

Dictamen n.º: **338/24**
Consulta: **Consejero de Educación, Ciencia y
Universidades**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **06.06.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 6 de junio de 2024, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación, Ciencia y Universidades, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de servicios para la “Gestión de la escuela infantil Tesoros, de Arganda del Rey”, Lote 7 del expediente A/SER-018286/2021, suscrito con la empresa ATREYU BLOTA CARTO, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de mayo de 2024 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen en relación con el expediente sobre la resolución del contrato citado en el encabezamiento.

Correspondió su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de junio de 2024.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes antecedentes de interés, sobre la contratación del servicio y su régimen.

I.- Mediante Orden del consejero de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía nº 3295/2021, de 4 de noviembre, se adjudicó a la empresa ATREYU BLOTA CARTO, S.L., el contrato correspondiente al Lote 7 de "Tesoros" de Arganda del Rey, del expediente de contratación de los servicios para la gestión de escuelas infantiles 2-5-5, dividido en 7 lotes, A/SER-018286/2021 y formalizado en documento administrativo de fecha 29 de noviembre de 2021, con un plazo de ejecución desde el 1 de diciembre de 2021 hasta el 31 de agosto de 2024.

Para garantizar la correcta ejecución del mismo, la empresa adjudicataria constituyó garantía definitiva mediante seguro de caución, por importe de 79.432,42 €.

El documento contractual previene que este contrato administrativo se rige, además de por lo estipulado en el propio contrato, por lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y en el de Prescripciones Técnicas (PPT). Subsidiariamente, por la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que 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), y en cuanto no se oponga a lo establecido en la LCSP/17, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), por el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Estudios y Servicios Técnicos, aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972, por las leyes aprobadas por la Asamblea de Madrid y por el Reglamento General de

Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCPM) y sus normas complementarias. En caso de subsistir algún vacío normativo, se aplicarían las normas estatales sobre contratos públicos que no tengan carácter básico, las restantes normas de derecho administrativo y, finalmente, las de derecho privado.

II.-. Conforme al correspondiente PCAP, el objeto de este contrato es la prestación del servicio para la gestión de las escuelas infantiles, que integran cada uno de los 7 lotes en los que se divide el expediente. El lote 7 se refiere a la gestión de la escuela infantil “Tesoros” de Arganda del Rey.

Tratándose de un contrato que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía, de conformidad con lo establecido en el art. 312 de la LCSP/17, se le aplica la normativa reguladora del régimen jurídico del servicio implicado. A saber:

- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

- Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

- Decreto 17/2008, de 6 de marzo (BOCM 12 de marzo), por el que se desarrollan para la Comunidad de Madrid las enseñanzas de la Educación Infantil.

- Decreto 18/2008, de 6 de marzo (BOCM de 12 de marzo), por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que imparten el Primer Ciclo de Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

- Decreto 28/2019, de 9 de abril (BOCM de 11 de abril de 2019), por el que se regula la financiación del primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad de Madrid.

- Orden 2979/1996, de 13 de noviembre, de la Consejería de Educación (BOCM de 22 de noviembre), sobre elecciones y constitución de los Consejos Escolares de los Centros de la Red Pública de Educación Infantil de la Comunidad de Madrid, modificada por Orden 1613/1999, de 26 de julio.

- Orden 680/2009, de 19 de febrero, de la Consejería de Educación, por la que se regula para la Comunidad de Madrid la evaluación en la Educación infantil y los documentos de aplicación.

- Orden 123/2015, de 26 de enero, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, sobre admisión de alumnos de primer ciclo de Educación Infantil en centros públicos y en centros privados sostenidos con fondos públicos de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al desarrollo del servicio contratado, la empresa contratista estaría sujeta a las determinadas obligaciones en materia de plantilla y personal, que se precisan en su aspecto cuantitativo y cualitativo en los PPT. A saber:

“- La plantilla de profesionales de la empresa contratista deberá cumplir los siguientes requisitos mínimos:

Equipo educativo:

- Nº de profesionales: La plantilla debe contar, como mínimo, con los siguientes profesionales: 13 educadores y 2 maestros, uno de ellos ejercerá la función de director del centro.

Estos profesionales con dedicación a jornada completa constituyen la plantilla mínima del centro, a la que se añadirá el personal propuesto

como mejora por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa en el conjunto de los apartados del baremo.

Todos los profesionales deben contar con la siguiente titulación: Según lo establecido en el Decreto 18/2008, de 6 de marzo, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros de primer ciclo de Educación Infantil, todos los profesionales del equipo educativo deberán reunir alguna de las titulaciones especificadas en el Artículo 9 de dicho Decreto: A) Técnicos Superiores en Educación Infantil, o Técnico Especialista Educador Infantil (módulo de Nivel 111), o Técnico Especialista en jardines de Infancia, o Profesionales que estén habilitados por la Administración Educativa para impartir primer ciclo de Educación Infantil. B) Maestros con la especialidad de Educación infantil, o profesor de Educación General Básica con especialidad de educación preescolar, o Maestros de primera Enseñanza, o Diplomado o licenciado con la especialidad de Educación Infantil debidamente reconocida por la Administración educativa.

En todo caso, el director/a deberá estar en posesión de la titulación de maestro con la especialidad de Educación Infantil o equivalente.

El desarrollo del programa de iniciación al inglés deberá realizarse por personal que esté en posesión de titulación oficial que corresponda, al menos, a las competencias del nivel B1 del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas. El número de personas con dicha titulación será el necesario para desarrollar el proyecto de iniciación al inglés, en el número de horas semanales que la entidad haya ofertado propuesto en su Proyecto Educativo y Organizativo del centro”.

También detallan los PPT la formación y el resto de las condiciones precisas a cumplir por el personal destinado al servicio de cocina,

limpieza, control y mantenimiento del centro y se precisa que todas las obligaciones relativas a la determinación, cualificación y formación del personal empleado en la prestación del servicio, tendrán la consideración de condición especial en relación con la ejecución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la LCSP717, con el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos establecidos en el artículo 211.1.f) de dicha Ley.

