

Dictamen nº: **415/16**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía
del Gobierno**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación **22.09.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de septiembre de 2016, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, 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 de servicios denominado *“Medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid para el año 2015 (Expediente A/SER-033881/2015)”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, sobre el expediente de resolución del contrato de servicios suscrito con la mercantil PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA, S.L.U. (en adelante, *“la contratista”*).

A dicho expediente se le asignó el número 481/16 y el día señalado comenzó 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, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 22 de septiembre de 2016.

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

1.- Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios denominado *“Medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid para el año 2015”* fueron aprobados el 15 de julio de 2015 por Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, para su adjudicación mediante procedimiento abierto con criterio de precio.

De acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PTT), el objeto del contrato coincide con su título -efectuar una medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid para el año 2015 mediante la realización de un número determinado de entrevistas telefónicas y/o presenciales, según el servicio de que se trate- con cuestionarios puestos a disposición de la empresa adjudicataria y con las condiciones que se especificaban en el Anexo I del PPT, en el que también se determinaba

la población que debía ser objeto de las encuestas, el número mínimo de entrevistas propuesto, su tipo y la duración aproximada de los cuestionarios, según se tratase de encuestas sobre expectativas o percepciones de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales de la Comunidad de Madrid. Tras la realización de las encuestas, había que elaborar un análisis de los datos y entregar los resultados (bases de datos, tablas y análisis estadístico, informe de ejecución e informe completo de cada uno de los bloques de servicios con cuadros y gráficos). La adjudicataria habría de contar con un local en la Comunidad de Madrid, acondicionado para llevar a cabo el contrato, aunque no era una obligación de adscripción de medios materiales. Se configuraba, por tanto, como un contrato de servicios de resultado, que concluiría no por la llegada del plazo de ejecución establecido sino por la realización del trabajo encomendado.

Entre los medios personales con los que debía contar la adjudicataria, en los pliegos se especificaba que en el equipo de trabajo debía incluirse algún licenciado/a en Sociología, o en Ciencias Políticas, o en Ciencias Políticas o Sociología, con experiencia en investigación social aplicada a la calidad o a la evaluación, en los últimos cinco años. La adscripción de este medio personal se calificaba en el punto 6 de la cláusula 1ª del PCAP como obligación esencial a los efectos previstos del artículo 223.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

La cláusula 5 del PPT y el punto 14 de la cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, PCAP) establecían el plazo de ejecución del contrato: hasta el 15 de diciembre de 2015.

El apartado 16 de la cláusula 1ª del PCAP no permitía la modificación del contrato aunque en el PPT se señalaba que los cuestionarios telefónicos y/o presenciales, según el servicio de que se tratase, se pondrían a disposición de la empresa adjudicataria, que realizaría la adaptación a la oleada 2015, con las modificaciones técnicas que se requiriesen, de forma consensuada con la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano.

En relación con el pago, el punto 18 de la cláusula 1ª del PCAP señalaba que sería mediante un pago único previa entrega y recepción de conformidad de la totalidad del trabajo.

El punto 26 de la cláusula 1ª del PCAP disponía que la empresa adjudicataria sería la encargada del tratamiento de los datos recabados en las encuestas en los términos previstos en la ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y no se podría subcontratar la realización de las tareas en que consistía el contrato ni ninguna otra, lo cual reiteraba lo previsto también en el punto 17 de la cláusula 1ª del PCAP, que prohibía la subcontratación.

En cuanto a las penalidades que se establecían por incumplimiento de obligaciones contractuales, la cláusula 23 del PCAP disponía:

“Si los trabajos sufriesen un retraso en su ejecución y siempre que el mismo no fuere imputable al contratista, si éste ofreciera cumplir sus compromisos se concederá por el órgano de contratación un plazo que será por lo menos igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor, regulándose su petición por lo establecido en el artículo 100 del RGLCAP.

Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de

los plazos parciales, si éstos se hubiesen previsto, para lo que se estará al apartado 14 de la cláusula 1, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP.

(...) En caso de cumplimiento defectuoso de la ejecución del contrato o, en su caso, incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, la Administración podrá imponer al contratista las penalidades indicadas en el apartado 15 de la cláusula 1, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212.1 del TRLCSP.

(...) La infracción de las condiciones para la subcontratación establecidas en el artículo 227.3 del TRLCSP podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato. Asimismo, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 228.bis del TRLCSP, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se especifican en el apartado 15 de la cláusula 1”.

Ese apartado 15 solo imponía penalidades por demora: 0,20 euros por cada 1.000 euros de precio, al día.

