

Acuerdo n^o: **4/13**
Consulta: **Alcalde de Fresnedillas de la Oliva**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **10.04.13**

ACUERDO de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de abril de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Fresnedillas de la Oliva, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente de resolución contrato de gestión del servicio de la Escuela Municipal de Música y Danza celebrado con la entidad A (en adelante el contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de marzo de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva, firmada el 5 de febrero de 2013, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de gestión del servicio de la Escuela Municipal de Música y Danza celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 10 de abril de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación consistente en los expedientes judiciales correspondientes al procedimiento ordinario nº 12/2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, en el que aparece copia del contrato firmado el 30 de noviembre de 2006 y el procedimiento ordinario 35/2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid. Falta en la documentación remitida a este Consejo Consultivo el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, documento básico del mismo, al que debe ajustarse y cuyas cláusulas se consideran parte integrante del contrato.

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

1. Con fecha 30 de noviembre de 2006, el Alcalde de Fresnedillas de la Oliva y la entidad A (no se identifica en el contrato el representante de dicha entidad) firman *“un contrato administrativo de adjudicación de gestión de la Escuela Municipal de Música y Danza de Fresnedillas de la Oliva”*, cuyo objeto, según la cláusula primera del contrato es: *«El Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva y la empresa acuerdan colaborar para conseguir los objetivos recogidos en el anterior manifiesto. Para ello “A” desarrollará en las instalaciones de la Escuela Municipal de Música y Danza de Fresnedillas de la Oliva el proyecto educativo que figura como Anexo I al presente contrato y que forma parte del mismo.*

“A” controlará el desarrollo de las actividades y asumirá íntegramente la organización y dirección de su personal. El cuidado de las instalaciones y todos los daños que pudieran causarse con motivo de la defectuosa ejecución de las actividades, tanto de los espacios y dependencias como en su mobiliario y material cedido por el Ayuntamiento serán responsabilidad y competencia única y exclusivamente del Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva.

“A” satisfará el pago de los tributos y derechos locales, autónomos o estatales, presentes o futuros, derivados del cumplimiento del presente contrato, cumplirá con las medidas de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigentes y garantizará en todo momento que los profesores observen el necesario decoro personal y la corrección y respeto debidos al usuario de sus servicios».

El contrato tenía una duración, según la cláusula segunda, de cuatro años, iniciándose en el curso escolar 2006-2007 y con finalización en el mes de julio de 2010. No obstante, en la cláusula quinta se estipulaba que *“el contrato se hará por un mínimo de 4 años”*.

En la cláusula tercera se estipulaba que:

«El Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva cederá parte de la gestión administrativa de la Escuela Municipal de Música y Danza a la empresa, encargándose “A” de la matriculación de alumnos y de recaudar las tasas. El ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva se encargará de establecer los precios públicos que los usuarios deban abonar y del mantenimiento de las instalaciones en las que se desarrolle la docencia, así como de su seguridad».

El precio del contrato, según la cláusula quinta, se fijaba en la cantidad de 29.323,27 euros, estipulándose que los pagos se realizarían fraccionadamente y con periodicidad mensual, previa presentación de las correspondientes facturas. Según esta cláusula quinta,

“los días que correspondan a vacaciones y fiestas durante el período escolar serán facturados al cincuenta por ciento, teniendo en cuenta las horas que estuviesen establecidas para los mismos. Las horas que no puedan ser impartidas por motivos propios de la empresa no serán facturadas. Las horas que no puedan ser impartidas por motivos ajenos a la empresa serán facturadas.

El contrato se hará por un mínimo de 4 años. En caso de resolución o rescisión unilateral sin causa justificada por parte del Ayuntamiento, la entidad A, tendrá derecho a percibir, en concepto de indemnización por lucro cesante, la mitad de las cantidades que hubiera de cobrar en caso de íntegro cumplimiento hasta el final del contrato.

El coste por hora facturada será de 52,27 euros, para el curso 2006-2007. Esta cantidad se actualizará cada curso tomando como referencia el IPC real, nunca inferior al 3,5%. Todas las horas que superen la cantidad anual de 561 serán facturadas a este precio”.