Otras obligaciones igualmente previstas en los PPT, a cargo de la empresa contratista son:

-Obtener la autorización previa de la Consejería de Educación y Juventud para efectuar cambios en el equipo educativo de la escuela infantil, si dichos cambios modifican el número y cualificación de la misma. De ser necesario realizar cambios en el equipo educativo, éstos se realizarán preferentemente al finalizar el curso escolar y siempre deberán acreditar la titulación y experiencia exigidas al personal que se incorpore a las plantillas.

-Abonar todos los gastos necesarios para el funcionamiento del centro: personal educativo y de servicios, suministros de agua, energía eléctrica, combustible, teléfono, calefacción, seguridad, limpieza, extintores y cualesquiera otros necesarios para el funcionamiento de la Escuela.

-Mantener en buen estado las instalaciones y bienes específicos cedidos para su uso y asumir las reparaciones/reposiciones de todo tipo que sean necesarias.

-Dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales, conforme a los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y a la oferta técnica de la contratista, respecto a la plantilla de profesionales, según el número de unidades y alumnos que

constituyen la estructura de cada escuela y los medios materiales para la buena ejecución de los contratos.

-Asumir la responsabilidad de todos los daños y perjuicios directos e indirectos que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

-Será responsable de la calidad técnica de los trabajos y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros por errores u omisiones o métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.

-Deberá responder de los salarios impagados a los trabajadores, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que, en ningún caso, dicha obligación corresponda a este último. En este supuesto, si se acreditara la falta de pago de los citados salarios, la Administración procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva, en tanto no se acredite el abono de éstos.

-Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas.

-Durante la ejecución del contrato, el contratista ha de cumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V de la LCSP/17, así como al cumplimiento

de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de personas con discapacidad y de prevención de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, Real Decreto 171/2004, de 30 enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de dicha Ley en materia de coordinación de actividades empresariales, en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, así como las que se promulguen durante la ejecución del contrato.

-Respetar las condiciones laborales previstas en los Convenios Colectivos sectoriales que sean de aplicación a sus trabajadores. Igualmente, la contratista deberá acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación, si fuera requerida para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato.

En cuanto a la resolución contractual, la cláusula 43 del PCAP, determina que, son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 98, 211 y 313 de la LCSP, así como las siguientes:

-El incumplimiento de los requisitos relativos a titulación académica y experiencia profesional del personal responsable de la ejecución del contrato, conforme a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

-La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.

-El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en el apartado 21 de la cláusula 1, por remisión conforme a lo establecido en la cláusula 30.

-Incumplimiento de las directrices que se reserva la Administración titular u obstaculización a que ésta pueda desempeñar las funciones de fiscalización y control que le son propias, cuando se realice mediante dolo o negligencia grave, así como cuando sea reiterado, entendiéndose por tal cuando previamente se hayan ya impuesto una primera penalidad por incumplimiento leve y una segunda penalidad por incumplimiento grave, conforme a lo establecido en el apartado 21 de la Cláusula 1 del presente Pliego y previo informe propuesta de resolución de la inspección educativa.

-El incumplimiento de la obligación del contratista de respetar el carácter confidencial respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 28 de la cláusula 1, cuando se realice mediante dolo o negligencia grave, así como cuando sea reiterado, entendiéndose por tal cuando previamente se hayan ya impuesto una primera penalidad por incumplimiento leve y una segunda por incumplimiento grave, conforme a lo establecido en el apartado 21 de la Cláusula 1 del presente Pliego y previo informe propuesta de resolución de la inspección educativa.

-El trato degradante o humillante hacia los niños o a sus familias que cree sentimientos de terror, angustia o humillación, cuando sea reiterado, entendiéndose por tal cuando previamente se haya ya impuesto una primera penalidad por incumplimiento muy grave conforme a lo establecido en el apartado 21 de la cláusula 1 del presente Pliego y previo informe propuesta de resolución de la inspección educativa.

-El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha Ley.

-El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución a las que se les haya atribuido el carácter de obligaciones esenciales del contrato. En este caso, además de las antes referidas, relativas a la formación del personal empleado en la prestación del servicio previstas en los PPT; la Cláusula 1 del PCAP, también previó expresamente como tales otras, señalando que el contratista debería promover el reciclado de productos y el uso de envases reutilizables para el mantenimiento del medio ambiente y, además, deberá facilitar la formación permanente del personal en el lugar de trabajo con, al menos, una acción formativa en el ámbito de la educación infantil o de la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo, por curso escolar, disponiendo que, antes del 15 de julio de cada curso escolar el contratista debería acreditar documentalmente, mediante los correspondientes certificados, ante la Dirección General de Educación Infantil y Primaria, el cumplimiento de esas dos obligaciones, con carácter de condiciones especiales de ejecución a los efectos establecidos en el artículo 202 de la LCSP717.

Asimismo, por ser un contrato que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía, serán causa de resolución del contrato las indicadas en el artículo 294.b), c) y d) de la LCSP/17 -las imputables a la administración: demora superior a 6 meses en la entrega de la contraprestación o los medios accesorios, el rescate del servicio para la gestión directa, y la supresión del servicio-.

En cuanto a la tramitación de la resolución contractual, de conformidad con la normativa contractual, la cláusula 48 del PCAP previene que -en su caso- sería acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento tramitado en la forma reglamentariamente establecida por el artículo 109 del RGLCAP.

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, se indica expresamente en el PCAP, que sería incautada la

garantía y, además, el contratista deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 212 de la LCSP/17 y 110 del RGLCAP, y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 213 y 313 de la LCSP/17.

III.- Con fecha de 8 de abril de 2024, la Dirección General de Educación Infantil, Primaria y Especial remitió al órgano de contratación un informe, en el que se proponía la resolución del contrato, fundamentado en que durante el presente curso 2023-2024, se habían venido registrando importantes incidencias en la gestión del contrato, susceptibles de determinar tal resolución contractual por razones de interés público.

