

Dictamen nº: **280/17**
Consulta: **Alcalde de Las Rozas de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.07.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de julio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Las Rozas de Madrid, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato administrativo para la prestación del servicio de “*control de accesos y funciones auxiliares en dependencias municipales*”, formalizado entre el Ayuntamiento de la citada localidad y la mercantil PROMAN SERVICIOS GENERALES, S.L. (en adelante “*la empresa*”, “*la mercantil*” o “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 227/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la

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

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 6 de julio de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, que se encuentra foliado pero no se acompaña del índice numerado de los documentos exigible conforme dispone el artículo 19.1 del ROFCJA, lo que ha dificultado considerablemente su examen, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión de 17 de octubre de 2014, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que habrían de regir el contrato para la prestación del servicio de “*control de accesos y funciones auxiliares en dependencias municipales*” (folios 50 a 52 del expediente).

Del clausulado de los pliegos (folios 3 a 43) interesa destacar lo siguiente:

- Según la Cláusula I del PCAP el objeto del contrato es la prestación del servicio de control de accesos a los edificios y dependencias municipales, así como el desarrollo de funciones auxiliares derivadas y relacionadas con el control interno de los edificios, y en la Prescripción II 2 del PPT se detallan las prestaciones que conforman el servicio.

- La Cláusula IX del PCAP y Prescripción V del PPT establecen una duración inicial del contrato de 4 años a contar desde el efectivo inicio de la prestación que, salvo acta de inicio que acredite otra fecha, se

iniciará el día 1 del mes siguiente al de la formalización del contrato administrativo.

- La Cláusula XXVIII del PCAP determina en su apartado B) como causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 223 y 308 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). El primer artículo incluye el apartado h) “*las establecidas expresamente en el contrato*”. Señala también la cláusula, que la resolución se acordará por el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP y con los efectos previstos en los artículos 225 y 309 del TRLCSP y 109 a 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

Añade esta cláusula en el apartado B) que “*asimismo, se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como supuestos de resolución por culpa del contratista: c) La incursión del contratista, durante la vigencia del contrato, en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente o en incompatibilidad, sin la obtención inmediata de la correspondiente compatibilidad*”, así como que “*el acaecimiento de cualquiera de estas causas, en los términos establecidos, conllevará la resolución del contrato, debiendo indemnizar el contratista a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, con los demás efectos que procedan conforme a la normativa aplicable. El importe de la garantía responderá de todo ello, en cuanto alcance, y sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada, en su caso*”.

- La Cláusula XXXII refleja como obligaciones del contratista, que el personal adscrito a los trabajos dependerá exclusivamente del

contratista que “*tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario respecto del mismo*”, que “*está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de minusválidos y de prevención de riesgos laborales*” (id. en la Prescripción III 1. A) del PPT), y en general, responder “*de cuantas obligaciones le vienen impuestas en su carácter de empleador*” debiendo ejercer el poder de dirección inherente y asumir en todo caso el cumplimiento de cuantas normas regulan la relación laboral con sus trabajadores. También añade específicamente, entre otras, su obligación de aportar medios personales y materiales precisos, cubrir las ausencias de los trabajadores, elegir modalidades contractuales que vinculen a los trabajadores con la empresa, velar por que los trabajadores no se extralimiten en las funciones desempeñadas, designar un coordinador técnico, facilitar la documentación que se le requiera, guardar secreto profesional, de los datos que conozcan; e indica que “*el cumplimiento de la presente cláusula tiene el carácter de condición esencial del contrato, a efectos de su resolución por incumplimiento*”.

- La Cláusula XXXIV recoge las penalidades por demora y por ejecución defectuosa del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 212 del TRLCSP, asimismo refiere: “*considerándose ejecución defectuosa los siguientes incumplimientos: B) FALTAS GRAVES. 2) Incumplimiento de la legislación laboral. C) FALTAS MUY GRAVES. 9) La falta de pago a los trabajadores afectos al contrato*”.

Indica como penalidades respecto de los incumplimientos: “*2. La comisión de incumplimiento grave podrá dar lugar, previo expediente instruido al efecto, con audiencia del contratista, a la imposición de penalidad pecuniaria de entre el 3,1% y el 5% del importe del contrato (IVA excluido)*”, y “*3. La comisión de cualquier incumplimiento muy grave podrá dar lugar, previo expediente instruido al efecto, y con audiencia del contratista, a la imposición de penalidad superior al 5% y hasta un*

máximo del 10% del importe del contrato (IVA excluido), y/o la resolución del contrato, instando una posterior inhabilitación, en su caso...”; y añade que “la falta de prestación de las obligaciones esenciales del contrato, así como el impago de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, llevará aparejada la resolución del mismo, así como la comisión de dos faltas muy graves”.

- La Cláusula XXXVII de los PCAP afirma que “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en el TRLCSP. el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de...acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, con el procedimiento de ejercicio señalado en el art. 211 del TRLCSP...*”. Por su parte, la Prescripción III 1. G) del PPT establece que el Ayuntamiento se reserva la facultad de organizar, inspeccionar y controlar la buena ejecución de la totalidad del servicio en los términos expuestos en el PPT.

2.- Tras la oportuna licitación el contrato fue adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de marzo de 2015 a la empresa indicada en el encabezamiento del dictamen (folio 247 a 253).