La cláusula sexta disponía que “*será causa de resolución del convenio el incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria de cualesquiera de las obligaciones que aquí se recogen y, en general, todas aquellas que se opongan manifiesta y notoriamente a lo convenido*”.

La cláusula séptima establecía que “*para lo no previsto en el contrato se estará a lo dispuesto en la legislación vigente sobre contratos de las Administraciones Públicas*”.

Además, la cláusula octava, contemplaba la posibilidad de que los términos del contrato pudieran “*ser revisados por mutuo acuerdo entre las partes firmantes en cualquier momento de su vigencia*”.

Finalmente, la cláusula novena señalaba:

«la Escuela de Música no sólo pretende ser un centro de enseñanza sino un centro de ocio, encuentro, desarrollo personal, integración, etc.

(...)

La empresa tendrá plena libertad para seleccionar los contenidos educativos, incorporar nuevas asignaturas en función de la demanda o interés educativo, reorganizar grupos, modificar número de alumnos por clase, número de matriculaciones, empleo del material, contratación de profesores.

La gestión será tarea exclusiva de la empresa, eligiendo ésta a profesores, colaboradores, métodos de gestión y cualquier aspecto relativo a la misma. En ningún caso el ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva podrá organizar, financiar, tutelar, consentir, acceder, etc. actividades educativas musicales en el municipio ni en instalaciones municipales al margen de las establecidas en la escuela de música. Las actividades que existan a día de firma de este contrato pasarán a formar parte de la escuela municipal de música y danza y serán gestionadas exclusivamente por la empresa “A.”

Las colaboraciones en cuanto a personal o de cualquier otro tipo que realice el ayuntamiento serán consultadas y necesariamente aprobadas por escrito por la empresa “A.”

Se dará preferencia en el uso de las instalaciones públicas a las actividades de la Escuela de Música frente a las actividades particulares.

La empresa se reserva el derecho de cualquier tipo de cesión del contrato durante el tiempo de duración del mismo».

2. El día 7 de mayo de 2008, una relación de padres y alumnos dirigen un escrito al Ayuntamiento sobre la posible desaparición de la clase de Danza Española, y manifiestan su apoyo a la profesora y su deseo de continuar con la misma.

3. Con fecha 3 de julio de 2008, D.M.I., en representación de la empresa A, presenta un escrito en el que informa sobre la situación de alumnos que no están al corriente de sus cuotas y otros que han ingresado directamente sus cuotas al Ayuntamiento. Además da respuesta a un requerimiento del Ayuntamiento relativo *“a cambiar el modelo actual de contrato (fijo+variable) a un modelo de costes fijo, es conveniente recordar que hace meses enviamos al Sr. Alcalde A.R.B., varios de estos proyectos a su e-mail personal y que aún no tenemos ninguna respuesta”*.

Dice el escrito de 3 de julio de 2008:

“Si lo desean podemos enviar más proyectos con más opciones de costes, asignaturas, y los firmamos cuando nos digan. Por nuestra parte sigue habiendo la misma voluntad de acuerdo que hace meses, y de proseguir este proyecto no sólo los dos próximos años, sino muchos más”.

La carta finaliza con una referencia a los pagos que están pendientes por el Ayuntamiento y se interesan por la compra de los instrumentos y material necesario para el próximo curso.

4. Con fecha 28 de agosto de 2008 el Ayuntamiento dirige al contratista una carta en la que le muestra su disconformidad con las facturas giradas y en la que se advierte que *“para el último trimestre del año 2008, que comienza el día 1 de septiembre, usted deberá tener en cuenta que no puede superar el coste máximo global del año pactado en el contrato, y del que está pendiente el pago de los meses anteriores por irregularidades bajo estudio ya mencionadas*.

Por este motivo, le solicitamos nos remita a la mayor brevedad el programa del curso 2008-2009 para su estudio y, en su caso, la aprobación por parte del Ayuntamiento del mismo, con la expresa

advertencia de que el coste de dicho programa en ningún caso debe superar el coste total pactado en el contrato”.