Dicho informe explica que la Escuela Infantil “Tesoros”, código de centro 28066260, es un centro educativo de titularidad de la Comunidad de Madrid, que atiende a niños menores de 3 años y que es gestionada en la modalidad de gestión indirecta, mediante el correspondiente contrato adjudicado por la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades por la empresa ATREYU BLOTA CARTO, S.L. cuya vigencia finaliza el 31 de julio de 2024. Añade que la entidad gestora ha manifestado por escrito su deseo de no continuidad del mismo, rechazando anticipadamente la posible prórroga y que, anteriormente solicitó renunciar al contrato en pleno curso escolar. En consecuencia, actualmente la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades está tramitando un expediente para convocar un nuevo concurso público que permita adjudicar la gestión del centro a partir del 1 de septiembre de 2024.

No obstante lo anterior, indica el informe que durante el presente curso, se vienen registrando importantes incidencias en la gestión del vigente contrato y que, por ello, el pasado mes de diciembre de 2023 se

informó a la Secretaría General Técnica de Consejería de Educación, Ciencia y Universidades, para su consideración y efectos oportunos, de diferentes demandas y quejas, procedentes de las familias del centro, y del Ayuntamiento de Arganda del Rey, en relación con la gestión de la citada empresa. Ello dio lugar a un requerimiento de información por parte de la Secretaría General Técnica a la citada empresa, con el fin de comprobar el cumplimiento del contrato. En el mismo se le requería la aportación de la siguiente documentación:

“-Certificación positiva acreditativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, o que acredite documentalmente que están satisfechas las cuotas a la Seguridad Social correspondientes al personal adscrito a la ejecución del contrato de cada una de las cuatro escuelas, correspondientes a presente ejercicio 2023.

- Justificante de abono de las nóminas de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato de cada una de las cuatro escuelas, correspondientes al presente ejercicio 2023, incluidas las vacaciones correspondientes a este ejercicio.

- Medidas adoptadas por la empresa para subsanar las deficiencias en el sistema de climatización y calefacción y las humedades en las diferentes dependencias de las escuelas afectadas por las mismas, en cumplimiento del requerimiento efectuado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, tras las actuaciones realizadas con fecha de 7 de noviembre de 2023.

- Medidas adoptadas por la empresa para subsanar las deficiencias en materia de cobertura del personal adscrito a la ejecución de los contratos de las escuelas afectadas por las mismas, en cumplimiento del requerimiento efectuado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid tras las actuaciones realizadas con fecha de 7 de noviembre de 2023.

- Aportación de justificación detallada, que permita identificar que el abono de las nóminas corresponde a cada uno de los trabajadores adscritos a la ejecución de cada uno de los cuatro contratos”.

Seguidamente se recordaban las obligaciones contenidas en los Pliegos y las eventuales responsabilidades a que su incumplimiento daría lugar y se les indicaba que tales circunstancias serían incardinables en los motivos de resolución contractual de los apartados f) e i) del artículo 211.1 de la LCSP/17 y, en el ejercicio de las prerrogativas atribuidas legalmente al órgano de contratación y se le instaba al cumplimiento estricto de las obligaciones derivadas del contrato administrativo de gestión de la escuela infantil Tesoros y de las normas de ámbito social y laboral que le son aplicables.

Según se indica en el informe aludido, tales requerimientos documentales fueron debidamente atendidos.

A pesar de ello, el informe señala que, durante los últimos meses las quejas en relación a la gestión de la escuela infantil “Tesoros” (Arganda del Rey) se han incrementado en número y gravedad, lo cual ha requerido la intervención del Servicio de Inspección Educativa de la Dirección de Área Territorial de Madrid-Este.

El mismo informe destaca que, *“en relación con la cobertura de personal necesario para el funcionamiento cotidiano del centro, como ya se indicaba en el informe de fecha 15 de diciembre de 2023 remitido a la Secretaria General Técnica, la empresa ATREYU BLOTA CARTO S.L. ha sido demandada ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la FEDERACIÓN REGIONAL DE ENSEÑANZA DE MADRID DE COMISIONES OBRERAS por la SUSPENSIÓN DE CONTRATOS de los trabajadores de las 4 escuelas infantiles gestionadas por dicha entidad. La demanda se basaba en la tramitación por parte de la empresa de un Expediente de Regulación de Empleo ante la Autoridad Laboral de la Comunidad de*

Madrid con efectos de 1 de agosto de 2023 hasta el 31 de agosto de 2023 ambos inclusive.

En relación con la cobertura de plantilla, la Subdirección General de Centros de Educación Infantil, Primaria y Especial y la Unidad Técnica de Educación Infantil, mantuvieron el pasado mes de noviembre una reunión con la representante de la empresa ATREYU BLOTA CARTO S.L para urgir la contratación de personal para cubrir las múltiples bajas laborales en las plantillas de los centros, para tratar el tema del ERTE y su repercusión en el funcionamiento del centro ya que las vacaciones no disfrutadas ni abonadas al personal se pretenden conceder a lo largo del curso con el consiguiente perjuicio para alumnos, trabajadores y familias, así como otras cuestiones como las bajas temperaturas de los centros, ante las quejas recibidas.

En el caso concreto de la Escuela Infantil Tesoros (Arganda del Rey), la no cobertura de bajas de los trabajadores del centro y de los periodos de disfrute de las vacaciones estivales ha sido sometido a un intenso seguimiento mensual por parte de la Consejería de Educación”. A continuación, se recoge un cuadro-resumen de las incidencias detectadas por falta de personal a lo largo del curso (en octubre de 2023, faltaron 69 horas semanales de personal docente; en noviembre 31 horas; del 1 al 10 de diciembre de 2023, faltaron 31 horas semanales de personal docente y de 11 al 22 de diciembre de 2023 faltaron 63 horas; en enero de 2024, faltan 31 horas semanales del personal docente comprometido; del 1 al 4 de febrero y del 12 al 29 de febrero, faltan 31 horas semanales de personal docente y del 5 al 9 de febrero, faltaron 69 horas y, finalmente, del 14 al 22 de marzo faltaron 31 horas). Sobre el particular, se indica que la Administración Educativa madrileña ha exigido constantemente a la entidad gestora la contratación de personal para cubrir las bajas y los periodos de disfrute vacacional que han ocasionado las disfunciones horarias y carencias respecto del servicio contratado, así como el pago

regular de las nóminas a los trabajadores, aspecto este último sobre el que se han producido constantes retrasos.