3.- Después de la sustanciación de un recurso formulado ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (en adelante TACP), el contrato fue formalizado el día 11 de junio de 2015 con una duración de cuatro años en los que el adjudicatario se obliga a prestar el servicio y el Ayuntamiento a satisfacerle la cantidad que en él se expresa. Además se hace constar en el contrato que se ha acreditado la constitución de la garantía definitiva por el adjudicatario para responder de la ejecución del contrato, y en el PCAP se recoge la obligación del contratista de mantener en vigor la póliza de seguros por responsabilidad civil profesional requerida en el mismo. El anuncio de la formalización se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 24 de septiembre de 2015 (folios 324 a 368).

4.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de septiembre de 2016, se impuso a la empresa una penalidad por cumplimiento defectuoso del contrato, en cuantía de 47.437 € por la comisión de dos faltas muy graves consistentes en la modificación de las condiciones laborales de dos trabajadores y la falta de pago en el plazo correspondiente de la nómina de los trabajadores referida al mes de marzo de 2016 (folios 499 a 502). El informe de 1 de marzo de 2017 a que posteriormente nos referiremos, indica que esa sanción se encuentra recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa (folio 701).

5.- Con escrito de 29 de agosto de 2016, el concejal delegado de Seguridad, Ciudadanía, Protección Civil, SAMER, Transporte y Distrito Norte, comunicó a la Asesoría Jurídica Municipal que en el mes de agosto se había vuelto a producir un retraso considerable en el pago de las nóminas de los trabajadores de la empresa, que a esa fecha seguían sin cobrar, lo que consideraba una situación insostenible para los propios trabajadores y para el Ayuntamiento que se veía afectado por los problemas que derivan del desánimo de los trabajadores, desidia en la prestación del servicio, falta de uniformidad, etc. (folios 460 y 461).

6.- En los meses de agosto y septiembre un representante sindical y varios trabajadores pusieron de manifiesto la falta de pago de las nóminas de los trabajadores de la empresa (folios 548 a 557), como sigue:

El representante regional del Sector de Seguridad Privada y Servicios Auxiliares de Comisiones Obreras, presentó denuncia el 22 de agosto de 2016 ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, por la falta de pago del salario de julio de 2016 a los trabajadores de la contratista, falta de abono que ya fue objeto de denuncia con fecha 24 de junio de 2016, para todos los trabajadores de la empresa en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

El 30 de agosto de 2016, dos trabajadores de la contratista presentaron escritos en el registro del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, en los que manifestaban que no habían cobrado la nómina de julio y agosto.

Con esa misma fecha, once trabajadores de la contratista presentaron un escrito en el citado registro en el que manifestaban que no se les estaban pagando los salarios en plazo según el siguiente detalle:

“AÑO 2015

-*Mensualidad de julio pagada el 12 de agosto de 2015*

- *Mensualidad de diciembre pagada el 8 de enero de 2016*

AÑO 2016

-*Mensualidad de enero pagada 8 de febrero de 2016*

-*Mensualidad de marzo pagada el 18 de abril de 2016*

-*Mensualidad de abril pagada el 6 de mayo de 2016.*

-*Mensualidad de junio pagada el 6 de julio de 2016*

-*Mensualidad de julio hasta la fecha no hemos cobrado”.*

El 6 de septiembre de 2016, seis trabajadores de la contratista presentaron un escrito en el mismo lugar y con idéntico contenido al anteriormente citado.

7.- Con escrito de 26 de septiembre de 2016, el coordinador de la Concejalía de Transportes, Seguridad, Ciudadanía, SAMER, Protección Civil y Movilidad Distrito Norte, comunicó a los Servicios Jurídicos

Municipales los mismos extremos, añadiendo que habían continuado con la reclamación a la empresa del abono de los salarios y se estaba en vías de solución, si bien todavía no se había abonado la totalidad de las nóminas del mes de agosto, por lo que consideraban que se había podido producir un incumplimiento del PCAP, cláusula XXXIV apartado C, lo que comunicaban a los efectos disciplinarios oportunos (folios 503 y 504).

8.- Por el director del Servicio de Coordinación Jurídica del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid se emitió el informe de 18 de octubre de 2016, con la conformidad de la secretaría general, para que se incoara expediente sancionador a la empresa para la imposición de penalización por incumplimiento defectuoso, por la presunta comisión de dos faltas muy graves referidas a la falta de pago en el plazo correspondiente de las nóminas de la totalidad de los trabajadores afectos al contrato, relativas a los meses de julio y agosto del año 2016.

El informe reflejaba como antecedentes: el contrato suscrito el 11 de junio de 2016, el acuerdo de imposición de penalidad y los dos escritos anteriormente reflejados; y con fundamento en el artículo 212 del TRLCSP y el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), indicaba la procedencia de penalización consistente en la resolución del contrato, la concesión de un plazo de alegaciones al contratista y la notificación a los interesados (folios 505 a 507).

9.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, acordó el 21 de octubre de 2016 iniciar el expediente referido en el apartado anterior y añadía que correspondía la resolución del contrato (folios 508 a 510). No consta la notificación de la caducidad del citado expediente a la avalista.

10.- El 2 de noviembre de 2016, tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, un escrito del Juzgado de lo

Social núm. 1 de Soria, por el que se ponía en su conocimiento que se había decretado el embargo sobre el crédito que la contratista tuviera frente al Ayuntamiento hasta la cantidad de 186.352,40 euros de principal y 37.270,46 euros de intereses y costas (folio 583).