5. Con fecha 12 de septiembre de 2008, en respuesta al anterior escrito, un representante de la entidad contratista manifiesta su rechazo a las irregularidades denunciadas por el Ayuntamiento y reclama el importe de 35.910 euros, por facturas pendientes de cobro. En relación con el precio del contrato, la entidad contratista manifiesta:

«En cuanto al carácter del contrato respecto a precio y costes, como ya hemos puesto de manifiesto en anteriores ocasiones, es abierto, ya que el mismo se establece que “el coste por hora facturada será de 52,27 euros para el curso 2006-2007 –lo que supone la cantidad fijada de 29.323,27 euros- ... todas las horas que superen la cantidad anual de 561 serán facturadas a ese precio.

Es evidente que el Ayuntamiento conocía sobradamente el contenido del contrato y de hecho abonó el pasado curso, sin reservas, facturas por horas que superaban ampliamente el número de 561. No puede pretender ahora interpretar el contrato a su propio criterio y conveniencia, yendo además, en contra de la doctrina de los actos propios.

Cuestión distinta es que el contrato se pueda novar a futuro y bajo consentimiento mutuo».

El escrito de la contratista concluye con la siguiente manifestación:

“No obstante lo anterior, siendo la demora en el pago de las facturas superior a cuatro meses y en aplicación del artículo 200.5 de la Ley de Contratos del Estado, por medio del presente escrito comunica y con el suficiente preaviso de un mes, que el contrato quedará en suspenso a partir del día 15 de octubre de 2008 –fecha en la que se

dejará de impartir clases-; suspensión que se mantendrá hasta el completo pago de la deuda. Si antes de dicha fecha el Ayuntamiento paga íntegramente la deuda, la suspensión no tendrá lugar y no se interrumpirán las clases.

Conste la reserva para la reclamación de los daños y perjuicios sufridos tal y como establece el artículo 203.2 de la referida Ley”.

Con este escrito remite el proyecto para el curso 2008-2009, en el que se fija el coste inicial del curso, atendiendo al número de horas impartidas, de 31.867,06 euros.

6. Con fecha 12 de septiembre de 2008, el Alcalde Presidente del municipio, en respuesta al anterior escrito, dirige una carta al contratista en la que manifiesta:

“1. El coste inicial que usted nos presupuesta para el curso 2008-2009, es por un importe de 31.867,06 €, cantidad superior a la que consta en el contrato firmado al efecto el día 30 de noviembre de 2006 y que asciende a 29.323,27 €.

2. Es imprescindible cerrar el calendario en cuanto al número de horas máximo anual que su empresa pueda impartir, a fin de evitar problemas respecto a que se facture un número de horas superior y el coste supongan un incremento del precio total pactado, hecho este con el que el Ayuntamiento no está conforme y ha sido motivo del conflicto existente.

3. Se deberán aclarar las irregularidades existentes en el curso anterior respecto clases impartidas a usted mismo, según consta en la documentación que al efecto usted mismo nos ha facilitado.

Por todo lo expuesto, este Ayuntamiento entiende que antes de comenzar el nuevo curso, ambas partes deberíamos mantener una

reunión a fin de aclarar los puntos expuestos, así como el resto de asuntos pendientes de resolución en relación al contrato de referencia, por lo que el curso escolar no deberá comenzar el próximo día 15 de septiembre, posponiéndose dicho comienzo a una fecha posterior que ambas partes acuerden y una vez hayan quedado aclarados los puntos conflictivos”.

7. Con fecha 15 de septiembre de 2008, el representante de la entidad contratista presenta escrito dirigido al Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva en el que se opone a lo manifestado por el Ayuntamiento en relación con el precio y las horas máximas y, sobre las presuntas irregularidades en relación con las clases impartidas a él mismo manifiesta que *«“A” no ejerce ningún tipo de discriminación a la hora de matricular alumnos, ni por razón de sexo, religión, estado civil, ocupación laboral, etc., y este criterio sea compartido por los responsables municipales. Todas las personas que deseen matricularse en la escuela tendrán esa posibilidad mientras existan plazas disponibles»*. El escrito concluye:

“Una vez aclarados estos puntos consideramos innecesaria una reunión, ni más dilaciones por parte del Ayuntamiento en la fecha del comienzo del curso. Comenzaremos pues el curso el próximo lunes 22 de septiembre de 2008, rogándoles no provoquen más retrasos innecesarios”.