2.- De acuerdo con los antecedentes de hecho del contrato, su adjudicación se acordó mediante Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno el 5 de noviembre de 2016 por un precio total (IVA incluido) de 36.103,58 €.

Según el informe del subdirector general de Calidad de los Servicios de 8 de abril de 2015, el adjudicatario, antes de formalizar el

contrato, presentó el 20 de noviembre de 2015 un escrito en el que solicitaba una ampliación del plazo de ejecución del contrato. No aparece en el expediente la contestación de la Administración a esta cuestión planteada por el adjudicatario, pese a que, de lo que resulta del expediente, se señaló un nuevo plazo de ejecución para el contrato.

El contrato fue formalizado el 30 de noviembre de 2015 y, según su estipulación tercera, el adjudicatario se comprometía a cumplir el contrato desde el día siguiente a su firma hasta el 15 de diciembre de 2015, y se especificaba que, en caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podría indistintamente optar por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el PCAP y, en su defecto, las previstas en el artículo 212 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). No obstante, parece que, independientemente de lo estipulado en los pliegos y en el contrato, se pactó otro plazo de ejecución.

3.- Las vicisitudes en la ejecución del contrato se reflejan en un informe del subdirector general de Calidad de los Servicios de 8 de abril de 2016, que se relatan a continuación.

El 21 de diciembre de 2015 se comunicó al adjudicatario la necesidad de realizar un ajuste de las anualidades inicialmente previstas a lo que el contratista accedió por escrito. Se le comunicó que el nuevo plazo para la entrega de los trabajos se fijaba para el 3 de febrero de 2016.

Parece que, según el citado informe, la adjudicataria entregó los informes y bases de datos que debía realizar en un soporte electrónico el 4 de febrero de 2016 y, posteriormente, tras ser requerido para ello por la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, se enviaron por correo electrónico diversos informes y archivos, el último de los cuales se remitió el 23 de febrero de 2016.

El 7 de marzo de 2016 la empresa contratista presentó una factura por importe de 36.103,58 €.

4.- Tras el examen de los informes remitidos por la empresa, la subdirección general de Calidad de los Servicios, enumeró diversas deficiencias que dieron lugar a las siguientes conclusiones, plasmadas en el citado informe:

“La totalidad de los informes requeridos no se han entregado hasta el 23 de febrero de 2016, fuera del plazo establecido.

-Por su parte la empresa adjudicataria no ha remitido los registros de las llamadas de las encuestas telefónicas, pese al requerimiento de esta Dirección General, lo que impide la supervisión y comprobación de la realización de los trabajos.

-Los trabajos entregados no reúnen la mínima calidad exigible a la vista de la información aportada por la propia empresa adjudicataria, que resulta en muchos casos incoherente.

-Se ha podido comprobar que existe solapamiento en las entrevistas realizadas por el mismo entrevistador, lo que hace imposible la realización de las mismas.

-Ha intervenido como entrevistador una persona sin conocimiento ni acreditación de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano.

-Se ha producido la posible subcontratación del trabajo de entrevistas telefónicas o la intervención de empresa ajena al contrato.

-No se ha acreditado que los trabajos entregados hayan sido dirigidos y suscritos por una persona con los conocimientos

técnicos requeridos en los pliegos, por lo que deberían de aportarse los informes finales suscritos por el correspondiente profesional y acreditar su vinculación laboral o mercantil durante el plazo de ejecución del contrato”.

Por ello se proponía no recepcionar los trabajos del contrato con número de expediente A/SER-033881/2015, y proceder a su resolución por la causa prevista en el apartado h) del artículo 223 del TRLCSP.

5.- El inicio del expediente de resolución del contrato por causas imputables al contratista de conformidad con el artículo 223.h) del TRLCSP se acordó por la Orden de 14 de abril de 2016, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, notificada a la empresa adjudicataria y a la avalista los días 10 y 12 de mayo de 2016, respectivamente, a los que se dio traslado del informe de 8 de abril de 2016.

El 18 de abril la directora general de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano informó de la procedencia de la incautación de la fianza y estimó que los daños ocasionados a la Administración no superaban el importe de la fianza definitiva, lo que corroboró mediante informe de 4 de mayo en el que se valoraron los daños ocasionados a la Administración como consecuencia de la defectuosa ejecución del contrato en 1.243,77 €.