11.- El 14 de diciembre de 2016, se suscribió un convenio entre la empresa y el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, por el que a petición de la primera, el Ayuntamiento procedería a abonar directamente a los trabajadores el importe de sus nóminas, cantidad que descontaría del importe de la factura mensual, cuyo restante se abonaría en la cuenta de la empresa. El pago de esas nóminas tendría para el Ayuntamiento plenos efectos liberatorios del pago de la factura por prestación del servicio contratado y hasta el importe abonado, por tratarse de una cesión de derechos de cobro de la empresa a favor de los trabajadores afectos a la contrata.

En este convenio se expresaba que el acuerdo sería efectivo para la factura de octubre pendiente de pago a la empresa, por lo que se pagaría la nómina de los trabajadores del mes de octubre y otras cantidades pendientes de atrasos de nóminas no incluidas por error administrativo en la partida de pagos del mes de septiembre, quedando de esta forma todos los trabajadores asignados al servicio, al día de pagos por parte de la empresa, que había certificado estar al corriente de pago de las nóminas hasta el mes de septiembre de 2016.

El acuerdo se mantendría durante el ejercicio 2016, debiendo ser renovado en enero de 2017 caso de ser necesario (folios 565 y 566).

12.- Con escrito de 17 de enero de 2017, el concejal delegado de Transportes, Seguridad Ciudadana, SAMER-Protección Civil y Movilidad. Distrito Norte, propuso el inicio de la tramitación pertinente para renovar el anterior convenio al persistir las mismas circunstancias. El 2 de febrero de 2017, la empresa entregó en el

registro del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid una propuesta de convenio en tal sentido, en el que se incluía su obligación de acreditar estar al corriente de pago de sus obligaciones con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria para percibir el abono de la cantidad excedente a la relativa al pago de nóminas y establecía una vigencia hasta el 30 de junio de 2017. El convenio se aprobó tras su correspondiente tramitación, por la Junta de Gobierno Local en fecha 3 de marzo de 2017 (folios 54 a 66 y 71 a 74 del Anexo –propuesta de suscripción relativo a pago de facturas- del expediente).

13.- Al tener conocimiento la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) que el Ayuntamiento de las Rozas de Madrid mantenía relaciones comerciales con la contratista, le notificó una diligencia de embargo de créditos de fecha 8 de febrero de 2017 (folios 740 a 754), en la que se hacía constar que:

“Tramitándose expediente administrativo de apremio para el cobro de deudas correspondientes al obligado al pago (deudor) arriba identificado y habiendo transcurrido el correspondiente plazo de ingreso sin que haya atendido el pago, teniendo constancia, según los datos y antecedentes que constan en la Agencia Tributaria, de la relación comercial que mantiene con el citado obligado al pago, SE DECLARAN EMBARGADOS los créditos a favor del mismo que tenga usted pendientes de pago a la fecha en que reciba esta diligencia, ya sean cantidades facturadas, pendientes de facturar o que no requieran facturación, así como aquéllos que sean consecuencia de prestaciones aún no realizadas derivadas de cualquier tipo de contrato en vigor con el citado obligado al pago, en cantidad suficiente para cubrir el importe de la deuda no ingresada en periodo voluntario, el recargo de apremio ordinario, los intereses y costas del procedimiento de apremio, por un importe total de 683.807,80 euros.

El embargo dictado alcanza también a las retenciones efectuadas en garantía de los servicios prestados... ”.

El concejal delegado de Seguridad Ciudadana, solicitó a la AEAT que autorizara el ingreso fraccionado del crédito embargado en forma tal que permitiera atender primero al pago de los salarios de los trabajadores y destinar el remanente a satisfacer ese embargo de la misma forma que se hacía con el Juzgado de lo Social nº 1 de Soria que lo había admitido. Tal solicitud fue autorizada por la AEAT con escrito de 3 de marzo de 2017 (folios 67 a 70 del Anexo –propuesta de suscripción relativo a pago de facturas- del expediente).

14.- El expediente iniciado el 21 de octubre de 2016 fue tramitado y remitido a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, que emitió el dictamen 63/17, de 9 de febrero, en el que concluía la procedencia de retrotraer el procedimiento para que se confiriera nuevo trámite de audiencia (folios 666 a 701).

15.- Por informe de 1 de marzo de 2017 (folios 698 a 702), el director del Servicio de Coordinación Jurídica propuso la incoación de expediente de resolución del contrato, con base en los antecedentes que citaba, entre los que incluía el *“Impago de la nómina de los trabajadores afectos a la contrata correspondiente a los meses de enero y febrero de 2017”*, ya que entendía que tenía la consideración de falta muy grave la falta de pago de los trabajadores afectos al contrato y que:

“De la documentación obrante en el expediente y detallada en el apartado de antecedentes, se desprende que:

a) Las nóminas correspondientes a los meses de julio y agosto de 2016, fueron abonadas tardíamente, de tal manera que la nómina del mes de julio no estaba satisfecha ni siquiera al finalizar el mes de agosto, es decir, más de un mes de retraso, y la nómina del mes

de agosto no había sido abonada, en su totalidad, a finales del mes de septiembre. Es decir, prácticamente un mes de retraso en el abono de los haberes de los trabajadores.

b) Las nóminas de enero y febrero del año 2017 no han sido abonadas por la contratista].

