTO. - Designar como responsable del contrato a la Directora de los Servicios Educativos D^a (...) y como suplente a la Educadora de Familia, D^a (...).

Al responsable del contrato le corresponderán las atribuciones enumeradas en el artículo 52 del TRLCSP.

QUINTO. - Notifíquese el presente acuerdo al resto de licitadores, a la Concejalía de Educación, a la Intervención Municipal y al responsable y suplente del contrato.

SEXTO. - Disponer la publicación del anuncio de adjudicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el perfil del contratante de la web municipal, de acuerdo con lo previsto en el art.154 del TRLCSP.

SÉPTIMO. - Contra esta resolución podrá el interesado interponer los siguientes recursos: (...).”

3.- El 7 de agosto de 2017 se formaliza el contrato con un plazo de ejecución de dos años, desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 31 de julio de 2019, con posibilidad de prórroga por dos años más, finalizando en este caso el 31 de julio de 2021, y por un precio de 200.000 euros IVA incluido (documento 71).

En virtud de lo previsto en su cláusula cuarta, el contratista se compromete a ejecutar el contrato con sujeción a las condiciones del acuerdo de adjudicación, a la normativa sobre contratación administrativa y a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

Interesa destacar de esta cláusula:

“el adjudicatario está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo. A tal efecto aportará mensualmente junto con la factura, los justificantes de los TC y de su pago, ante el responsable del contrato.

El adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y de los plazos parciales fijados por el Ayuntamiento.

El adjudicatario está obligado a la ejecución del contrato conforme determinan los pliegos que rigen el contrato y las mejoras que presente para la adjudicación del mismo.

El adjudicatario deberá tener suscrito durante toda la vigencia del contrato las pólizas de seguro requeridas.

El adjudicatario estará obligado a sustituir inmediatamente a los trabajadores que prestan el servicio, en caso de ausencia, vacaciones,

enfermedad, por personal que cuente con las mismas titulaciones o requisitos solicitados en el pliego.

El contratista deberá presentar mensualmente una declaración jurada, de que durante el periodo que corresponda, no se ha producido ninguna subcontratación (...)”.

Respecto al abono del precio del contrato, la cláusula sexta expresa que *“junto con la factura, el contratista deberá presentar los informes con la información que se especifica en el PPT, así como copias de los TC1 Y TC2 de todo el personal de la plantilla afecto al contrato, así como declaración jurada de no haber subcontratado con terceros. El responsable del contrato, a la vista de la documentación anterior, de encontrarse esta correcta y los trabajos realmente ejecutados ajustándose a los precios contratados, visará las facturas emitidas por el adjudicatario”*.

En la cláusula undécima el contratista queda obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de minusválidos y de prevención de riesgos laborales y *“las contrataciones, remuneraciones y demás condiciones laborales del personal a su servicio deberán ajustarse al convenio laboral correspondiente”*.

Asimismo, en la cláusula decimotercera se recogen como causas de resolución del contrato, además de las previstas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP: *“(...) El incumplimiento de las obligaciones del contratista, salariales y de seguridad social con el personal a su cargo”*.

4.- El 17 de septiembre de 2018 la directora de los Servicios Educativos informa que la empresa adjudicataria del contrato presta el servicio en las condiciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas (documento 82).

5.- Previo informe favorable de la directora de los Servicios Educativos y de la secretaria general y a propuesta del concejal de Educación y Deportes (documentos 89, 90 y 92), el 25 de julio de 2019 la Junta de Gobierno Local aprueba la prórroga del contrato desde el 1 de agosto de 2019 hasta el 31 de julio de 2021, sin posibilidad de nueva prórroga (documento 96).

El 30 de julio de 2019 se formaliza la prórroga del contrato manteniéndose *“la totalidad de cláusulas establecidas en el contrato originario, permaneciendo las mismas inalteradas”* (documento 103).

6.- El 3 de abril de 2020 la empresa adjudicataria del contrato *“en relación a la declaración del estado de emergencia decretado en el país y a los reales decretos aprobados por el gobierno de España en los que se propone la suspensión de los contratos públicos”*, solicita por escrito la suspensión del contrato por la imposibilidad de continuar prestando el servicio por el cierre de los centros, y manifiesta que la adjudicataria del contrato tiene derecho al abono de una indemnización por daños y perjuicios y que a dichos efectos y una vez que finalice la suspensión del contrato, presentaran los correspondientes justificantes de costes (documento 104).