El 20 de mayo de 2016 la empresa contratista presento un escrito de alegaciones por el que se opuso a las causas invocadas por la Administración para la resolución del contrato. En dicho escrito alegaba que el breve plazo de ejecución del contrato les obligó, junto a otras circunstancias impuestas por la Administración y ajenas a su voluntad (prohibición de hacer encuestas entre el 4 y el 20 de diciembre debido a la campaña electoral, vacaciones de la dirección técnica del contrato, vacaciones en los centros de mayores), a solicitar

una ampliación del plazo de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 23 del PCAP que posibilitaba la solicitud de ampliación del plazo de ejecución si el retraso se debiera a causas no imputables al contratista. Según sus alegaciones el plazo se amplió y se logró entregar los trabajos en el nuevo plazo concedido, independientemente de posteriores entregas adicionales de documentación cuando fueron requeridos por problemas técnicos por no poder abrir el soporte en el que se volcaron los datos. También alegaba que no entregaron registros telefónicos por preservar la identidad de los encuestados a los que se había comunicado que sus respuestas serían anónimas; que tuvieron que emplear a un entrevistador sin acreditación, además de los ya acreditados, ante la necesidad de agilizar la ejecución sin que pudieran obtener su acreditación por el periodo vacacional de la dirección técnica del contrato; que cumplía con la solvencia técnica del contrato y había adscrito los medios personales requeridos (una persona con la titulación en sociología) sin que se especificase en los pliegos la intervención que habría de tener en la ejecución del contrato la persona con dicha titulación ni que tuviera que ser ella la responsable de la empresa ante la Administración, por lo que se había nombrado a otra persona como responsable ante la Administración; que la duración de las encuestas se estaban comparando con las realizadas con los cuestionarios utilizados en 2014, cuando esos cuestionarios habían sido considerablemente reducidos de acuerdo con la Administración, por lo que la duración de las encuestas también se habían reducido según lo previsto en el PPT; que no hubo solapamiento de encuestas aunque por problemas técnicos a veces no se registraban automáticamente los datos recogidos, por lo que debía completarse manualmente la operación pudiendo dar lugar a errores en la estimación del tiempo y lugar; que al principio de la ejecución del contrato se había comunicado que recurrirían a instalaciones que compartían con otra sociedad y que se habían visto obligados a tomar decisiones para hacer frente a la ejecución del contrato en tan breve

plazo; que una vez entregados los trabajos, no fue requerida ni se le hizo ninguna observación sobre la calidad de los mismos o de algún aspecto que tuviera que ser subsanado.

Consta un informe de 10 de junio de 2016, de la subdirección general de Calidad de los Servicios, en la que da respuesta a las alegaciones del contratista.

Por orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, de 16 de junio de 2016, se dispuso suspender el plazo de tramitación del procedimiento para resolver el contrato por el tiempo necesario para que el Servicio Jurídico y la Intervención General de la Comunidad de Madrid emitiesen informe, suspensión que fue notificada a la empresa contratista el día 8 de julio de 2016, sin que conste su notificación al avalista.

Solicitado informe al Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno el 16 de junio de 2016, tras el requerimiento para que se enviara determinada documentación que faltaba en el expediente fue emitido el 5 de julio de 2016, en el que proponía modificar la causa de resolución señalada en la orden de inicio del expediente de resolución, de forma que se resolviese el contrato por el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP al considerar que se había establecido en el contrato la prohibición de subcontratar con carácter de obligación esencial y que se había incumplido.

En un documento firmado por un asesor técnico y fechado el 14 de julio de 2016 (del que no consta su fecha de salida ni su destinatario) se puso de manifiesto que se había modificado el apartado del artículo en que se fundamentaba la resolución del contrato –pasaba a ser el artículo 223.f) del TRLCSP-, de forma que se acogía el informe de la Abogacía General, y que, al no incorporarse hechos nuevos sobre los que la parte interesada pudiera formular

alegaciones, no se producía indefensión y no procedía realizar un nuevo trámite de audiencia.

Recibida solicitud de informe en la Intervención General de la Comunidad de Madrid el 26 de julio, el 5 de agosto la Intervención Delegada del Consejo de Gobierno interesaba información sobre la comunicación a la empresa contratista de la suspensión del plazo para resolver el expediente de resolución del contrato y la comunicación del reinicio del plazo y sucesiva suspensión a efectos de comprobar que el procedimiento no hubiera caducado.

El 8 de agosto de 2016 aparece en el expediente un escrito de un asesor técnico en el que se da respuesta al reparo de la Intervención Delegada –aunque tampoco aquí consta el destinatario del escrito- en el que señalaba que el plazo para resolver seguía suspendido.

Fechado ese mismo día, la Intervención General de la Comunidad de Madrid emitió informe favorablemente sobre la propuesta de orden de resolución del contrato en virtud del artículo 223.f) del TRLCSP.