c) Las nóminas de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2016 fueron abonadas por el Ayuntamiento, mediante la cesión de los derechos de cobro de las facturas emitidas por [la contratista] por los servicios prestados, debiendo compatibilizarse su abono con el embargo de créditos practicado por el Juzgado de lo Social nº 1 de Soria.

d) Dichas nóminas de octubre, noviembre y diciembre de 2016 fueron abonadas por el Ayuntamiento ante la situación de económica de la empresa que le impide realizar el pago de las nóminas de sus trabajadores adscritos al servicio contratado, lo que conlleva además el retraso acumulado actualmente en el abono de las mismas, según el propio documento suscrito por la empresa y al que hace referencia el antecedente noveno de este informe.

e) La empresa no está al corriente en el pago de sus obligaciones con la Agencia Tributaria, de conformidad con el embargo de crédito remitido por la Dependencia Regional de Madrid de la Agencia Tributaria, por importe de 683.807,80 euros

f) El contratista ya ha sido sancionado con dos faltas muy graves, si bien dicha sanción, firme en vía administrativa, se encuentra recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo”.

El informe recibió la conformidad de la Secretaría General y el concejal delegado de Seguridad Ciudadana propuso la citada incoación

a la Junta de Gobierno Local con fecha 1 de marzo de 2017 (folios 702 y 703).

16.- Por acuerdo de 3 de marzo de 2017, la Junta de Gobierno Local declaró la caducidad del expediente iniciado el 21 de octubre de 2016 para la resolución del contrato, lo que se notificó a la contratista y se remitió para notificación a la Comisión Jurídica Asesora a través de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio (folios 706 a 709, 714 a 719, 735 a 739).

TERCERO.- En lo que se refiere a la tramitación del expediente, resultan los siguientes hechos:

1.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, acordó el 3 de marzo de 2017, con base en el precitado informe de 1 de marzo de 2017 (folios 720 a 724):

«1º.- Iniciar expediente para la resolución del contrato suscrito con [la empresa] por la prestación del servicio de "Control de accesos y funciones auxiliares en dependencias municipales", por la presunta comisión de cuatro faltas muy graves consistentes en la falta de pago, en el plazo correspondiente, de las nóminas de la totalidad de los trabajadores afectos al contrato, referida a los meses de julio y agosto del año 2016 y enero y febrero del año 2017, así como por no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

2º.- Conceder un plazo de audiencia de 10 días hábiles al contratista para que manifieste las alegaciones que a su derecho convengan, así como al avalista.

3º.- Notificar el presente acuerdo a los interesados».

Consta en el expediente que el 21 de marzo de 2017 se trasladó copia del citado acuerdo a la empresa, con remisión de un correo

electrónico a la dirección que la misma facilitó para las notificaciones derivadas del procedimiento de contratación (folios 725 a 731), sin que conste que se haya notificado a la avalista.

2.- Por escrito presentado el 24 de marzo de 2017 en el registro del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, el representante de la empresa hizo valer su derecho a acceder a los expedientes referidos al contrato, en particular al de resolución del mismo, y solicitó copia de todos sus documentos, en particular los que señalaba, tras lo que compareció en el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid el 29 de marzo de 2017 y obtuvo tales copias (folios 755 759).

3.- Por escrito presentado el 30 de marzo de 2017 en el registro del citado Ayuntamiento, el representante de la empresa manifestó que no se le había dado respuesta a su solicitud de acceso al expediente de resolución del contrato, y solicitó una ampliación del plazo de alegaciones para tener tiempo efectivo para poder acceder al expediente y examinar sus documentos (folios 760 y 761).

4.- Por escrito presentado el 4 de abril de 2017 en el registro del mismo Ayuntamiento, el representante de la empresa evacuó el trámite de alegaciones, sosteniendo en síntesis, que no se le había dado acceso al expediente causándole indefensión, que la prestación del servicio no ha sufrido menoscabo alguno, y que la falta de pago o retrasos en el pago de nóminas no son causa para resolver el contrato (folios 762 a 788).

Aducía también que la mora por parte del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones del contrato “*al menos en los tres primeros meses desde la adjudicación del contrato, y precisamente en los meses de junio y julio de 2016*” le había abocado a puntuales retrasos en el abono de las nóminas.

Sostenía que al inicio de este expediente ha precedido la caducidad del anterior con lo que el Ayuntamiento ha buscado asegurar su resolución y adjudicarlo a quien pretende, por lo que reproducía las alegaciones efectuadas en el primer expediente de resolución.

Esas alegaciones las plasmamos resumidamente en nuestro Dictamen 63/17, como sigue:

“En él, se refleja como antecedente la tramitación del anterior expediente sancionador, cuya resolución sancionadora no es firme según indica la empresa al admitir recurso contencioso administrativo (en el folio 491 del expediente consta la notificación de tal resolución el 7 de octubre de 2016), por lo que dice sorprenderle la incoación de un nuevo expediente sancionador para resolver el contrato, que en el mejor de los casos representa una desviación de poder y en el peor un ilícito susceptible de fiscalización por la jurisdicción penal.