El informe continúa recordando que el PCAP recoge en su cláusula 28, la posible suspensión del contrato, determinando que: *“La Administración podrá acordar por razones de interés público la suspensión de la ejecución del contrato. Igualmente, podrá proceder la suspensión del cumplimiento del contrato por el contratista si se diese la circunstancia señalada en el artículo 198.5 de la LCSP. Los efectos de la suspensión del contrato se regirán por lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP, así como en los preceptos concordantes del RGLCAP”*.

Por todo ello, teniendo en cuenta los antecedentes citados y con remisión al contenido y a las consideraciones finales de cierto informe del Servicio de Inspección Educativa de la Dirección de Área Territorial de Madrid-Este que se adjunta, el informe indica que, se está tramitando un nuevo contrato que reemplazaría el vigente en la fecha de su extinción, lógicamente sin previsión de prorrogar el actual, con una vigencia que comenzaría el próximo 1 de septiembre y la Dirección General de Educación Infantil, Primaria y Especial, propone tramitar con carácter de urgencia la resolución del contrato -documento 1-.

El precedente informe se sustenta especialmente en otro, emitido por la Inspección Educativa de la Dirección del Área Territorial Madrid-Este, de fecha 27 de marzo de 2024, que se trasladó a la administración educativa madrileña el día 2 de abril de 2024, suscrito por la titular de la Jefatura de Servicio de Inspección Educativa de la DAT Madrid-Este.

Señala este informe que se habían recibido diversas quejas procedentes de las familias del centro y del Ayuntamiento de Arganda del Rey, en relación con la gestión de la citada empresa y del propio servicio que desarrollaba, principalmente en lo referido a las obligaciones laborales de la empresa con sus trabajadores, al deficiente estado del

sistema de climatización y calefacción de los centros y a la falta de reposición de productos higiénico sanitarios, lo que repercutía gravemente en la correcta prestación del servicio y en el cuidado adecuado de los alumnos de la escuela.

Relata el informe, tres quejas de familias de alumnos, de fechas 3 de octubre y 8 de noviembre de 2023 y de 6 de febrero de 2024. Esta última, la más aclaradora, fue realizada por el padre de una alumna y, a su vez, pareja de una educadora de la escuela, en la que se reiteran las quejas sobre el servicio, manifestando que el centro había empezado a funcionar mal, desde que asumió su gestión la actual contratista y sintetizando los problemas padecidos, señalando la escasez de alimentos; los retrasos en los pagos a los trabajadores y una deficiente organización de las sustituciones de personal que, en su opinión, generaba una carga excesiva para los trabajadores en sus puestos. Explica que, en 2023, los trabajadores fueron sometidos a un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y esta situación privó a los empleados de sus vacaciones, las cuales estaban siendo disfrutadas en el actual curso 2023-2024.

Asimismo, indica el informe de la Inspección Educativa que, tres trabajadores fueron objeto de despido disciplinario por falta muy grave, encontrándose investigados por la Unidad Especial de Maltrato a la Infancia y otras dos trabajadoras fueron objeto de sanción disciplinaria, también por faltas muy graves, permaneciendo prestando servicio en la escuela. El mismo día 4 de marzo de 2024, la directora del centro emitió un comunicado a las familias, indicando que había tomado la decisión de cesar la relación laboral con los mencionados educadores últimamente citados, buscando priorizar la seguridad de los estudiantes.

El informe de 2 de abril de 2014, también señala que, con fecha 4 de marzo se había recibido en el Servicio de Inspección Educativa un oficio de la Comisaría General de Policía Judicial (C.G.P.J)- Unidad de Atención a la Familia y Mujer (UFAM Central - Grupo II), en el que se

exponía que se estaba efectuando cierta investigación policial llevada a cabo por parte del referido grupo de investigación de la UFAM, en relación a la escuela infantil aludida y se le requería determinada documentación, sobre la gestión de la empresa, las inspecciones efectuadas y los expedientes sancionadores tramitados, destacando los mantenidos respecto de 3 educadores.

Para concluir, después de relatar varias visitas al centro por parte de la Inspección Educativa, con examen visual de las instalaciones, revisión de documentación, reuniones con la directora y con el personal de la escuela y de varios requerimientos formulados a la entidad gestora de la escuela, la Inspección Educativa emite las siguientes conclusiones:

"I.- No se cumplen las condiciones higiénicas, sanitarias, de habitabilidad y de seguridad exigidas por la legislación vigente:

Las familias y las educadoras aseguran que:

- Existe falta de material higiénico para los niños y las educadoras. Las familias tienen que traerlo de casa (mantas, sábanas, toallitas).

- La comida es escasa.

- El menú de comedor no se adecúa en su totalidad al artículo 6 de la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

-No usan agua mineral para los biberones, sino agua hirviendo con el consiguiente peligro para los alumnos y las educadoras. Los documentos evidencian que ya han ocurrido accidentes con quemaduras.

- Las aulas no están bien refrigeradas en verano ni calentadas en invierno. Los cubre radiadores no están homologados.

II.- Se incumple la normativa vigente en relación con la actividad educativa:

- No hay Consejo Escolar.

- Las familias aseguran que no tienen información por parte de la dirección del centro educativo.

III.- En cuanto al número de docentes de acuerdo a la ratio establecida por la normativa, la inspectora que suscribe comprueba en una de sus visitas recientes que sí hay personal suficiente (sólo falta una de apoyo) con lo que se deduce mala organización por parte de la dirección del centro educativo.