Por Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, de 10 de agosto de 2016, tras los informes de la Abogacía General y la Intervención General, se acordó levantar la suspensión del plazo para resolver, y proceder a una nueva suspensión por el tiempo necesario para que la Comisión Jurídica Asesora emitiese *“informe preceptivo y determinante sobre el contenido de la resolución”*. Esta orden se comunicó al contratista y al avalista mediante un escrito con fecha de salida el mismo 10 de agosto, sin que se hayan incluido en el expediente los “acuses de recibo”.

6.- La solicitud de informe a la Comisión Jurídica Asesora tuvo entrada en su registro el 2 de septiembre de 2016. Dado que no se había remitido la propuesta de resolución del contrato -ni la

informada por la Abogacía General ni la modificada tras su informe- se requirió su remisión el 13 de septiembre.

Al día siguiente se remitió la segunda propuesta de orden solicitada, en la que, tras dar cuenta de la orden de inicio del expediente y del trámite de audiencia al contratista y al avalista, al amparo del artículo 223, apartado f) del TRLCSP, se propone acordar la resolución del contrato *“por causas imputables al contratista”* y la incautación parcial de la fianza definitiva hasta el importe de 1.243,77 € según la valoración de los daños ocasionados a la Administración, estimada por la Dirección General de Calidad de los Servicios en su informe de 4 de mayo de 2016.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA. La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f.d) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del ROFCJA.

SEGUNDA. Como establece el artículo 222 del TRLCSP, los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución,

entendiéndose cumplido el contrato, en los contratos de resultado como es este contrato que nos ocupa, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 222 del TRLCSP, cuando el contratista *“haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación”*, de tal modo que si, llegado el plazo de finalización estipulado no se ha producido el cumplimiento de lo pactado, la posibilidad de resolución por incumplimiento queda abierta, con las consecuencias desfavorables para el contratista anudadas a la misma.

La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como una facultad exorbitante. 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 prerrogativa de 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 ya en la 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 las 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, y siguiendo los trámites procedimentales establecidos al efecto.

Y es que como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 63/11, de 17 julio de 2012 la resolución de los contratos constituye una excepción al modo normal de extinción de los contratos, como es el cumplimiento de éstos. Y por su excepcionalidad, la resolución debe estar justificada.

Y al respecto trae a colación dos dictámenes del Consejo de Estado:

«En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al manifestar que la resolución por incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato (Dictamen núm. 52.006, de 9 de junio de 1988). El máximo órgano consultivo del Estado ha señalado que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier

incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida” (Dictamen núm. 41.941, de 1 de marzo de 1979)».

TERCERA. El contrato fue adjudicado bajo la vigencia del TRLCSP por lo que esta es la legislación aplicable, tanto en cuanto a las cuestiones materiales como las formales y de procedimiento.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, además de acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), y concretamente en su artículo 109, dedicado al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que “*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 esta*”.

Por su parte, el artículo 224 de la misma Ley regula la aplicación de las causas de resolución y señala 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".

Por tanto, según estos preceptos, la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, el órgano de contratación es, según el punto 2 de la cláusula 1ª del PCAP y el artículo 41.i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, que es a quien corresponderá resolver el contrato que nos ocupa.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador *"si se propone la incautación de la garantía"*, así como un informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211.3,a) del TRLCSP dispone que es 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.

Conforme con la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista, que ha formulado alegaciones a lo largo del procedimiento. Al proponerse incautación de la garantía, también se ha dado audiencia a la entidad avalista que, sin embargo, no se ha pronunciado.

Asimismo, se ha emitido informe tanto por la Abogacía General como por la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

En relación con el plazo para tramitar el expediente de resolución del contrato, la normativa contractual no establece regulación alguna

al respecto, por lo que resultan aplicables subsidiariamente, en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y en concreto, los artículos 42 y 44.

En este sentido, la aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este precepto prevé la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver en los procedimientos iniciados de oficio, plazo fijado por el artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC que determina que será el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación, que es el que habrá que aplicar a este procedimiento.

Este plazo de tres meses puede, sin embargo, suspenderse de conformidad con el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que *“cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, 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. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*.

En este caso, la iniciativa para resolver el contrato ha surgido de la propia Administración que inició el expediente de resolución contractual por orden de 14 de abril de 2016 por causas imputables al contratista al amparo del artículo 223.h) del TRLCSP, si bien el plazo para resolver fue suspendido por orden de 16 de junio para solicitar informe de la Abogacía General y de la Intervención General de la Comunidad de Madrid. Con fecha de 10 de agosto, al tiempo que se

levantaba esa suspensión, se volvía a suspender nuevamente a los efectos de solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Pero para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. La primera suspensión se comunicó al contratista como ya señalamos en los antecedentes de hecho pero no consta en el expediente remitido que se haya notificado al avalista, con las consecuencias que de esa falta de comunicación se derivan. En relación con la segunda suspensión, consta el registro de salida de la comunicación de la suspensión al contratista y al avalista.