7.-El 14 de abril de 2020, el alcalde, previo informe de la directora de Servicios Educativos, de la secretaria general y del interventor, a la vista de la Orden 338/2020, de 9 de marzo de la Comunidad de Madrid y del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acuerda la suspensión temporal del contrato, en los siguientes términos (documentos 105 a 108):

“a).- Se suspende el contrato en los cuatro centros de Educación Infantil y Primaria del municipio:

Colegio Público Bilingüe Carlos Ruiz.

Colegios Publico Jacinto Benavente.

Colegio Público Bilingüe San Gregorio.

Colegio Público La Navata.

b).- En cuanto a las actividades extraescolares lúdico educativas en los días de vacaciones escolares de verano, se estará a lo enumerado por la responsable del contrato”.

8.- El 18 de abril de 2020 el alcalde y el representante de la empresa adjudicataria del contrato formalizan y firman electrónicamente el acta de suspensión de la ejecución del contrato *“en su prestación número 1, a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y se informa al contratista que la suspensión del contrato con arreglo a la previsión establecida en el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID 19 no constituirá en ningún caso, causa de resolución del contrato”* (documento 114).

9.- El 26 de junio de 2020 la entidad contratista cuantifica la indemnización de daños y perjuicios solicitada, por un importe total de 5.355,36 euros por los gastos de personal, gastos de alquileres, costes de mantenimiento y seguros, que desglosa, por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y el 30 de abril de 2020, al devenir imposible la ejecución del contrato habida cuenta del cierre de los centros docentes y por la urgente necesidad de liquidez en la que se encuentra la empresa (documento 115).

La responsable del contrato da el visto bueno a la documentación justificativa de los gastos por dicho importe y lo comunica al

Departamento de Intervención para que proceda a tramitar el pago (documento 123).

10.- El 2 de septiembre de 2020 la directora de los Servicios Educativos, responsable del contrato, informa sobre la necesidad de levantar la suspensión temporal del contrato al considerar indispensable y fundamental que las cuatro cuidadoras infantiles realicen el cuidado, aseo y limpieza de los más pequeños en los cuatro colegios públicos del municipio, desde el día 4 de septiembre de 2020 (documento 116).

11.- Previo informe favorable de la secretaria general y a propuesta de la segunda Tenencia de Alcaldía, el 10 de septiembre de 2020 la Junta de Gobierno Local levanta la suspensión temporal del contrato con efectos desde el día 4 de septiembre de 2020 (documentos 117 y 118), lo que se comunica a la entidad contratista mediante correo electrónico el 11 de septiembre de 2020.

12.- El 8 de diciembre de 2020 la contratista solicita una indemnización por importe de 6.913,35 euros, que desglosa, por los gastos derivados de la suspensión del contrato desde el 1 de mayo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020 y adjunta diversa documentación (documento 125).

Al día siguiente, la directora de los Servicios Educativos da el visto bueno a la documentación presentada por el contratista para justificar los gastos reclamados por importe de 6.913,35 euros (documento 126). Por su parte, la secretaria general considera que no procede la emisión de informe jurídico dado el contenido económico de la solicitud del contratista (documento 127).

13.- Previo informe del interventor, favorable a la indemnización solicitada si bien minorada en el importe de los gastos de gestoría y condicionado a la subsanación de los defectos que señala, del informe de la secretaria general y del informe complementario de la directora de

servicios educativos, el 27 de enero de 2021 la Junta de Gobierno Local acuerda (documentos 129 a 133):

«Primero.- Indemnizar a la mercantil Fantasía Extraescolares, S.L.; por importe de 7.499,96 €, debido a la suspensión del “Contrato administrativo especial para la ejecución del Programa de Cuidados infantiles en los colegios de Galapagar de Educación Infantil y primaria y para la realización de actividades extraescolares Lúdico-Educativas en los días de vacaciones escolares de verano del Ayuntamiento de Galapagar” (Expte. 08/2017), con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Segundo.- Autorizar y Disponer el gasto por importe de 7.499,96 €, con cargo a la partida presupuestaria 320.22799 “Administración general de educación. Otros trabajos realizados por otras empresas y Profesionales”.

Tercero.- Notificar el presente acuerdo al contratista, a la responsable del contrato y a la Intervención Municipal.

Cuarto.- Contra este acuerdo, podrán interponerse los siguientes recursos (...).».

14.- Figuran en el expediente como documento 138 dos correos electrónicos, uno enviado el 18 de febrero de 2021 por la responsable del contrato por el asunto “rescisión de contrato de mutuo acuerdo” y otro de idéntica fecha enviado por la contratista a la directora de los Servicios Educativos, responsable del contrato, en el que se expresa que “después de las conversaciones mantenidas y viendo que vosotros no queréis que estemos y nosotros no queremos estar os queremos plantear la opción de rescindir el contrato por mutuo acuerdo (...) esta semana os dejaremos realizada la petición por escrito (...)”.