IV.- La directora incumple sus competencias, recogidas en el artículo 132 de la LOE, en concreto las de:

** Ostentar la representación del centro, representar a la Administración educativa en el mismo y hacerle llegar a esta los planteamientos, aspiraciones y necesidades de la comunidad educativa.*

** Dirigir y coordinar todas las actividades del centro, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Claustro del profesorado y al Consejo Escolar.*

** Garantizar el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones vigentes.*

** Impulsar la colaboración con las familias, con instituciones y con organismos que faciliten la relación del centro con el entorno, y fomentar un clima escolar que favorezca el estudio y el desarrollo de cuantas actuaciones propicien una formación integral en conocimientos y valores de los alumnos y alumnas.*

** Convocar y presidir los actos académicos y las sesiones del Consejo Escolar y del Claustro del profesorado del centro y ejecutar los acuerdos adoptados, en el ámbito de sus competencias”.*

Por lo expuesto, el referido informe concluye que: *“La organización y funcionamiento de la Escuela Infantil Tesoros puede estar lesionando los derechos de los alumnos, las familias y los trabajadores. Es necesario valorar la posible rescisión del contrato con la empresa ATREYU BLOTA CARTO S.L. y el cambio de dirección a un profesional con mayor cualificación para el cargo”.*

El informe de la Inspección Educativa, se ha remitido a esta Comisión Jurídica Asesora como documento 4.1, y se acompaña de varios anexos, comprensivos de las diferentes quejas, actas de reuniones, oficios y requerimientos a los que alude. Las quejas referenciadas se remiten como documento 2 y el documento 3 agrupa varios informes sobre las plantillas de personal e incidencias detectadas.

TERCERO.- En relación con el procedimiento de resolución, se han desarrollado los siguientes trámites:

I.- Mediante la Orden nº 1615/2024, de 17 de abril de 2024, se acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato, con sustento en la fundamentación precedente, por las causas de resolución establecidas en los apartados f) e i) del artículo 211.1 de la LCSP/17, imputables a la contratista.

Además, la propuesta plantea:

- Acordar la retención de la garantía definitiva, por importe de 79.432,42 €, constituida mediante seguro de caución, como medida provisional en aplicación de lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas, en adelante LPAC, hasta la resolución del procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista.

-Requerir la acreditación del cumplimiento de las siguientes medidas indispensables para poder continuar con la prestación del servicio hasta la fecha de finalización del plazo de vigencia del contrato, de 31 de julio de 2024, a los efectos de lo establecido en el apartado 6º del artículo 213 de la LCSP, conforme al cual *“cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero”*.

1º. Medidas adoptadas en las instalaciones de climatización del centro para garantizar el bienestar de los alumnos y del personal que presta el servicio.

2º. Medidas adoptadas para la mejora del presupuesto destinado a los menús escolares y a los gastos de limpieza y mantenimiento del centro, así como las medidas adoptadas para la puesta en conocimiento de las familias de los alumnos de los menús semanales.

3º. Medidas para cubrir las bajas del personal después de los requerimientos efectuados por la Dirección General de Educación Infantil, Primaria y Especial.

4º. Medidas de control y seguimiento sobre el comportamiento de dos trabajadoras sancionadas por la comisión de faltas muy graves.

5º. Medidas para sustituir a la directora del centro.

6°. Medidas adoptadas para la puesta a disposición de información al Consejo Escolar -documento 6-.

II.- Consta la acreditación del trámite de audiencia al contratista, por plazo de diez días naturales a partir de su recepción, para que pudiera formular las alegaciones que estimara oportunas en defensa de sus intereses, de conformidad con el art. 191 de la LPAC. El trámite fue debidamente notificado al contratista el día 18 de abril de 2024.

También se documenta la oportuna notificación a los mismos fines al avalista, conforme al artículo 109.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el día 8 de mayo de 2024 -documentos 7, 8,9 y 10-.

III.- La contratista efectuó alegaciones, con fecha 25 de abril de 2024. En las mismas, se afirmaba que en el centro sólo se había recibido una visita del Servicio de Inspección y que, no se había efectuado ninguna queja o requerimiento de la entidad gestora. Además, se negaba la realidad y/o la gravedad de los incumplimientos aducidos. De ese modo:

-Respecto a la falta de material para los niños y las educadoras, se aportaban facturas del material higiénico; inventario del centro donde figuran varias mantas para dar servicio al centro, señalando que ese material se solicita a principio de curso, por nivel, y que nunca esas carencias habían sido motivo de denuncia o conflicto por parte de familias, educadores o administración.

-Se explicaba que los menús que servían en todas las escuelas estaban validados por el “Servicio Madrileño de Salud, de la Dirección General de Atención Primaria” -sic- y que, en ninguno de los centros que gestionan se quejan por la escasez de comida, que en todos se hacen los

mismos pedidos según el número de alumnos y que los menús se envían a las familias por email, mensualmente.

-Que siempre han utilizado agua hervida, que es lo que les había recomendado sanidad y que jamás habían tenido un incidente con ese asunto, excepto en ése centro, por una negligencia de una educadora, *“cuestión que puede pasar calentando también el agua mineral”* -sic-.

-Que tienen contratado el mantenimiento del sistema de calefacción, que no existe sistema de refrigeración en ese centro y que, con respecto al sistema de calefacción, se han realizado todas las reparaciones precisas; aunque a pesar de ello, en determinados momentos y como apoyo, se habían llevado radiadores para ser utilizados *“en situaciones de emergencia y por motivos de seguridad”*.

Que el responsable de mantenimiento había realizado unos cubre radiadores caseros, efectivamente no homologados, pero que el uso de esos radiadores *“era muy puntual”*.

-En cuanto al sistema inexistente de refrigeración de la empresa ante las altas temperaturas, se indica que, *“junto a los padres, se han aportado ventiladores y pequeños aparatos de aire para refrigerar dentro de lo posibles los espacios”*, se adjuntaba el contrato de mantenimiento y las facturas del sistema de calefacción.