Ha de señalarse que la suspensión del procedimiento es una medida excepcional y por tanto ha de ser objeto de interpretación restrictiva, como ha recordado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 26 de junio de 2008 (rec. 478/2005). Esta consideración y la forma en que se ha suspendido el procedimiento suscitan interrogantes en torno a la posible caducidad del expediente.

Cierto es que se dictaron dos órdenes por las que se suspendió el procedimiento: la orden de 16 de junio y la orden de 10 de agosto. Pero -dejando aparte lo inadecuado de declarar en la primera de ellas una suspensión común y simultánea del plazo para emitir informes que se van a solicitar no simultáneamente sino sucesivamente-, independientemente de lo señalado en las órdenes, la norma es clara: la suspensión, como reza el precepto antes transcrito, se produce *“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”*. Y es necesario que se comunique a los interesados del procedimiento tanto la suspensión del procedimiento por la petición de dictamen como la recepción del mismo (como así mantuvo el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes de 336/10, de 13 de octubre, 140/11, de 6 de abril, 546/11, de 5 de octubre y 221/12, de 18 de abril de 2012).

En este caso, no consta en el expediente la fecha en la que los informes de la Abogacía General y de la Intervención General de la Comunidad de Madrid fueron recibidos y si la recepción de los mismos fue comunicada al contratista y al avalista.

Por otro lado, la suspensión ha de mantenerse por el tiempo necesario para emitir los informes preceptivos y determinantes. En este procedimiento, sin embargo, si atendemos a las órdenes de suspensión, el procedimiento habría estado paralizado por más tiempo del necesario para emitir los informes. Tras la orden de suspensión del 16 de junio y el informe del Servicio Jurídico del 5 de julio, no se solicitó el informe de la Intervención General hasta el 26 de julio. Y en el caso de nuestro dictamen, pese a la orden de suspensión de 10 de agosto, no se solicitó efectivamente hasta el 2 de septiembre.

Además, entre el informe del Servicio Jurídico y el de la Intervención General, parecen haberse realizado actos de instrucción ya que consta un escrito de 14 de julio que señala que, tras considerar el informe del Servicio Jurídico, se modificó la propuesta de resolución antes de solicitar el informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, a la que se remitió ya modificada.

En este punto conviene recordar la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en cuanto a que el momento en que opera la suspensión es la de la petición del dictamen a este órgano consultivo y, por otro lado, que la realización de actuaciones instructoras, una vez acordada la suspensión del procedimiento levanta, de facto, la suspensión, al haber desaparecido la causa justificativa de la suspensión, y recuperándose el cómputo del plazo para resolver (dictámenes 404/11, de 21 de septiembre y 471/12, de 26 de julio).

En cuanto a la propuesta de resolución que concluía el procedimiento y resolvía el contrato, no remitida inicialmente, una vez requerida se remitió una propuesta que no cumple con lo dispuesto en el artículo 89 de la LRJ-PAC. Este precepto señala que la resolución de los procedimientos habrá de decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente, habrá de ser una decisión motivada y tendrá que expresar, además, los recursos que contra la misma procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos.

Como ha declarado esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 191/16, de 9 de junio, la propuesta de resolución no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que debe recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento, no solo para permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen, sino también para que no causar indefensión al contratista.

La propuesta de resolución se manifiesta en los siguientes términos en relación con la causa de resolución del contrato:

“Por todo lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el artículo 223, apartado f) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y demás disposiciones de aplicación, en virtud de la previsión expresa contenida en el contrato, una vez concedido el trámite de audiencia, emitidos los informes correspondientes y realizados los trámites preceptivos (...).”

La causa de resolución en la que se apoya la Administración es, por tanto, la prevista en el artículo 223.f) del TRLCSP, que se refiere al *“incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*. Sin embargo no se determina en la propuesta cuál es la obligación esencial que se ha infringido, sino que se limita a hacer referencia a las cuestiones procedimentales previas del expediente de resolución del contrato-y no a todas- tales como el inicio del expediente, a la audiencia del contratista y al avalista, y la procedencia de la incautación de la garantía.