Añade que en ambos expedientes se omitió que tras la adjudicación del contrato a su empresa y la confirmación por el TACP, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia nº 228 de 20 de julio de 2016 anuló la adjudicación tras estimar el recurso interpuesto por otra empresa licitante, sentencia frente a la que la mercantil ha preparado recurso de casación admitido a trámite por Auto de 7 de noviembre de 2016. Por ello entiende una ingenuidad pensar que es casualidad que se hayan incoado ambos expedientes sancionadores por el Ayuntamiento y que no espere a la decisión final de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que nada ha sucedido que pueda justificar la resolución del contrato, pues no se ha dejado de ejecutar ni su ejecución ha causado o está causando el menor perjuicio al interés general del municipio de Las Rozas, por lo que la finalidad de ejecutar una resolución judicial no definitiva para

adjudicar el contrato a otro contratista implica una desviación de poder.

Aduce que el mero retraso en el abono de unas nóminas no es causa, y menos aún infracción muy grave, para resolver un contrato de servicios porque jamás puede considerarse como infracción de una condición esencial del contrato con la aparejada consecuencia de su resolución, lo que sería una transgresión del principio de legalidad ya que ni el TRLCSP ni el PCAP prevén ese retraso como causa de resolución.

Señala que ese retraso puntual y esporádico es causado por la propia mora del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones al contratista, reiterando que no se ha dejado de ejecutar el contrato ni un solo día y que en la actualidad se han pagado todas las nóminas.

Finalmente indica que el expediente de resolución es contrario al principio de proporcionalidad sobre el que se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que debe conducir a que no se imponga sanción alguna a la empresa (folios 522 a 538)”.

Indicaba, que no podía equipararse jurídicamente una falta de pago a un retraso en el abono de unos puntuales salarios (“*las nóminas de julio se abonaron en septiembre y mitad de agosto*”), cuando además dicha demora había sido causada por el incumplimiento del Ayuntamiento en el abono de las certificaciones del contrato, sin que el citado retraso se contemple en los pliegos como condición esencial que dé lugar a sanción ni resolución; que el Ayuntamiento no puede acudir al contenido del documento propuesto en el mes de septiembre y firmado el 14 de diciembre de 2016 para concluir que la empresa está imposibilitada de pagar los salarios de los trabajadores, cuando fue redactado unilateralmente por el Ayuntamiento y la empresa no tuvo

más remedio que firmarlo pues no había partida presupuestaria municipal en el año 2016 para el pago del canon del contrato; que se reservaba acciones legales frente a un funcionario por las manifestaciones que le hizo antes del trámite de audiencia del anterior expediente, entendiendo que debía haberse abstenido; que la sanción que se le impuso anteriormente no es firme por lo que no puede ser base de este expediente; que la alusión que hace el Ayuntamiento a la situación económica de la empresa o a la existencia de ciertos embargos no es causa válida para resolver el contrato cuando además se ha alcanzado un acuerdo con la Administración para regularizar la situación tributaria, y finalmente, que las nóminas de enero y febrero de 2017 están pagadas, “*siendo además que la responsabilidad de su pago corresponde al Ayuntamiento precisamente por mor del acuerdo al que alude él mismo, de fecha 14 de diciembre de 2016...*”.

5.- Obra en el expediente un informe del interventor general municipal, de fecha 6 de abril de 2017, en el que certifica la existencia de una consignación en el presupuesto del año 2015 para el contrato que nos ocupa, que fue prorrogado a 2016 y 2017, así como la contabilización y registro de las facturas con sus fechas de pago (folios 789 a 796).

6.- Obra igualmente un informe de 6 de abril de 2017 del director del Servicio de Coordinación Jurídica, con la conformidad del secretario accidental, que se pronuncia sobre las alegaciones efectuadas por la empresa y concluye, entre otros extremos:

“*I.- Está plenamente acreditado que [la contratista] ha incumplido su obligación de abonar los salarios a sus trabajadores durante los meses de julio y agosto de 2016, y enero de 2017, al haber transcurrido más de un mes, fecha fijada como límite para efectuar el pago de los salarios por el Estatuto de los Trabajadores, lo que*

supone la comisión de tres faltas muy graves, lo que lleva aparejado, la resolución contractual.

II.- No cabe duda que dichos incumplimientos de abono de sus salarios son de naturaleza esencial ya que, considerando el conjunto de la situación creada (necesidad de que el Ayuntamiento arbitre soluciones excepcionales a través de Cáritas y de Cruz Roja para la atención de los trabajadores, dada la muy precaria situación económica de los mismos), afectan de manera grave a la normal prestación del servicio.

El hecho de que los trabajadores no perciban sus remuneraciones afecta necesariamente a su dignidad en el desempeño de su trabajo, viéndose, por tanto, afectada su eficacia y rendimiento en el mismo. Esta circunstancia se ve empeorada por la deteriorada situación financiera del contratista, puesta de manifiesto en el documento unido al expediente (folio 583), y las repetidas noticias de prensa de las que son reflejo los documentos que obran en los folios 584 a 597 del expediente.

III.- Queda plenamente acreditado que concurre causa de prohibición para contratar en [la contratista] al haber dictado la Dependencia Regional de Recaudación de Madrid, [embargo] a llevar a cabo respecto a los pagos pendientes de efectuar a [la contratista], por la cantidad de 683.807,80 euros. La forma en la que cumple la citada orden este Ayuntamiento, mediante su abono en determinados plazos con cargo a las facturas correspondientes a los servicios prestados por [la contratista], en ninguna forma supone la existencia de fraccionamiento o aplazamiento alguno de la deuda, ya que el obligado tributario es [la contratista] y no el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid.