8. El día 22 de septiembre, el Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva, en respuesta al anterior escrito, comunica (aunque no consta el acuse de recibo del representante de la contratista):

“Hoy día 22 de septiembre no darán comienzo las clases de la escuela de música, lo cual se le comunica a todos los efectos, posponiéndose dicho comienzo hasta que se pacte una solución satisfactoria por ambas partes sobre este asunto, más, cuando existe una amenaza por

su parte de suspender las clases en el plazo de un mes si no se procede a llegar a un acuerdo en el pago de las cantidades pendientes del curso anterior, pudiendo causar esta circunstancia un grave perjuicio tanto a los alumnos de la escuela, como a los profesores que usted contrate, hecho este que reafirma nuestra decisión de posponer el comienzo del curso”.

9. Con fecha 29 de septiembre, un representante de la contratista remite escrito dirigido al Ayuntamiento en el que pone de manifiesto que uno de los profesores de la escuela se presentó el día 22 de septiembre de 2008 para impartir las clases y que el teniente de alcalde le impidió la entrada a la casa de la cultura.

10. El día 10 de octubre de 2008 se emite un informe jurídico por un abogado colegiado de Madrid que concluye:

“Por todo lo expuesto, se entiende que D.M.I. en nombre y representación de la sociedad A, ha decidido de motu proprio suspender la ejecución del contrato, ante la falta de acuerdo en la interpretación de la cláusula quinta del contrato mencionado, ello ha conllevado la resolución por parte del Ayuntamiento del mismo, al no poder dejar en suspensión un contrato en tanto se resuelve el conflicto por ser una cuestión que deberá dirimirse en los tribunales, por el grave perjuicio que este hecho conlleva, además de las múltiples irregularidades existentes en la gestión de D.M.I. y que el mismo no justifica.

Por todo ello, y a pesar de lo conflictivo del asunto, se procede a tener por resuelto el contrato administrativo de adjudicación del servicio de gestión de la escuela municipal de música y danza, con la empresa A de fecha 30 de noviembre de 2006, en base a lo expuesto, procediendo de conforme establece el artículo 109 del Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

11. A la vista del anterior informe, el alcalde-presidente de Fresnedillas de la Oliva firma un escrito el 14 de octubre de 2008 en el que, tras exponer que el contratista había manifestado su intención de interrumpir las clases de forma indefinida desde el día 15 de octubre si con anterioridad no se procedía al completo pago de las cantidades pendientes de cobro, declara:

“Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que parece inviable solucionar las cuestiones pendientes, ya que usted insiste en cobrar la totalidad de unas cantidades con las que este Ayuntamiento no está conforme y este Ayuntamiento entiende que existe un incumplimiento por su parte en relación al contrato de fecha 30 de noviembre de 2006, no nos queda más remedio que proceder a la rescisión del mismo desde el día de hoy, por, entre otros, los siguientes motivos:

a) Incumplimiento de la cláusula tercera del contrato, en relación a:

- Falta de entrega justificantes válidos de abono de las clases por parte de los alumnos, los cuales le han sido reclamados en múltiples ocasiones al ser usted el que realizaba de forma exclusiva la recaudación según consta en el propio contrato, sin que hasta la fecha se nos haya facilitado dichos justificantes.

La falta de entrega de los mismos, nos impide la verificación de las cantidades que usted está girando al Ayuntamiento por el cobro de sus servicios, más si tenemos en cuenta que la suma total de las mismas es muy superior a la cuantía pactada en el contrato.

- El elevado número de impagados en el curso anterior, 2007-2008, que asciende a un 35%, según consta en un listado facilitado

al efecto por usted, listado que este Ayuntamiento necesita asimismo corroborar con los recibos oficiales correspondientes para constatar su veracidad.

- Protestas a su gestión en la explotación de la escuela por parte de los padres.