Del tenor de la propuesta, por tanto, no se desprende cuál pueda ser la obligación esencial que se ha calificado así en el contrato y se ha incumplido, lo que obligaría al contratista a indagar en el expediente de resolución del contrato cuál es esa causa determinante de la resolución, que, como veremos, no queda categóricamente determinado en el mismo puesto que, a lo largo de su tramitación, se han barajado varias deficiencias en la ejecución del contrato para posibilitar su resolución. Sobre ello incidiremos más adelante. Baste ahora adelantar que la propuesta de resolución remitida, en los términos actualmente redactados, produce indefensión al contratista puesto que no le permite conocer cuál es la causa de resolución esgrimida, cuál es el incumplimiento esencial –de los que se le comunicaron al inicio del expediente- que finalmente ha considerado la Administración para resolver el contrato. Máxime cuando, además, no se le ha comunicado el motivo por el que se ha sustituido el apartado del artículo 223 que motiva la resolución, que es distinto del que se le comunicó en la orden de inicio del expediente.

Por ello, la resolución que finalmente se dicte habría de adaptarse a lo aquí expuesto de forma que quedara claramente consignada la causa que motiva la resolución del contrato para no causar indefensión al contratista.

CUARTA. Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren, o no, las causas de resolución del contrato, en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

La causa de resolución en la que se apoya la Administración es la prevista en el artículo 223.f) del TRLCSP, que se refiere al *“incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*. Pero, como ya hemos dicho, del tenor de la propuesta no se desprende cuál pueda ser la obligación esencial que se ha calificado así en el contrato y se ha incumplido.

El informe de la subdirección general de Calidad de los Servicios de 8 de abril de 2016 señalaba varias deficiencias en la ejecución del contrato y se refiere a varios incumplimientos, y entre ellos, se refería al artículo 223.f) del TRLCSP en relación con el incumplimiento de adscribir a la ejecución del contrato un licenciado en Sociología.

La propuesta de resolución que se remitió al Servicio Jurídico pero no a esta Comisión –pese a haberse solicitado–, parece que se fundamentaba en el artículo 223.h), esto es, en *“las establecidas expresamente en el contrato”* como causa de resolución.

El Servicio Jurídico, tras una serie de consideraciones, rechazó como causa de resolución el incumplimiento de los medios personales y también las deficiencias en la ejecución del contrato. Para estas deficiencias, ciertamente, los pliegos solo aparejaban penalidades por retraso –punto 15 de la cláusula 1ª del PCAP– y la posibilidad de dictar por escrito las instrucciones oportunas para subsanar los defectos observados –cláusula 36 del PCAP–, y dado que tampoco estaban calificadas como esenciales ni podían calificarse así, según doctrina que citaba de algunos órganos consultivos, estimó, en cambio, que

podía señalarse como causa de resolución la subcontratación, que estaba prohibida en los pliegos, y con mejor encaje en el artículo 223.f) del TRLCSP.

Del escrito del asesor técnico de 14 de julio –cuyo destinatario no se consigna- parece que esta es la causa de resolución finalmente adoptada:

“El informe del Servicio Jurídico de esta Consejería admite como causa de resolución del contrato el hecho de que se haya producido subcontratación, ya que el pliego de cláusulas administrativas particulares no lo permitía, a la vez que rechaza la resolución por ejecución defectuosa de las prestaciones consignadas en el mismo, así como por los medios adscritos a la ejecución del contrato.

Atendiendo a dicho informe jurídico, se ha modificado la letra del precepto que justifica la resolución en la orden proyectada, pasando a ser la letra "f" del artículo 223 del TRLCSP (el incumplimiento de las obligaciones esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato), en lugar de la letra "h" de dicho precepto (las establecidas expresamente en el contrato)”.

Vamos, por tanto, a determinar si la subcontratación puede ser la causa en la que se funde la resolución del contrato.

La cláusula 28 del PCAP dispone:

“En el apartado 17 de la cláusula 1 se establece, en su caso, el porcentaje máximo que el contratista está autorizado a subcontratar, sin que a estos efectos se tengan en cuenta los subcontratos con empresas vinculadas al contratista principal, o el porcentaje que tendrá la obligación de subcontratar con terceros no vinculados a él, siempre que en este caso se trate de partes del contrato susceptibles de ejecución separada. Esta obligación

tendrá la consideración de condición especial de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f) del TRLCSP”.

El apartado 17 de la cláusula 1ª, lejos de señalar un porcentaje de subcontratación, señala que no procede la subcontratación, o, dicho en otros términos, que el porcentaje de subcontratación es 0. Y lo mismo se reitera en el apartado 26, de la misma cláusula 1ª, en su penúltimo párrafo:

«La empresa adjudicataria, que actúa en todo momento como "encargado del tratamiento" no podrá subcontratar la realización de las tareas en que consiste el contrato ni ninguna otra. En caso de que el "organismo contratante", con posterioridad, decida autorizar al adjudicatario a subcontratar, la autorización deberá ser expresa y escrita, ajustándose la misma a lo dispuesto en el Real Decreto 1720/2007, de 19 de diciembre (sic)».