IV.- Dichos incumplimientos han sido objeto de denuncia ante la Inspección de Trabajo por el Sindicato Comisiones Obreras (folios

548 y 549 del expediente), constando, además, en el expediente diferentes reclamaciones efectuadas por los trabajadores afectos al contrato por falta de pago de sus salarios (folios 462, 463, 464 y 465 del expediente) e informe técnico emitido por el Coordinador de Seguridad Ciudadana, con fecha 14 de noviembre de 2016, se desprende la gravedad de la situación de los trabajadores que han debido ser auxiliados mediante comedores sociales y ayudas otorgadas por Cáritas y Cruz Roja (folios 544 y 545)".

El informe propone resolver el contrato, otorgar al contratista un plazo de 10 días hábiles con la puesta a su disposición de la totalidad del expediente y de la propuesta de resolución para que efectúe las alegaciones que estime procedentes y notificar el acuerdo a la contratista y a la avalista (folios 797 a 810).

El concejal delegado de Seguridad Ciudadana elevó dicha propuesta de resolución a la Junta de Gobierno Local con fecha 6 de abril de 2017, que la aprobó por acuerdo de 7 de abril de 2017 y se notificó a la contratista y a la avalista el 12 y el 21 de abril de 2017, respectivamente (folios 811 a 840 y 926 a 938).

Consta también en el expediente la entrega de la totalidad del expediente a la contratista, que incluye la documentación de su Anexo [propuesta de suscripción relativo a pago de facturas del expediente] (folios 841 a 925).

7.- No consta en el expediente que la contratista ni la avalista hayan efectuado alegación alguna tras la anterior notificación.

8.- El informe de 16 de mayo de 2017 del director del Servicio de Coordinación Jurídica, a que se prestó conformidad por el secretario accidental del Ayuntamiento (folios 940 a 950), con base en todos los

antecedentes a informes obrantes en el expediente, propone elevar a la Junta de Gobierno Local la siguiente propuesta de acuerdo:

«1º.- *Proponer la resolución del contrato suscrito con [la contratista] para la prestación del servicio de "Control de accesos y funciones auxiliares en dependencias municipales", por la comisión de tres faltas muy graves consistentes en la falta de pago, en el plazo correspondiente, de las nóminas de la totalidad de los trabajadores afectos al contrato, referida a los meses de julio y agosto del año 2016 y enero de año 2017, así como no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, suponiendo ello causa de prohibición para contratar con la Administración.*

2º.- *Retener la garantía definitiva hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados*

3º.- *Solicitar informe preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, cursándose a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local.*

4º.- *Suspender el plazo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe que, igualmente, deberá ser comunicada a los mismos, siendo el plazo máximo de suspensión de tres meses.*

5º.- *Notificar el presente acuerdo a los interesados».*

El concejal delegado de Seguridad Ciudadana elevó dicha propuesta de resolución a la Junta de Gobierno Local con fecha 17 de mayo de 2017 (folio 951).

La Junta de Gobierno Local con fecha 19 de mayo de 2017 aprobó la anterior propuesta de acuerdo, que incluye la suspensión del plazo de resolución. No consta haberse notificado a la contratista ni a la avalista.

9- El alcalde de Las Rozas de Madrid, con escrito de 22 de mayo de 2017, al que se dio salida ese mismo día, solicitó la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y adjuntó copia del expediente abierto por el Ayuntamiento. Como expresamos anteriormente, tal escrito y expediente tuvo entrada en este órgano consultivo el 31 de mayo de 2017.

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: “(...) la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada 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: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”, y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de

Gobierno, (“*... por los Alcaldes-Presidentes de las mismas [las Entidades Locales] ...*”).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 27 de marzo de 2015, estando vigente el TRLCSP, por lo que será la normativa aplicable al contrato, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedural.

En ese último aspecto, esto es, la normativa aplicable al procedimiento de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (71/17, de 16 de febrero, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 3 de marzo de 2017, lo que supone la aplicación del precitado TRLCSP y del RGLCAP.

Por ello, conforme a la consideración de derecho primera, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

TERCERA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 del 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”.

Por su parte, los artículos 210 y 224 del TRLCSP, atribuyen la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 211 y el establecido en desarrollo de la Ley. Es ese órgano quien ha de proceder tanto a la incoación del procedimiento como, tras su tramitación, a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, que también incoó el procedimiento de resolución el 3 de marzo de 2017, por lo que, a tenor de lo prevenido en el artículo 224 del TRLCSP, es el órgano competente para aprobar la resolución propuesta.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige también la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

No se ha dado audiencia al avalista, si bien, le ha sido notificada la propuesta de resolución en la que no se propone la incautación de la garantía definitiva sino la retención de la misma hasta que se resuelva en procedimiento contradictorio el montante de los daños y perjuicios causados, sin que conste actuación alguna por su parte.

En todo caso, en aras de obtener mayor seguridad jurídica y evitar la indefensión de la entidad avalista, consideramos necesario que con anterioridad a la notificación de la resolución que ponga fin a este

expediente, se notifique a la misma la resolución por la que se declaró la caducidad del anterior expediente y la que acordó el inicio del actual.

Por otra parte, de acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, por lo que, como hemos expuesto en la consideración anterior, conforme al artículo 211.3.a) del TRLCSP resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ha sido solicitado.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora 71/17, de 16 de febrero, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, entre otros).