- El elevado número de clases que usted mismo se imparte en la escuela, hecho este que el Ayuntamiento entiende como una irregularidad, ya que usted percibe una cantidad por cada alumno que da clase, suponiendo cada clase a la que usted acude una ganancia para su propia empresa.

- La retención de las cuotas mensuales recaudadas a los alumnos, y que usted ha retenido con la justificación de la falta de acuerdo de los pagos pendientes de realizar por parte del Ayuntamiento a su empresa.

Por todo ello, entendemos que la relación entre su empresa y el Ayuntamiento debe quedar rescindida a todos los efectos y desde el día de hoy”.

12. Contra la anterior resolución, el día 28 de octubre de 2008, D.M.I., en representación de la empresa contratista interpone recurso de reposición y en el que alega la nulidad del procedimiento de resolución del contrato, al haberse omitido el trámite de audiencia, el informe del Servicio Jurídico y el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y advierte que, si el Ayuntamiento quiere resolver el contrato, deberá respetar todos los trámites del procedimiento de resolución del contrato legales y reglamentarios e indemnizar a la empresa por “*el lucro cesante por un importe consistente en la mitad de las cantidades que hubiera de cobrar en caso de íntegro cumplimiento hasta el final de contrato (cláusula quinta del contrato)*” y que esta parte calcula, en base a la facturación del pasado

curso, en 60.393,57 €". Además, se opone a la resolución del contrato porque considera que no ha habido incumplimiento en la gestión del cobro de las tasas, que ha informado puntualmente al Ayuntamiento de los impagados y finalmente, exige al Ayuntamiento el pago de la deuda pendiente de pago con los intereses y que asciende a 36.339,83 €.

Con fecha 20 de noviembre de 2008, D.M.I. como representante de la empresa contratista dirige escrito al Ayuntamiento en el que reclama la entrega de todos los instrumentos musicales que están a nombre de la empresa o suyo propio y que se encuentra en la casa de cultura, aportando al efecto, las facturas de adquisición de dicho material.

13. El día 1 de diciembre de 2008, el alcalde presidente dicta resolución por la que desestima el recurso de reposición al considerar que sí ha habido trámite de audiencia y se le han comunicado los motivos de la resolución. Además, considera que sí se ha emitido un informe jurídico, habiéndose respetado los trámites legales y reglamentarios e indica la facultad que tiene el Ayuntamiento de resolver el contrato, sin penalización alguna, ante las deficiencias e irregularidades observadas.

14. Con fecha 14 de enero de 2009, la empresa contratista interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado. Recurso contencioso-administrativo que se resuelve por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid el día 30 de junio de 2010 que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de reposición, posteriormente resuelto por resolución de 1 de diciembre de 2008 y declara que la citada resolución no es ajustada a Derecho y *"procede a anularla con la retroacción de las actuaciones en dicho expediente al momento anterior al dictarse la mismas a fin de que para la correcta tramitación y resolución del mismo conforme al artículo 109 del R.D. 1081/01"*.

En relación con el procedimiento, la Sentencia de 30 de junio de 2010 declara que:

“(...) la rescisión de los contratos administrativos requiere la solicitud del preceptivo dictamen emitido por el órgano correspondiente, cuando se formule oposición por parte del contratista y la previa audiencia de la contratista, por lo que, en el caso analizado, no constando la solicitud de dicho dictamen preceptivo, trámite esencial del procedimiento del que no se puede prescindir (STS, de 6 de abril de 2006, entre otras), así como tampoco la audiencia de la actora sobre la resolución del contrato, la conclusión a que nos lleva es a declarar nulo el decreto impugnado, sin, ni siquiera, entrar a enjuiciar el fondo del mismo”.

En el fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia se incide en que el problema planteado por las partes contratantes es una cuestión de interpretación de la cláusula quinta del contrato, por lo que resultaría de aplicación el artículo 54 TRLCAP y añade:

“Por otro lado, también se ha de indicar a tenor de la cláusula quinta, que el pago del contrato se efectuaría previa presentación de facturas para que una vez comprobada por el Técnico competente, se abonaran; lo que no se ha acreditado en el período controvertido (a partir del segundo semestre de 2008); por lo que la postura del Ayuntamiento demandado era lógica, quien tampoco podía admitir la advertencia de la contratista en orden a iniciar el curso 2008/2009, pero suspenderlo a partir del 15-10-2008 en caso de impago.