En este caso, ni se solicitó autorización para subcontratar, ni se autorizó la subcontratación de parte de las prestaciones del contrato. Pero este apartado que establecía la posibilidad de subcontratar, bajo determinadas condiciones y con el cumplimiento de algunos requisitos, permite entender que la prestación del contrato no se establecía *intuitu personae*, esto es, que las características del contratista no eran determinantes para adjudicarle el contrato exclusivamente a él y que, por tanto, si se cumplían los requisitos señalados en el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, otro contratista podía ser autorizado para realizar parte de las prestaciones del contrato.

Por ello, habría que determinar si efectivamente hubo subcontratación y si, por otro lado, es causa de resolución del contrato, según los pliegos.

Para dilucidar si en la ejecución del contrato el contratista subcontrató parte del contrato, hay que acudir tanto al informe de la subdirección general de Calidad de los Servicios, de fecha 8 de abril de 2016, como a las alegaciones de la empresa contratista.

El informe de la subdirección general de Calidad de los Servicios hace el siguiente relato:

"Con fecha 19 de enero de 2016 se personan en las oficinas de A (una empresa designada por la contratista) dos técnicos D. J.V.D.P y D. F.J.T., siendo recibidos por personal de esta empresa, no habiendo nadie, ni coordinador ni encuestador, que se identifiquen como de la empresa contratista.

Por lo que respecta a los entrevistadores en ningún momento se nos comunica que trabajen para la empresa contratista de forma exclusiva, informando que en determinadas franjas horarias realizan la encuesta encargada por esta empresa.

En la reunión celebrada el 16 de febrero de 2016 se solicitó verbalmente que la empresa contratista justificara la relación con la empresa A, hablando en todo momento de una colaboración, sin aclarar si existe una relación mercantil con la misma. Solicitada aclaración por escrito. No se ha acreditado la relación, empresarial, comercial o laboral con esta empresa que justifique que no se ha incumplido la cláusula que impide la subcontratación".

Por su parte, la empresa contratista manifestó lo siguiente:

"a la vista de los hechos y bajo la presión del cumplimiento del plazo de ejecución, la empresa pone en conocimiento de la dirección técnica, en la primera reunión de inicio de puesta en marcha de los trabajos, que tenemos que recurrir a instalaciones que compartimos con otra sociedad para poder hacer frente a esta

situación de reducción del plazo solicitado tan drástica, la empresa toma algunas decisiones, para hacer frente a esta situación y poder cumplir los objetivos establecidos, decisiones, que ahora son utilizadas como motivos de incumplimiento de contrato, para poder cumplir con los objetivos del trabajo bajo la amenaza latente de rescisión del mismo por incumplimiento de plazos".

Sigue alegando que, según la cláusula 23 del PCAP, la subcontratación no puede ser utilizada como causa de resolución del contrato. Dicha cláusula tiene el siguiente tenor:

“En caso de cumplimiento defectuoso de la ejecución del contrato o, en su caso, incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, la Administración podrá imponer al contratista las penalidades indicadas en el apartado 15 de la cláusula 1, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212.1 del TRLCSP.

(...)

La infracción de las condiciones para la subcontratación establecidas en el artículo 227.3 del TRLCSP podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato. Asimismo, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 228.bis del TRLCSP, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se especifican en el apartado 15 de la cláusula 1”.

La justificación de la empresa más la mención a cláusulas y artículos relativos a la subcontratación podrían ser prueba indiciaria, no palmaria, de que hubo subcontratación. Sin embargo,

tal y como pone de manifiesto el contratista, la cláusula 23 no señala la posibilidad de resolver el contrato por haber subcontratado, sino solo de imponer penalidades de hasta un 50% del importe del contrato y las que se hayan previsto en el pliego. Pero en el pliego ni se han señalado penalidades para la subcontratación ni para la ejecución defectuosa del contrato, sino tan solo por demora.

La cláusula 28 del PCAP antes transcrita hace referencia a los porcentajes de ejecución que se pueden subcontratar según lo previsto en el pliego y las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de subcontratar que se fijan en el pliego—en este caso un porcentaje del 0%- y sigue diciendo: *“Esta obligación tendrá la consideración de condición especial de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f) del TRLCSP”*.

Las condiciones especiales de ejecución se regulan el artículo 118 del TRLCSP, y concretamente en su apartado segundo señala lo siguiente:

“2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)”.