Consta en el expediente que inmediatamente después del inicio del procedimiento de resolución por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se ha procedido a dar audiencia a la contratista y que, una vez instruido el expediente se ha formulado una propuesta de resolución y se ha conferido trámite de alegaciones tras el que se ha formulado nueva propuesta elevada a este órgano consultivo.

Consta también el informe favorable a la resolución de fecha 6 de abril de 2017 del director del Servicio de Coordinación Jurídica, con la conformidad del secretario accidental del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, y el informe de esa misma fecha del interventor general municipal, que certificaba la existencia de consignación presupuestaria para el pago del contrato, así como la contabilización y registro de las facturas con sus fechas de pago.

Las actuaciones posteriores a esos informes, han sido la aprobación de la precitada propuesta que se notificó a la contratista y a la avalista, confiriéndose a la primera el trámite de alegaciones, la formulación de una propuesta de resolución para resolver el contrato, la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1 del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplican con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En estos términos se pronunció esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 435/16, de 29 de septiembre, el 162/17, de 20 de abril y el 272/17, de 29 de junio, entre otros, asumiendo doctrina del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex artículo 21.3.a)* de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, era doctrina del Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano consultivo (dictámenes 115/13 de 3 abril y 188/13 de 8 de mayo). Este criterio ha sido acogido por la Comisión Jurídica Asesora en nuestros dictámenes 125/17, de 23 de marzo, el 162/17, de 20 de abril y el 272/17, de 29 de junio, entre otros.

En iguales términos se han pronunciado otros consejos consultivos, por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09, que señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda “*dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses*”.

En ese dictamen se considera que “*parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público*”.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 3 de marzo de 2017 mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se suspendió por Acuerdo de 19 de mayo de 2017, de la referida Junta y se solicitó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora el 22 de mayo de 2017 en que, asimismo, salió del registro del citado Ayuntamiento.

No consta en el expediente la notificación de la suspensión a la contratista y a la compañía avalista, por lo que el procedimiento no habría caducado si se hubieren efectuado las mismas.

Antes de entrar a analizar el fondo del caso hemos de referirnos primero a dos alegaciones de la contratista que pudieran incidir en la tramitación del procedimiento. En la primera se refiere a la actuación de un funcionario que entiende que debería abstenerse en el procedimiento. Al respecto el firmante del informe-propuesta de 6 de abril de 2017 a que nos hemos referido antes, señala que las causas de abstención y recusación se contienen en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), y que no concurre ninguna de ellas; además niega completamente la veracidad de lo manifestado por la contratista en ese aspecto. Por ello, no entendemos viciado el procedimiento.

En segundo lugar, indica que sufre indefensión por no poder acceder al expediente ni ser atendidas sus solicitudes. Esa afirmación queda desvirtuada por la constatación de su comparecencia personal en el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid donde se le proporcionó copia de cuanto solicitó, el traslado de la totalidad del expediente y el contenido documental que conforma el mismo.

CUARTA.- La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como anteriormente lo hacía la legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del

contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: “... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

QUINTA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

En los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución se invoca la concurrencia de dos incumplimientos del contratista que abocan a la resolución del contrato, a saber, por una parte la comisión de tres faltas muy graves consistentes en la falta de pago, en el plazo correspondiente, de las nóminas de la totalidad de los trabajadores

afectos al contrato, referida a los meses de julio y agosto del año 2016 y enero de 2017, y por otra, no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, suponiendo ello causa de prohibición de contratar con la Administración.

Respecto de la primera, la Administración entiende que es aplicable la causa de resolución h) del artículo 223 del TRLCSP, que considera tales: “*h) Las establecidas expresamente en el contrato*” y que en la cláusula XXXIV de los PCAP que recoge las penalidades por demora y por ejecución defectuosa del servicio, se refleja la comisión de dos faltas muy graves como causa de resolución contractual, entre las que se encuentran “*9) La falta de pago a los trabajadores afectos al contrato*”.

Por lo que se refiere a la segunda, la Administración entiende también aplicable la causa de resolución h) del artículo 223 del TRLCSP, añadiendo que la cláusula XXVIII de los PCAP refleja en su apartado B) como causa de resolución “*c) La incursión del contratista, durante la vigencia del contrato, en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente...*”.

En relación a la primera causa de resolución, la contratista alega que el retraso del Ayuntamiento en el pago de sus certificaciones es el que le ha abocado a puntuales retrasos en el pago de las nóminas a los trabajadores y que su situación económica procede de esos retrasos del Ayuntamiento. Tal afirmación carece de fundamento puesto que por un lado la contratista dispone de cauces para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Administración y por otro, porque conforme a los documentos del expediente su situación económica está teniendo incidencia en otros ámbitos totalmente ajenos a los del propio contrato que examinamos, tanto desde el punto de vista material como territorial.

Sobre la posible comisión de tres faltas muy graves por “*falta de pago, en el plazo correspondiente, de las nóminas...*” y teniendo en cuenta que en el momento de iniciarse el expediente de resolución contractual las nóminas de julio y agosto de 2016 se encontraban pagadas y que las nóminas de enero de 2017 fueron pagadas a pocos días de su inicio una vez que la AEAT autorizó el ingreso fraccionado de una deuda tributaria, entendemos que aunque en puridad no estemos en presencia de un procedimiento sancionador, en la medida que el efecto que quiere atribuirse como penalización a la comisión de faltas muy graves es la resolución del contrato, han de aplicarse sus principios, fundamentalmente el de tipicidad, que en el caso no se cumple, además de concurrir la proscripción de la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones.