Se insiste que el problema de la ejecución del contrato ha sido la diferencia de interpretación de la cláusula quinta y las efectivas irregularidades/desorden, en el cobro a los alumnos de las oportunas

cuotas, tal y como así se puso de manifiesto por los testigos que declararon en período de prueba...”.

Contra la anterior sentencia el Ayuntamiento consultante interpuso recurso de apelación, recayendo sentencia desestimatoria del mismo y confirmando la Sentencia de 30 de junio de 2010. Así, con fecha 17 de mayo de 2012, la Secretaria del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid dicta oficio dirigido al Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva adjuntando, tras haber alcanzando el carácter de firme, testimonio de la sentencia de 30 de junio de 2010 para que se lleve a su puro y debido efecto.

15. El día 26 de octubre de 2010, esto es, una vez recaída la sentencia de 30 de junio de 2010, sin que hubiese adquirido firmeza, la entidad contratista presenta escrito dirigido al Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva en el que solicita, a la vista de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había declarado nula la resolución del Ayuntamiento acordando resolver el contrato de adjudicación del servicio de escuela municipal de música y danza, lo siguiente:

“Que como consecuencia de dicho fallo procede el pago a mi principal de los dos cursos posteriores a la resolución que ha sido declarada nula por el Juzgado (a saber los cursos 2008/2009 y 2009/2010 hasta la finalización del contrato de adjudicación del servicio) por suma cada uno de ellos de 29.323,27 euros –cláusula quinta del contrato de adjudicación de fecha 30.11.2006-, y con un total de 58.646,54 €, de conformidad a las facturas que se han presentado por el registro municipal y cuyas copias se adjuntan”.

En respuesta al anterior escrito, el alcalde-presidente dicta resolución de 7 de noviembre de 2010 en la que señala que:

“la resolución del contrato conforme establece la sentencia de fecha 30 de junio de 2010, dictada por el Juzgado nº 30 de lo contencioso-administrativo de Madrid, le será notificada en estos días según el contenido de la sentencia mencionada. Asimismo indicarle que no existe por parte de este Ayuntamiento obligación alguna del pago de las facturas que usted nos remite y que ni reconocemos ni damos por válidas, ya que ni la sentencia mencionada, ni la posterior aclaración de la misma que ustedes presentaron, hace mención alguna a dicho extremo, por lo que este Ayuntamiento procederá a declarar la resolución del contrato en estricto cumplimiento de lo establecido en la sentencia de referencia”.

Notificada la anterior resolución, la entidad contratista interpone recurso de reposición el día 30 de noviembre de 2010 por escrito presentado en la oficina de registro de la Dirección General de Tributos y Ordenación del Juego de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, registrado de entrada en el Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva el día 28 de enero de 2011. En dicho recurso, el contratista alega:

“Procede el pago de las facturas presentadas toda vez que el acuerdo del expediente de resolución del contrato administrativo no puede llevarse a cabo cumpliendo todos los requisitos legales y reglamentarios (y que en su día se incumplieron y dieron lugar al fallo de nulidad del acto en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 30 de Madrid) por haber finalizado el término del contrato en el pasado mes de julio del presente año –extinción sobrevenida-.

No obstante, en ningún caso podría tener efectos retroactivos la nueva resolución que pudiera dictarse en un futuro por esa administración, por haberse declarado judicialmente la nulidad de pleno derecho, y ello de conformidad a lo establecido en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”.

El día 4 de febrero de 2011, la contratista interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su recurso de reposición presentado el día 30 de noviembre de 2010, y que posteriormente fue resuelto el día 24 de febrero de 2011, notificándose al representante de la contratista al día siguiente. En la citada resolución se le denegaba el pago de la cantidad reclamada porque solo había lugar a dicho pago en el caso de rescisión unilateral injustificada del contrato, lo que no se ha producido en el presente caso.