Es decir, según este precepto y el artículo 212.1, el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución puede

llevar aparejada la imposición de penalidades que se establezcan en el pliego que serán proporcionales a la gravedad de los incumplimientos, e incluso puede tipificarse en los pliegos como infracción grave para aplicar lo dispuesto en el artículo 60.2,e). Sin embargo, el artículo 60.2.e), que impedía contratar con la Administración en el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, y concurriese dolo, culpa o negligencia en el empresario, se suprimió por la disposición final 9.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Por lo tanto, solo podrían imponerse las penalidades establecidas en el pliego. Y en el pliego que nos ocupa, no se ha establecido penalidad alguna para el caso de incumplimiento de la condición especial de ejecución, por lo que habría que aplicar las dispuestas en el TRLCSP.

Otra opción que ofrece el artículo 118 es que las condiciones especiales de ejecución se califiquen como obligaciones esenciales “*a los efectos señalados en el artículo 223.f)*”, en cuyo caso, podría invocarse como causa de resolución del contrato.

Esta posibilidad de opción debe quedar concretada en los pliegos. Es decir, los pliegos deben optar y definir si estamos ante una obligación esencial, cuyo incumplimiento llevará aparejada la resolución del contrato, o, si se trata de una condición especial de ejecución, señalarle una penalidad.

Recapitulando, se podrá resolver el contrato por incumplimiento de la prohibición de subcontratar si en los pliegos se ha calificado la prohibición de subcontratar como causa de resolución pero, en este caso, dado que los pliegos que rigen este contrato no han establecido la prohibición de subcontratar como obligación esencial del contrato, no puede ser invocada como causa de resolución.

En definitiva, la cláusula 28 del PCAP señala que lo establecido en el apartado 17 de la cláusula 1ª del PCAP -que prohíbe la subcontratación- es una condición especial de ejecución y no una obligación esencial, por lo que su incumplimiento, tal y como hemos señalado, ha de dar lugar a la imposición de penalidades: las señaladas en el pliego y, en su defecto -como en este caso- las previstas por el TRLCSP.

Según el ya citado dictamen 63/2011, de 17 julio de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en aras de la seguridad jurídica, *“cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución”*. Aunque también menciona este dictamen que una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo *“ab initio”*, por estar íntimamente vinculada al objeto y elementos de un contrato en particular, de manera que *“constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000)*”*.

Al no haber sido declarada como obligación esencial, el incumplimiento de la obligación de subcontratar no puede ser causa de resolución del contrato por vía del artículo 223.f) del TRLCSP.

Ahora bien, independientemente de las anteriores cláusulas transcritas, lo cierto es que entre las causas de resolución señaladas

por la cláusula 41 del PCAP se establece específicamente *“el incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en la cláusula 23”*. Ello significa, que el incumplimiento de la obligación de subcontratar podría ser causa de resolución del contrato por la vía del artículo 223.h) *-“las establecidas expresamente en el contrato”*-, y la cláusula 41 del PCAP.

Sin embargo, la resolución de un contrato ya hemos mencionado que es una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general. Y hemos recordado también que la jurisprudencia ha venido exigiendo la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe y que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a principio de proporcionalidad.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución del contrato, 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, buena fe y proporcionalidad.

Esto supone que la causa de resolución –el incumplimiento de la prohibición de subcontratar- debe quedar claramente acreditada en el expediente de contratación, como también debe expresarse el porcentaje en el que supuestamente se subcontrató a los efectos de poder apreciar y aplicar la proporcionalidad en esta forma anormal de terminación de los contratos. Y dada la posición favorable a la subcontratación que inspira la normativa comunitaria, como recuerda el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Acuerdo de 29 de enero de 2014, la prohibición total

de subcontratar habría de estar justificada adecuadamente en la preparación del contrato y resultar conveniente a los fines del contrato.

En el expediente examinado hay indicios que pueden llevar a pensar que existió subcontratación pero no en qué medida y si los trabajos subcontratados fueron de tal entidad que la realización por quien no era el contratista ha desvirtuado la prestación del contrato. Por ello, antes de proceder a su resolución, habría que acreditar fehacientemente en el expediente los términos en que esa subcontratación se produjo, el porcentaje y los trabajos subcontratados. Solo en caso de que quedase acreditado el incumplimiento palmario de la prohibición de subcontratar podría resolverse el contrato si la subcontratación hubiese afectado a gran parte de las prestaciones del contrato. Y habría de fundarse en el artículo 223.h) del TRLCSP.

En mérito a lo expuesto esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato *“Medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid para el año 2015 (Expediente A/SER-033881/2015)”* en los términos planteados tal y como se manifiesta en nuestras consideraciones.

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 22 de septiembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 415/16

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno

C/ Pontejos nº 3 - 28012 Madrid