Valga como ejemplo, que cuando el legislador ha querido equiparar la falta de pago de las nóminas con el retraso de su pago, lo ha hecho expresamente. Así, el artículo 50.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET), entiende como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la resolución del contrato [de trabajo] “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*”, y ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido perfilando qué se entiende por retraso continuado en el abono del salario (al respecto, dejamos citada la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1^a, de 19 de enero de 2015 (recurso casación unificación doctrina 569/2014), que resume la jurisprudencia sobre la entidad del incumplimiento empresarial en los retrasos o impagos salariales).

La cláusula XXXIV C) 9) de los PCAP no recoge la falta de pago en el plazo correspondiente de las nóminas de los trabajadores como falta muy grave, por lo que las circunstancias concretas del caso examinado no nos permite considerarlo así, aunque el retraso haya superado el plazo de un mes previsto en el artículo 29 del ET y sea un derecho que

ostentan los trabajadores conforme al artículo 4.2.f) del ET que pueden exigir a la empresa por las vías que el ordenamiento jurídico les confiere haciendo valer cuantas circunstancias concurran, inclusive la afección a su dignidad, por lo que no entendemos posible resolver el contrato por esa causa invocada por la Administración. Tampoco se recoge expresamente dicho retraso en el pago de los salarios como obligación esencial del contrato que sea causa de resolución prevista en la cláusula XXXII de los PCAP.

Otra consideración nos merece la segunda causa de resolución aducida por la Administración, esto es, que la cláusula XXVIII de los PCAP refleja en su apartado B) como causa de resolución “*c) La incursión del contratista, durante la vigencia del contrato, en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente...*”, y que el contratista no está al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, por lo que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 223.h) del TRLCSP, que considera tales “*las establecidas expresamente en el contrato*”.

El artículo 60.1 del TRLCSP expresa que “*no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes...*”, añadiendo su segundo párrafo que “*en relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas*”.

Según obra en el expediente, la AEAT notificó al Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid una diligencia de embargo de créditos de 8 de

febrero de 2017, dictada en ámbito del procedimiento de apremio seguido contra la contratista, obligada al pago, por dicha AEAT para el cobro de deudas por haber transcurrido el correspondiente plazo de ingreso voluntario sin que haya atendido al pago, por un importe total de 683.807,80 euros.

También resulta de la documentación del expediente, que el citado Ayuntamiento solicitó, y le fue autorizado por la AEAT el 3 de marzo de 2017, proceder al ingreso fraccionado del importe del crédito embargado por la deuda tributaria del contratista en cuanto al importe no afectado por la cesión de créditos efectuada por la empresa al Ayuntamiento destinada al pago de las nóminas de sus trabajadores [46.663,81 €], cesión que según su documento finaliza el 30 de junio de 2017. Por ello, no puede considerarse que la empresa esté al corriente de sus obligaciones tributarias, pues la deuda tributaria no está aplazada, fraccionada o suspendida, sino que lo fraccionado ante la AEAT es el importe de la orden de pago del crédito que ostenta frente al Ayuntamiento, puesto que, como indica la propuesta de resolución: “*La forma en la que cumple la citada orden este Ayuntamiento, mediante su abono en determinados plazos con cargo a las facturas correspondientes a los servicios prestados por [la contratista], en ninguna forma supone la existencia de fraccionamiento o aplazamiento alguno de la deuda, ya que el obligado tributario es [la contratista] y no el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid*”.

En este sentido, como señala acertadamente dicha propuesta, la empresa podría haber aportado un certificado para acreditar que se hallaba al corriente de sus obligaciones tributarias, ya que según el artículo 73.1 del TRLCSP “*la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos*”.

A todo lo anterior, añadiremos que esta causa de prohibición de contratar es directamente apreciable por el órgano de contratación y que subsiste mientras concurren las causas que la determinan (cfr. artículo 61.1 del TRLCSP), lo que nos permite concluir con su existencia como ha apreciado la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid en su propuesta de resolución y su subsistencia en el momento de evacuar el presente dictamen.

Con base en todo lo anterior, consideramos procedente la resolución del contrato porque la contratista no está al corriente de sus obligaciones tributarias, lo que es una circunstancia de prohibición de contratar con el citado Ayuntamiento, que se recoge expresamente en la cláusula XXVIII, apartado B)c) como causa de resolución del contrato por culpa del contratista, y conlleva la aplicación del artículo 223 h) del TRLCSP, precepto a que, a mayor abundamiento, se remite la citada cláusula XXVIII del PCAP.

SEXTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

El artículo 225.3 del TRLCSP dispone:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en numerosos dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, como el 272/17, de 29 de junio, siguiendo la doctrina

mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circumscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia de los interesados para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid como consecuencia del incumplimiento, en el que se tendrán en cuenta las previsiones contenidas en el PCAP al respecto.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que “*en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida*”, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la LPAC.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato administrativo para la prestación del servicio de “*control de accesos y funciones auxiliares en*

dependencias municipales”, al amparo de lo establecido en el artículo 223.h) del TRLCSP, puesto que la contratista no está al corriente de sus obligaciones tributarias, lo que es una circunstancia de prohibición de contratar y causa de resolución del contrato.

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 julio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 280/17

Sr. Alcalde de Las Rozas de Madrid

Pza. Mayor, 1 – 28231 Las Rozas de Madrid