-Sobre la Dirección del centro, el Claustro de profesores y la información a las familias, se afirmaba que la Dirección del centro estaba a disposición de las familias siempre que lo requirieran, al igual que las tutoras, que hacen tutorías individuales cuando las familias lo solicitan, que se realizan reuniones con familias trimestrales y en el centro se encuentran las actas trimestrales. Además, que se informaba a las familias de cualquier cuestión general a través de “Educamadrid”, que el centro cuenta con AMPA desde inicio de curso, con dos delegados por

clase y en la salida de las aulas hay un cuadro informativo del día a día de cada aula.

Finalmente, se añadía que, en el centro se realizan claustros, se favorecen actividades relacionadas con el entorno y una formación integral en conocimientos y valores de alumnos y alumnas.

-En cuanto a la suspensión de los contratos de los trabajadores, durante el mes de agosto de 2023 y los incumplimientos de los derechos laborales, se explica: *“Es cierto que nos vimos obligados a hacer un ERTE en el mes de agosto dada la situación económica que atravesamos y que fuimos demandados por los sindicatos y que la sentencia fue fallada a nuestro favor, ...A lo largo del curso se han dado vacaciones al personal y se han realizado las sustituciones oportunas para cubrir las mismas, adjuntamos listado No se ha incumplido con el pago de los salarios, éste mes ha sido el único que hemos pagado el 40% de la nómina y que próximamente pagaremos lo que falta, estamos al corriente de nuestras obligaciones con hacienda y la seguridad social”.*

Se adjunta la Sentencia 1126/2023, de 11 de diciembre de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Sección nº 01 de lo Social-, dictada en el procedimiento sobre “Despidos Colectivos” nº 725/2023. La sentencia da respuesta a varias demandas acumuladas interpuestas por la Federación Regional de Enseñanza de Madrid de Comisiones Obreras, por la Federación de Enseñanza de la Unión Sindical Obrera de Madrid (FEUSO-MADRID), además de por otras dos personas físicas; articulando demandas sobre impugnación colectiva de suspensión de contratos, contra ATREYU BLOTA CARTO, S.L., habiendo sido parte la Comunidad Autónoma de Madrid y el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE),

En la referida sentencia se desestiman las demandas acumuladas, absolviendo a la empresa de los pedimentos deducidos en su contra, referidos a la declaración de nulidad del ERTE o subsidiariamente, su

consideración como injustificado, con las consecuencias legales a ello inherentes.

-Sobre la directora del centro, la contratista explica en sus alegaciones que existía una sustitución desde el mes de junio de 2023 de la directora titular, que se encontraba de baja, aunque se indicaba que acababan de recibir su alta, para su próxima incorporación. Se añadía que, en ningún momento habían recibido quejas sobre el desarrollo de sus competencias por parte de la Administración Educativa madrileña, del Servicio de Inspección o de las familias; aunque, con la incorporación de la directora titular se iban a poner en marcha todas las medidas o mejoras que no se habían establecido en este curso escolar, haciendo hincapié en el consejo escolar, el trabajo con familias y el aprovechamiento educativo de los alumnos y alumnas.

IV.- Previa su solicitud, en fecha 29 de abril, se emitió informe favorable a la propuesta de resolución contractual planteada, por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 7 de mayo de 2024.

En el mismo, se advierte de la necesidad de que la propuesta de resolución contuviera un pronunciamiento expreso sobre las alegaciones de la empresa contratista y argumentara las razones por las que no eran tenidas en cuenta y se advierte de la preceptividad del informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en caso de oposición de la contratista a la resolución contractual -documento 14-.

V.- Consta un posterior escrito, de fecha 17 de mayo de 2024, suscrito por la representante legal de la empresa, en el que sin mayor argumentación manifiesta que *«NO SE OPONE A LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE SERVICIO PARA LA GESTION DE LA ESCUELA INFANTIL “TESOROS”, con la condición de que se lleve a cabo sin indemnidad al haber solicitado conforme a la disposiciones de la Ley Concursal concurso voluntario de acreedores, desistiendo, en consecuencia, de las alegaciones formuladas en el escrito de recurso formulado al acuerdo de inicio de*

expediente de resolución administrativa en curso» -documento 15 del expediente-.

VI.- Consta igualmente emitido el informe favorable de la Intervención General de la Comunidad de Madrid a la propuesta de resolución del contrato. El referido informe, de fecha 21 de mayo de 2024, indica que, a la vista de las manifestaciones de 17 de mayo de 2024 del contratista, la “condición” expresada por la empresa no permite deducir su inequívoca voluntad de no oponerse a la resolución contractual y, por eso y para mayor seguridad jurídica, considera que procedería solicitar dictamen a la Comisión jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, máxime teniendo en cuenta, que la ausencia de dicho dictamen, siendo preceptivo, constituye una causa de nulidad del procedimiento.

VII.- A continuación se ha reformulado la propuesta de resolución contractual, en el sentido de circunscribirla al motivo de resolución contractual previsto en la letra f), del artículo 211.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a la vista de los incumplimientos en materia de personal y de los referidos a la deficiente asistencia a los menores, reflejados por la Inspección Educativa, “...*sin perjuicio del resultado del procedimiento judicial y del procedimiento seguido por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social citados en el antecedente de hecho segundo y en las alegaciones aducidas por la contratista*”.

La propuesta argumenta igualmente la insuficiencia de las alegaciones que en defensa de su gestión efectuó la contratista, pues sólo anunciaba medidas generales y poco precisas para solventar las deficiencias, sin presentar un proyecto de implantación y ejecución.

En su parte dispositiva se indica que, además de la resolución contractual, procederá:

- La incautación de la garantía definitiva constituida, sin perjuicio de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, que se determinen en un procedimiento contradictorio posterior.

- La liquidación del contrato en el importe que proceda, conforme al régimen de pagos establecido en el apartado 24 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, hasta la fecha de efectos de la resolución del contrato.

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”*.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Educación, Ciencia y Universidades, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del ROFCJA.