El día 13 de marzo de 2012, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid dicta sentencia por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirma la resolución impugnada. Así, dice la sentencia en relación con la reclamación de cantidad formulada por el contratista:

“La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid no es firme, habiendo sido recurrida en apelación, por lo que lo en ella acordado todavía no tiene eficacia, art. 14 LRHL y artículos 72, 73 y concordantes LJCA, a sensu contrario. En consecuencia, la resolución del contrato por causa imputable a la actora acordada en resolución de 14 de octubre de 2008, no habiéndose acordado la medida cautelar de suspensión, ni habiéndose acordado la ejecución provisional de la sentencia, tiene plena aplicación.

A mayor abundamiento, la actora no presentó los servicios en los cursos 2008/2009 y 2009/2010, al haber sido acordada la resolución del contrato.

En consecuencia, la actora no ha probado la obligación de pago cuyo cumplimiento reclama, lo que nos lleva a desestimar el recurso contencioso-administrativo”.

Por oficio de 8 de mayo de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 fue remitido testimonio al Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva, una vez adquirida firmeza la sentencia de 13 de marzo de 2012.

16. El día 4 de febrero de 2013, el secretario-interventor del Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva emite informe en el que, a la vista del oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 por el que se declara firme la Sentencia de 30 de marzo de 2010, dice:

“No obstante, una vez acordada la resolución del contrato, debería haberse seguido, como señala el reiterado informe jurídico de 10 de octubre de 2008, el procedimiento establecido en el artículo 109 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, procedimiento que es el que se ha omitido y que ahora se ordena seguir, retrotrayendo las actuaciones hasta ese momento, mediante sentencia nº 255/2010, de 30 de junio de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid.

Por todo lo cual, el que suscribe entiende que lo que corresponde es, de acuerdo con el referido artículo 109, continuar el procedimiento con la realización de los siguientes trámites:

1º. Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, toda vez que ha habido manifiesta oposición por el contratista, teniendo en cuenta que todos los trámites e informe preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano competente.

2º. Dar cuenta al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, que ha dictado la sentencia del cumplimiento de la misma al haberse iniciado la retroacción mediante el trámite anterior.

3º. Notificación de la resolución que se dicte posteriormente dando audiencia al contratista por plazo de diez días.

4º. Resolución definitiva con otorgamiento de los recursos que corresponda, y notificación”.

Y en este estado de tramitación del procedimiento, tiene entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen formulada por su alcalde-presidente el día 5 de febrero de 2013 (registro de entrada el día 11 de marzo de 2013).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen se formula al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”, en el entendimiento de

que se ha tramitado un procedimiento de resolución contractual y que el contratista se ha opuesto a dicha resolución contractual.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP, al igual que lo hacía el artículo 59 TRLCAP, requiere que en el correspondiente expediente de resolución contractual se de audiencia al contratista. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte el artículo 224.1 TRLCSP dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, al establecer:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

Por ello, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, resulta la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 195.1 LCSP-211.1 TRLCSP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP).

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

En el caso examinado, la Sentencia del Juzgado de lo de 30 de junio de 2010 declaró la nulidad de la resolución del contrato acordada el 14 de octubre de 2008 y la retroacción de las actuaciones en dicho expediente al momento anterior al dictarse las mismas para su correcta tramitación y resolución conforme al artículo 109 RGCAP.

Ahora bien, anulado el acto de 14 de octubre de 2008 que acordó, sin procedimiento alguno, la resolución del contrato, no existe en el expediente

acto de inicio del procedimiento de resolución contractual –firmado por el órgano de contratación, único competente para acordar su resolución-. Así, del intercambio de cartas realizado entre el alcalde-presidente del ayuntamiento consultante y la empresa contratista entre el 26 junio de 2008 y el 14 de octubre de 2008 (fecha en la que se acordó la resolución del contrato anulada) no existe ningún escrito del órgano de contratación que pueda considerarse de inicio del procedimiento de resolución contractual y que se fundamente en alguna de las causas de resolución previstas en el artículo 111 TRLCAP.