15.- El 24 de febrero de 2021 la directora de los Servicios Educativos elabora y firma un *“informe sobre el incumplimiento grave del contrato”*.

En dicho informe se expresa:

«El penúltimo párrafo de la cláusula 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato de referencia establece la obligación del contratista de adjuntar, junto con la factura, las copias de los TC1 y TC2 de todo el personal de la plantilla afecto al contrato.

Esta obligación tiene reflejo en la cláusula 25 que dispone en su apartado 1.d) que es un incumplimiento muy grave del contratista “El incumplimiento de las obligaciones laborales o de seguridad social con el personal adscrito a la prestación del servicio”.

Asimismo, la cláusula 35 establece como causa de la resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones del contratista, salariales y de seguridad social con el personal a su cargo.

Se ha dejado constancia de que el mes de enero del año en curso, el contratista no ha abonado los salarios a las cuatro trabajadoras adscritas al contrato, del Programa de Cuidados Infantiles, por lo que procede iniciar un expediente de Resolución del contrato, así como establecer las penalidades que puedan tener lugar de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Lo que pongo en su conocimiento a los efectos oportunos» (documento 139).

16.- A la vista del anterior informe, el mismo día 24 de febrero de 2021 la segunda teniente de alcalde, delegada de Educación, Cultura, Recursos Humanos y Régimen Interior, por delegación del alcalde acuerda:

“Primero.- Notificar al contratista, FANTASÍA EXTRAESCOLARES, S.L. la presente providencia, abriendo un plazo de audiencia por un plazo

de diez días naturales desde el siguiente al que se produzca su notificación.

Segundo.- No se hace precisa la notificación al avalista, ya que del expediente se desprende que el depósito de la garantía definitiva se realizó mediante transferencia bancaria a favor del Ayuntamiento por importe de 8.264,46 €.

Tercero.- Se comunica al contratista que la resolución del contrato por resolución firme por la que fuese declarado culpable, dará lugar a la prohibición para contratar establecida en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el TRLCSP.

Cuarto.- Contra la presente providencia, que tiene la condición de acto de trámite, no cabe interponer recurso alguno, de acuerdo con el artículo el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La oposición al presente acto de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento” (documento 140).

Y en sus fundamentos de derecho se expresa:

«Fundamentos de Derecho.

1. El contratista ha presentado una solicitud de resolución contractual del contrato por mutuo acuerdo de las partes, no obstante lo anterior, el art 221.4 TRLCSP indica que “la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista”.

Asimismo, el artículo 225.3 TRLCSP, 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”.

A la vista del informe emitido por la responsable del contrato, se deduce que el contrato debería ser resuelto por un posible incumplimiento por parte del contratista en base a lo previsto en las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rigen en el contrato».

17.- Notificada la anterior resolución, el 4 de marzo de 2021 la entidad contratista formula alegaciones para rechazar el incumplimiento que fundamenta la resolución del contrato.

Tras indicar los factores subjetivos y la animadversión de la responsable del contrato y del ayuntamiento hacia la empresa, considera que a lo largo de los últimos meses se había mantenido una comunicación fluida con el ayuntamiento, como reflejan los correos que adjunta, alega que la responsable del contrato “*nunca*” requirió a la empresa los TC1 y TC2 para el pago de las facturas y afirma que las facturas correspondientes a los meses de septiembre de 2020 a enero de 2021 habían sido pagadas por el ayuntamiento con el visado y conformidad de la responsable del contrato.

Incide en que la responsable del contrato no solicitó los TC1 y TC2 y dio el visto bueno a las facturas que la empresa le remitía, y que es en el mes de marzo cuando realizan la primera solicitud de dichos documentos, documentos que podrían haber entregado sin problemas al disponer de los mismos.

Al escrito de alegaciones adjunta: copia de los TC1 y TC2 desde el mes de septiembre de 2020 hasta enero de 2021, un correo electrónico enviado por la responsable del contrato a la empresa el 1 de marzo de 2021 informando que la factura del mes de febrero es correcta pero

solicita se adjunte los correspondientes TC1 y TC2 y la contestación realizada por la contratista a dicho correo el 26 de febrero de 2021 acompañando los TC de enero con la indicación de que dispondrán del correspondiente al mes de febrero, al final del mes.