En el supuesto analizado, el último escrito de la contratista, de fecha 17 de mayo de 2024, resulta sumamente confuso pues, si bien manifiesta que *“no se opone a la resolución del contrato de servicio para la gestión de la escuela infantil Tesoros... desistiendo, en consecuencia, de las*

alegaciones formuladas en el escrito de recurso formulado al acuerdo de inicio de expediente de resolución administrativa en curso”, somete esa decisión a una condición, “...*que se lleve a cabo sin indemnidad*”. La consecuencia pretendida contraviene lo establecido en el artículo 213.3 de la LCSP/17, que determina una consecuencia *ope legis*, en el caso de la resolución contractual culpable, al disponer que “*cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada*”. Por lo demás, la eventual responsabilidad, no puede determinarse *a priori*, sin tramitar el correspondiente procedimiento contradictorio, en el que se liquide el contrato y se determinen las eventuales responsabilidades por daños y perjuicios.

A mayor abundamiento, la resolución sin indemnidad por haber solicitado la declaración de concurso porque que pretende la contratista no es posible en este caso, puesto que el artículo 211.2 de la LCSP/17, dispone que en los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo. En el presente caso, resulta claro que no es posible la aplicación la causa de resolución invocada por la empresa contratista, pues los incumplimientos invocados por la Administración son primeros en el tiempo.

A partir de lo argumentado, parece oportuno emitir el presente dictamen, al considerar que sólo podría admitirse *ab initio*, resolver al contrato “*sin indemnidad*” para el contratista, si estuviéramos en presencia de una resolución que no se fundamentara en un incumplimiento culpable del contratista y por tanto en la causa que invoca la administración educativa en la propuesta remitida.

Conforme a lo argumentado, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

SEGUNDA.- Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, esta Comisión Jurídica Asesora viene distinguiendo entre la norma sustantiva que rige el asunto de fondo y la norma aplicable al procedimiento (en el mismo sentido, el Consejo de Estado, así su dictamen 167/2021, de 25 de marzo). En el presente caso, ambas coinciden, pues se trata de un contrato adjudicado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP/17 que es la vigente al inicio del procedimiento de resolución contractual.

En relación con el procedimiento hay que tener en cuenta que, iniciado el día de 17 de abril de 2024, le resulta de aplicación lo previsto en la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, que modifica la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, que establece que los expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos tienen un plazo máximo de tramitación de ocho meses, transcurridos los cuales, si se trata de expedientes iniciados de oficio caducarán y si lo hubieren sido a instancia de parte, se entenderán desestimados.

En lo atinente al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar, por tanto, en los artículos 191 y 212 de la LCSP/17. 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 RGLCAP, referido específicamente al “procedimiento para la resolución de los contratos”.

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 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Por otro lado, el apartado tercero artículo 191 dispone que sea 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.

De acuerdo con la normativa expuesta, resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 64.2 de la ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid y en el art. 5.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde al Consejo de Gobierno, dado que la celebración del mismo también fue autorizada por dicho órgano en su sesión de 7 de julio de 2021.

En cuanto al procedimiento, consta la existencia de una resolución -motivada- de incoación del procedimiento de resolución, que fue trasladada para alegaciones al contratista y a su avalista.

El procedimiento recoge las alegaciones de oposición del referido contratista.

Figura en el procedimiento el informe de Abogacía General de la Comunidad de Madrid que se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia, lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*).

No ocurre lo mismo con el informe de fiscalización de la Intervención municipal, que se ha incorporado tras el trámite de audiencia.

A este respecto, debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento.

En este caso, dichos informes no introducen novedades fácticas que hayan causado indefensión al contratista, por lo que la irregularidad observada no invalida el procedimiento.

Finalmente, consta una propuesta de resolución que recoge motivadamente la posición de la Administración, una vez tramitado el procedimiento, vistas las alegaciones de los interesados y los informes emitidos, con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura final de dicha Administración.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, cuyo incumplimiento determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17, el criterio mantenido por esta Comisión ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la

LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas, ni a las entidades locales.

Por ello, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido considerando aplicable el plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

No obstante lo anterior, la Ley 11/2022, ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, pues su artículo 31, bajo la rúbrica, *“Modificación de la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos”*, establece que: *«La Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, queda modificada como sigue...»*

Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9. con la siguiente redacción: “3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos

públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)».

Dicha previsión resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor, por lo que –como hemos avanzado anteriormente- al presente procedimiento le resulta de aplicación el plazo de ocho meses conforme a lo anteriormente expresado.

En consecuencia, según lo anteriormente indicado, el procedimiento analizado no ha incurrido en caducidad a fecha de emisión del presente dictamen.

TERCERA.- Como es sabido, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos, ligada a su obligación de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan sólo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-. En este mismo sentido, la Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que: *“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado,*

que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho, en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En el caso que nos ocupa, la resolución se basa en el supuesto incumplimiento por parte de la contratista de sus obligaciones en cuanto a la ejecución del contrato, al amparo de la letra f) del artículo 211.1 f) de la LCSP/17, pues, según se nos plantea por la Administración Educativa madrileña, con sustento en las conclusiones del tantas veces citado informe de la Inspección Educativa, tales incumplimientos en materia de la organización y funcionamiento de la escuela infantil pueden estar lesionando los derechos de los alumnos, las familias y los trabajadores.

En este punto conviene recordar que, los miembros de la Inspección Educativa tienen carácter de autoridad, en el ejercicio de sus funciones y, según dispone el artículo 153 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, les corresponden las siguientes atribuciones: “a) Conocer, supervisar y observar todas las actividades que se realicen en los centros,

tanto públicos como privados, a los cuales tendrán libre acceso. b) Examinar y comprobar la documentación académica, pedagógica y administrativa de los centros. c) Recibir de los restantes funcionarios y responsables de los centros y servicios educativos, públicos y privados, la necesaria colaboración para el desarrollo de sus actividades, para cuyo ejercicio los inspectores tendrán la consideración de autoridad pública. d) Participar en las reuniones de los órganos colegiados o de coordinación docente de los centros, respetando el ejercicio de la autonomía que la Ley les reconoce, así como formar parte de comisiones, juntas y tribunales, cuando así se determine. e) Elevar informes y hacer requerimientos cuando se detecten incumplimientos en la aplicación de la normativa, y levantar actas, ya sea por iniciativa propia o a instancias de la autoridad administrativa correspondiente. f) Cualesquiera otras que le sean atribuidas por las Administraciones educativas, dentro del ámbito de sus competencias”.