En este sentido, la carta fechada el 28 de agosto de 2008, si bien hace referencia a irregularidades en el cumplimiento del contrato en relación a los costes girados en la impartición de las clases, no manifiesta una intención de resolver el contrato, sino que evidencia un problema de interpretación de una cláusula del contrato y su voluntad de continuar el mismo como se refleja en el último párrafo:

“Por este motivo, le solicitamos nos remita a la mayor brevedad el programa del curso 2008-2009 para su estudio y, en su caso, la aprobación por parte del Ayuntamiento del mismo, con la expresa advertencia de que el coste de dicho programa en ningún caso debe superar el coste total pactado en el contrato”.

Por su parte, el escrito presentado por la empresa contratista el día 11 de septiembre de 2008, denuncia una demora en el pago de las facturas superior a cuatro meses, su oposición a la interpretación propuesta por el Ayuntamiento y anuncia, con un preaviso de un mes, la suspensión del contrato a partir del día 15 de octubre de 2008.

El escrito del Ayuntamiento de 22 de septiembre de 2008, acordando *“que no den comienzo las clases en tanto no lleguemos a un acuerdo global*

que incluya la aclaración de las irregularidades existentes en el curso anterior”, tampoco evidencia la voluntad de resolver el contrato.

Solo el escrito del Alcalde de Fresnedillas de la Oliva de 14 de octubre de 2008, anulado por la, tantas veces citada, Sentencia de 30 de junio de 2010, acuerda la resolución del contrato.

En consecuencia, no habiendo habido ningún acto de inicio del procedimiento de resolución contractual, ni haberse tramitado el procedimiento correspondiente, con los preceptivos informes del Secretario y del Interventor y el correspondiente trámite de audiencia, tanto al contratista como, si se hubiese prestado aval o seguro de caución y se pretendiere su incautación, al avalista o a la entidad aseguradora, no procede la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo.

SEGUNDA.- Como se ha advertido en el antecedente de hecho primero del presente acuerdo, con la documentación remitida a este Consejo Consultivo no figura el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que debe regirse el contrato.

El artículo 49 TRLCAP (en términos similares el actual artículo 115 TRLCSP) establecía en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares que:

“1. Deberán aprobarse, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección y, en su caso, licitación del contrato los pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato.

2. La aprobación de dichos pliegos corresponderá al órgano de contratación competente.

(...)

5. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos.

(...)”.

De acuerdo con el antiguo TRLCAP, normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato, los únicos supuestos excepcionales de contratación en los que no era necesario el pliego de cláusulas administrativas particulares eran los contratos menores (artículo 56 TRLCAP), en los que la tramitación del expediente solo exigía la aprobación del gasto y la incorporación de la factura y, en el caso de obras, además el proyecto y el presupuesto; los contratos de emergencia [artículo 72.1.a) TRLCAP] y los contratos celebrados en el extranjero [artículo 117.1.c TRLCAP].

En el presente caso, además, de no haber sido remitido el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, llama la atención que el contrato celebrado el 30 de noviembre de 2006 entre el Ayuntamiento de Fresnedillas de la Oliva y la empresa contratista no hace ninguna referencia al mismo. No nos encontramos ante un contrato menor, porque la duración del mismo es superior a un año (cuatro años), ni tampoco es un supuesto de emergencia ni, obviamente, de contratación en el extranjero. En consecuencia, para la adjudicación del contrato a la empresa A, deberá haberse seguido un expediente de contratación, en el que, aprobado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debe seguirse un procedimiento de adjudicación del contrato con respeto a los principios de libre concurrencia, publicidad, igualdad y transparencia. En caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad absoluta del contrato, por la causa prevista en el artículo 62.1.e) LRJ-PAC, *“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*, a la que se remitía el artículo 62.1 TRLCAP y no procedería

la resolución del contrato sino el inicio de un procedimiento de revisión de oficio.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo adopta el siguiente

ACUERDO

Devolver el expediente de resolución del contrato de prestación del servicio de gestión de la Escuela Municipal de Música y Danza suscrito con la empresa A, al no haberse tramitado procedimiento alguno, sin perjuicio de lo señalado en la consideración de derecho segunda.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 10 de abril de 2013