Con respecto al impago de la nómina de las trabajadoras en el mes de enero de 2021, aporta cuatro nóminas del mes de enero de 2021 de cuatro trabajadoras, firmadas por ellas, y cobradas según la contratista y apuntan la animadversión de la responsable del contrato y sus superiores a la empresa al imponerles una indemnización, así como la prohibición de volver a contratar con la Administración.

Finalmente solicitan que el contrato no se resuelva por incumplimiento del contratista sino por mutuo acuerdo (documento 142).

18.- El 11 de marzo de 2021 emite informe la secretaria general para concluir que procede la resolución del contrato a la vista del informe de la directora de los Servicios Educativos de 24 de febrero de 2021 e indicar el órgano competente para su declaración (documento 143).

19.- Consta en el documento 144 un mandamiento de embargo por deudas contraídas por la contratista y un documento de pago de deudas en vía de apremio, por el mismo importe, de la Tesorería General de la Seguridad Social.

21.- El 25 de marzo de 2021 el gerente de Servicios Generales formula una propuesta de resolución en la que propone:

“Primero.- Resolver el contrato administrativo especial para la ejecución del Programa de Cuidados Infantiles en los colegios de Galapagar de Educación Infantil y Primaria, y para la realización de Actividades Extraescolares Lúdico-Educativas en los días de vacaciones escolares de verano del Ayuntamiento de Galapagar, entre el

Ayuntamiento de Galapagar y la sociedad mercantil FANTASIA EXTRAESCOLARES, SL, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Segundo.- Imponer una penalidad del 2,5% del importe de adjudicación del contrato al contratista por incumplimiento muy grave, de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de referencia.

Tercero.- Elevar esta propuesta de resolución contractual por incumplimiento por parte del contratista a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad Autónoma de Madrid”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. 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 del sector público*” y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 25 de julio de 2017, por lo que en virtud de lo dispuesto en la disposición

transitoria primera. 2 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 (en adelante, LCSP/17), resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) en cuanto normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (272/17, de 29 de junio, 280/17, de 6 de julio, 399/17, de 5 de octubre y 191/18, de 26 de abril, entre otros) que la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su inicio (esto es, el 24 de febrero de 2021), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191 de la

LCSP/17, 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. En este caso, la mercantil contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por las causas invocadas por el Ayuntamiento de Galapagar, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

Por lo que se refiere a la competencia para acordar la resolución los artículos 190 y 212 de la LCSP/17 la atribuyen al órgano de contratación.

En el presente caso el órgano de contratación es el alcalde conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP como de la LCSP/17, si bien, según consta en el expediente, tiene delegada la competencia en la Junta de Gobierno Local, que es quien adjudicó el contrato, por lo que le corresponde acordar la resolución contractual, mientras persista la delegación.

El plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, es de ocho meses, tras pasados los cuales se produce la caducidad del procedimiento (artículo 212.8 de la LCSP/17). El *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC. En este caso, teniendo en cuenta que su inicio tuvo lugar el 24 de febrero de 2021 mediante acuerdo de la segunda teniente de alcalde, por delegación, el procedimiento a la fecha de emisión del presente dictamen, no ha caducado.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 112.2 de la citada ley cuando refiere que *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común”*.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista la cual ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que tal como ya ha sido indicado, hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Según se menciona en el expediente, no se ha dado trámite de alegaciones a una entidad como avalista, porque la garantía definitiva fue

constituida mediante transferencia bancaria, aunque no consta en el expediente la forma en que fue consignada.

En cuanto a la exigencia de otros trámites, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales. Este precepto hay que conectarlo también con el apartado 8 de la disposición adicional tercera de la LCSP/17, según el cual, en los expedientes de resolución de contratos será preceptivo el informe jurídico del secretario.

Además, el artículo 172.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, exige que en los expedientes informe el jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que funde su criterio.

En el presente caso, una vez iniciado el procedimiento de resolución del contrato, tras las alegaciones presentadas por la entidad contratista únicamente ha emitido informe la secretaria municipal para indicar el procedimiento y el órgano competente y concluir que procede la resolución del contrato.

Ahora bien, no consta en el expediente la emisión de informe de la Intervención municipal y tampoco figura el informe de la responsable del contrato a la vista de las alegaciones presentadas por la empresa en su escrito de alegaciones de fecha 4 de marzo de 2021 en las que aduce y documenta el pago de la nómina del mes de enero de 2021 a cuatro trabajadoras.

Cierto es que el acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato se dictó el mismo día que la directora de los Servicios Educativos, responsable del contrato, elaboró y firmo un informe en el que deja constancia como incumplimiento del contrato que en el mes de enero de 2021 el contratista no había abonado los salarios a cuatro trabajadoras adscritas al contrato, sin embargo dicho informe se emitió antes de la incoación del procedimiento y sirvió para adoptar el acuerdo de inicio pero con posterioridad se considera necesario que la directora de los servicios educativos informe sobre las alegaciones presentadas por la entidad contratista en las que afirma y documenta haber procedido al abono de la mensualidad de enero de 2021 a cuatro trabajadoras y valore si a la vista de dichos documentos se ha cumplido el contrato.

En consecuencia, la única actuación llevada a cabo tras el inicio del procedimiento que nos ocupa ha sido la audiencia de la contratista y la emisión de informe de la secretaria municipal en el que se ha limitado a reproducir el informe de la responsable del contrato para considerar procedente la resolución del mismo pero sin rebatir ni analizar las alegaciones de la empresa contratista a la vista de la documentación presentada.

El cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo no es un mero formalismo sino que asegura y garantiza el respeto de los derechos de los ciudadanos especialmente cuando puedan resultar afectados por la resolución administrativa que se dicte, tal y como fue destacado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 561/09, y por esta Comisión Jurídica Asesora en sus Dictámenes 559/16, de 15 de diciembre, 528/18, de 4 de diciembre y 86/19, de 7 de marzo, entre otros, en los que se ha señalado también que la Administración no puede adoptar sin más una resolución contractual, sino que ha de hacerlo observando de un modo riguroso las exigencias de índole procedimental que resulten aplicables.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2016 (recurso 1380/2015): *“El procedimiento administrativo encauza y ordena el ejercicio de las potestades administrativas propiciando que la decisión, plasmada en el acto o resolución que pone fin al mismo, se dirija correctamente al interesado que está sujeto a la potestad de que se trate, y se adopte siguiendo los trámites y requisitos establecidos en garantía del administrado cuyos derechos resultan afectados por la decisión”.*

Por lo que respecta a la propuesta de resolución, que reproduce el ya citado informe de la directora de los servicios educativos, no enumera en su parte dispositiva la causa concreta del incumplimiento limitándose a citar genéricamente el artículo 211 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Ya en nuestro Dictamen 294/17, de 13 de julio, manifestamos que aunque formalmente entendiéramos que se había dictado una propuesta de resolución, materialmente no se podría entender cumplido el trámite por cuanto adolecía de los elementos necesarios para que esta Comisión pudiera pronunciarse al respecto, conociendo cuál era la postura de la Administración.

En aquel caso la llamada propuesta refería de manera genérica los incumplimientos del contrato, hacía referencia a procedimientos de imposición de penalidades y reflejaba en términos hipotéticos el tipo de resolución adecuada y la determinación de los efectos subsiguientes.

Pues bien en este caso, en la parte dispositiva de la propuesta de resolución se menciona la imposición de penalidades por incumplimiento muy grave del contratista invocándose el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, sin embargo se ignora si ante el incumplimiento de la empresa se ha incoado también un procedimiento sancionador puesto que a tenor de lo previsto en la cláusula 25.4 del pliego, *“La imposición de penalidades exigirá la instrucción de expediente contradictorio, que se iniciará por el órgano de*

contratación, de oficio o a instancia de otros órganos o de parte interesada, y comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

- Informe del servicio competente.*
- Audiencia del contratista.*
- Informe del Servicio Jurídico y de la Intervención, en su caso.*
- Resolución motivada del órgano de contratación y notificación al contratista”.*

Como señalamos en nuestro Dictamen 310/17, de 27 de julio, de la dicción del artículo 212 del TRLCSP se desprende que el empleo de la preposición disyuntiva impide el ejercicio conjunto de ambas facultades, de manera que si la Administración opta por la imposición de penalidades no puede proceder a la resolución contractual. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando señala que, por los mismos hechos, no pueden simultáneamente incoarse procedimientos sancionadores y de resolución del contrato.

Por último, indicar que si se opta por la resolución del contrato, el artículo 225.4 del TRLCSP (al igual que el artículo 213.5 de la LCSP/17) dispone que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del procedimiento para que emita informe la responsable del contrato y la Intervención, y previa audiencia al interesado, se formule la correspondiente propuesta de resolución sobre la que ha de dictaminar esta Comisión Jurídica Asesora.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 11 de mayo de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 214/21

Sr. Alcalde de Galapagar

Pza. Presidente Adolfo Suárez, s/n – 28260 Galapagar