Como es sabido, el precepto invocado como fundamento de la resolución que venimos analizando requiere que se produzca el incumplimiento de la obligación principal del contrato o, que tenga lugar el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, si su establecimiento respetó los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos y figuran enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

A la vista de los indicados requerimientos legales, los incumplimientos generalizados aludidos en el precepto, deben ser considerados como muy graves y excepcionales, para poder encajar en tal supuesto de resolución culpable.

En el supuesto analizado, conforme al autorizado criterio valorativo emitido en el informe de la Inspección Educativa, debemos tener por acreditada una significativa dejación de funciones de la persona que ocupa el puesto de directora de la escuela, incumpliendo los principios de actuación establecidos en la legislación educativa vigente; además de evidenciarse importantes carencias organizativas respecto del resto de la plantilla de profesionales educadores. También se han constatado deficiencias en cuanto al adecuado mantenimiento de las instalaciones y sobre la garantía de su uso correcto y; todas ellas, inciden en la seguridad física y emocional de los menores, en el correcto desarrollo de su actividad formativa y de su bienestar, y de ahí su gravedad, considerando que se trata de niños muy vulnerables por su edad, que requieren de atención y supervisión permanente, durante la totalidad de las horas en las que se encuentran en el centro.

Por otra parte, no pueden considerarse suficientes las contra argumentaciones del contratista que, ponen de manifiesto que el servicio prestado en relación con las familias y con el cuidado de los menores es deficitario y contraviene lo estipulado, causando perjuicios a los usuarios, por no recibir un trato adecuado, una alimentación adecuada, ni encontrarse en unas instalaciones debidamente acondicionadas, necesarias para asegurar el bienestar y la comodidad de niños de tan corta edad. Todo esto, sin perjuicio del reconocimiento, por la propia contratista del incumplimiento de algunas cuestiones tales como el impago parcial de salarios a sus trabajadores y de la utilización de mobiliario “*inadecuado*”, como son los cubre radiadores “*caseros*” no homologados o los medios de climatización y ventiladores aportados por las propias familias.

Dichos incumplimientos, abarcarían diferentes obligaciones de la prestación del servicio, recogidas en los PPT y, asimismo, la de la obligación especial de la concreta asignación del personal educativo

requerido y, pese a haberse realizado un previo apercibimiento para su resolución, no habrían logrado solventarse, haciéndose por el contrario más patentes.

Como señalamos en nuestro dictamen 606/23, de 16 de noviembre, con cita del anterior dictamen 329/22, de 24 de mayo, el incumplimiento por el contratista de “la obligación principal del contrato” al que alude el artículo 211.1 f) de la LCSP/17, como causa de resolución contractual, en principio, cabe identificarla con el incumplimiento de la prestación que constituya su objeto.

Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP/17 resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en relación con el anteproyecto de ley, “la dificultad interpretativa” que planteaba la legislación anterior en los casos en los que los pliegos declaraban *“esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista”*, pero omitían, sin embargo, esa *“calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad”*.

Para analizar si existe el incumplimiento que se invoca ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración, cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1069/2016)].

En el caso analizado, debemos tener por esenciales los incumplimientos contractuales acreditados por la Inspección Educativa, que, a su vez suponen vulneraciones de la normativa rectora de este servicio, de aplicación directa puesto que el mismo implica prestaciones directas en favor de la ciudadanía. Por tanto, podemos afirmar, de

acuerdo con la Inspección Educativa que, en la ejecución del contrato analizado no se cumplen las condiciones higiénicas, sanitarias, de habitabilidad y de seguridad exigidas por la legislación vigente; no se cumple la normativa vigente en relación a la actividad educativa y la directora incumple sus competencias, en concreto las recogidas en el artículo 132 de la LOE.

A tenor de lo expuesto, se considera que concurren causas de resolución del contrato, al constarse el incumplimiento de obligaciones sustanciales (junto con otras que pueden considerarse complementarias o accesorias) que impiden que el contrato alcance su fin, siendo dichos incumplimientos de entidad suficiente para permitir que la Administración puede hacer uso de su facultad de resolución, sin que el motivo de resolución haya quedado desmentido por las alegaciones de la empresa, que incluso ha reconocido algunos de los incumplimientos de obligaciones esenciales que se le imputan.

En cuanto a la otra causa planteada durante gran parte del procedimiento, el impago de los salarios a los trabajadores, ex. artículo 211, 1, letra i) de la LCSP/17, según se explicó en el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora 19/23, de 19 de enero, se trata de una causa de resolución introducida por la vigente norma legal sobre contratación pública y, a tenor de lo establecido en el artículo 212.1 párrafo segundo de la misma ley, la resolución contractual por esta causa *“solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio”*.

En este caso, si bien se trata de trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la LCSP/17, tal como previene el apartado 26 de la Cláusula 1, del PACP; sin embargo, según resulta del expediente, no consta que el importe de los salarios adeudados supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, de manera que, la resolución contractual por esta causa debiera ser acordada a instancia de los representantes de los trabajadores, situación que no concurre en este caso.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 213.3 de la LCSP/17, *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

Conforme a lo establecido en ese precepto procede que el órgano de contratación realice la incautación de la garantía en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados a la administración educativa madrileña, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños para acordar aquella. Ahora bien, en el caso de que se estime que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que tramitar un expediente contradictorio para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados que excedan del importe de la garantía incautada.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios para la “Gestión de la escuela infantil Tesoros de Arganda del Rey”, Lote 7 del expediente A/SER-018286/2021, suscrito con la empresa ATREYU BLOTA CARTO, S.L. por incumplimiento culpable de la empresa contratista, con los efectos previstos en la consideración de derecho cuarta de este dictamen.

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 6 de junio de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 338/24

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Ciencia y Universidades

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid