

Dictamen n.º: **453/09**
Consulta: **Alcalde de Pinto**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **23.09.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de septiembre de 2009, sobre consulta formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Pinto, adjudicado a la UTE A - B, al amparo del artículo 13.1.f) 4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 9 de septiembre de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Pinto, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato servicio de ayuda a domicilio, suscrito con la mercantil referenciada. La petición de dictamen se realiza con el carácter de urgente.

El carácter urgente de la consulta efectuada, debe ser motivado por parte de la entidad consultante, debido al carácter excepcional de la medida consistente en la reducción de plazos, siendo oportuno recordar, como hace el Consejo de Estado, que es característica de la Administración consultiva

clásica la de operar con sosiego y reflexión, en un proceso no siempre rápido de maduración, que puede quedar frustrado si se le trasladan, en demasía -e injustificadamente, cabe añadir- las exigencias y apremios propios de la Administración activa (Dictamen 813/2003, de 27 de marzo).

En este caso, el escrito de solicitud de dictamen del Alcalde Presidente de la Corporación, de fecha 2 de septiembre de 2009, justifica la urgencia señalando que, debido a la situación de desprotección social de las personas destinatarias de la asistencia objeto del contrato, es perentorio atender a las necesidades de las mismas resolviendo el contrato referenciado y procediendo a iniciar una nueva contratación,

Podríamos adjetivar esta urgencia de “*reparadora*” en contraposición a la urgencia “*preventiva*”, puesto que implica la necesidad de actuar con rapidez una vez que la situación de peligro ya se ha materializado al objeto de reparar con la mayor celeridad posible los daños ya producidos, al correspondiente fin comunitario esencial.

Este Consejo Consultivo considera por todo lo anterior que las razones esgrimidas en el escrito de solicitud de dictamen fundan suficientemente el carácter urgente de la consulta efectuada.

SEGUNDO.- Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

1. Con fecha 28 de abril de 2008, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pinto acordó adjudicar el contrato de servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Pinto, a la UTE A - B, por importe de 466.378,15.- € anuales y un plazo de duración de dos años, formalizándose el correspondiente contrato el 12 de junio de 2008, (folios 20 a 22 del expediente administrativo).

De acuerdo con lo establecido, en el pliego de cláusulas técnicas, el objeto del contrato es la prestación de los servicios de asistencia domiciliaria para atender las necesidades detectadas desde los Servicios Sociales de Atención Primaria del Ayuntamiento de Pinto.

La cláusula decimosexta del pliego de cláusulas administrativas particulares, establece que *“el contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social, y de Seguridad e Higiene en el Trabajo, quedando la administración exonerada de responsabilidad por este incumplimiento.”*

2. Con fecha 6 de julio de 2009 la contratista, dirige un escrito al Ayuntamiento de Pinto poniendo de manifiesto el incumplimiento del contrato por parte de la citada corporación y solicitando la resolución del contrato por incumplimiento no imputable al contratista al amparo de los artículos 214 c), 111 f) y g) del R D. Legislativo 2/2000, que aprueba el Texto Refundido de la LCAP.

En concreto, los incumplimientos puestos de manifiesto en el citado escrito consisten en el impago de las facturas de los servicios prestados durante los meses de noviembre y diciembre de 2008, y de febrero a mayo de 2009; así como el incremento de un 20% de las horas demandadas y efectivamente prestadas, respecto de las incluidas en el contrato.

En dicho escrito se hace referencia a previas reclamaciones de pago y ofrecimientos de negociación de un calendario concreto de servicios, que sin embargo no se han incorporado al expediente administrativo, así como a un escrito previo de 21 de abril de 2009, solicitando la resolución del contrato de muto acuerdo, que afirma que fue rechazado por un defecto de forma sin que tampoco dicho escrito haya sido incorporado al expediente administrativo.

Como consecuencia de las circunstancias descritas, la UTE referida manifiesta que no ha podido establecer una política ordenada de tesorería viéndose obligada a contraer nuevos empréstitos no previstos para asegurar gastos como el simple pago de la nómina.

3. En contestación a dicha solicitud, con fecha 8 de julio de 2009, se emite un informe por el servicio de contratación del Ayuntamiento de Pinto concluyendo que no es posible la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración ya que no existen motivos que lo justifiquen, afirmando en el cuerpo del informe que por la intervención de fondos se ha informado que al día de la fecha el Ayuntamiento ha cumplido con sus pagos, y que por el departamento de Servicios Sociales se ha informado que en ningún momento se ha producido incumplimiento de las condiciones técnicas esenciales establecidas en el pliego que rige el concurso público (folios 31 a 34 del expediente administrativo).

Respecto a dichas afirmaciones, si bien sí que se incorpora el informe del departamento de Servicios Sociales, no se incorporan las facturas satisfechas o cualquier otro documento que permita advenir que se ha producido el pago y en qué fechas.

4. Consta que con fecha 7 de julio de 2009, se dicta por la Tesorería General de la Seguridad Social diligencia de embargo de bienes por importe de 102, 177, 99.-€, por impago de las cuotas de cotización a la Seguridad Social de la contratista, notificándose dicha diligencia al Ayuntamiento de Pinto con fecha 13 de julio de 2009, al objeto de que procedieran a retener la facturación, correspondiente al contrato objeto del presente dictamen.

Como consecuencia de dicha notificación, con fecha 29 de julio de 2009, el Alcalde Presidente de la Corporación propone, previo informe de la Secretaría del Ayuntamiento del día 27 del mismo mes, desestimar la solicitud de resolución del contrato presentada por la UTE contratista y

proceder a la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la misma, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, consistentes en incumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia de seguridad social, (folios 39 a 41 del expediente administrativo).

Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de agosto de 2009, se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato, que se notifica a la contratista, mediante entrega en mano el 4 de agosto.

En este estado del procedimiento se formula consulta por el Alcalde del Ayuntamiento de Pinto por trámite ordinario que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el día 9 de septiembre de 2009, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 de septiembre de 2009.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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”.

El artículo 59.3 del *TRLCAP*, a la sazón aplicable al presente contrato adjudicado el 28 de abril de 2008, al haber entrado en vigor la Ley de Contratos del Sector Público el 30 de abril de 2008 y de acuerdo con su Disposición transitoria primera, apartado segundo, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59.1 del *TRLCAP* 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. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista*”. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte, el artículo 112 del *TRLCAP* dispone en su apartado primero que “*la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante el procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine*”.

El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, estableciendo:

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

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

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del RGCAP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, consta en el expediente haberse observado dicho trámite respecto del contratista, puesto que si bien no se ha concedido como tal trámite de audiencia de forma expresa, consta haberse notificado el acuerdo motivado de inicio del expediente de resolución con fecha 4 de agosto de 2009, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la contratista el 5 de agosto de 2009, sin que para la resolución se hayan tenido en cuenta, como exige el artículo

84 de la LRJ-PAC, otros hechos alegaciones o pruebas distintas de las aducidas por el interesado en dicho escrito.

Respecto del cumplimiento de la exigencia de audiencia al avalista, la misma deriva, primeramente, del artículo 46.2 del TRLCAP, inserto en el Libro Primero de la Ley y, por tanto, aplicable a todos los contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”* y como tal parte interesada tiene derecho a audiencia en aplicación de lo previsto en el artículo 84 de esta última norma. Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGCAP prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, si bien en los antecedentes de la propuesta de resolución, se indica que el acuerdo de incoación del expediente también se notificó al avalista, lo cierto es que a diferencia de lo que ocurre con el contratista, no se aporta al expediente soporte documental alguno del cumplimiento de dicho trámite.

La omisión de este trámite de audiencia vicia de nulidad radical al procedimiento de resolución del contrato, por *mor* de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que se ha prescindido de un requisito esencial del procedimiento que puede generar indefensión a la entidad avalista la cual se vería afectada en sus intereses legítimos en el caso de incautarse la garantía sin haber tenido la oportunidad de alegar lo que a su defensa convenga.

En este caso, correspondería completar el expediente con la acreditación documental adolecida, sin embargo, dado que se ha solicitado el dictamen

con carácter de urgencia y que como más adelante veremos no concurre causa de resolución del contrato, este Consejo en aras del principio de celeridad y eficacia de la actuación administrativa, no considera procedente en este caso tal aportación, sin perjuicio de que si se insta un nuevo expediente en virtud de otra causa, deba acreditarse el cumplimiento del trámite.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. En el caso examinado, figura incorporado el informe de la Secretaría General en relación con la resolución por incumplimiento de los requisitos previstos en la cláusula decimosexta del pliego, (folio 36 del expediente administrativo). Por el contrario, no existe ninguna constancia de que se haya emitido el de la Intervención, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, susceptible de subsanación.

Otra cuestión en relación con el procedimiento estriba en que la propuesta de resolución del contrato no se pronuncia sobre la incautación de las garantías, señalando que una vez emitido dictamen por este Consejo Consultivo, la resolución que se dicte se pronunciará sobre la incautación de las garantías y la indemnización de daños y perjuicios de que deba indemnizar el contratista.

La resolución del contrato en virtud de la causa consignada en el artículo 111 g) de la LCAP, lleva aparejada de acuerdo con lo establecido en el artículo 113.4 de la misma, la incautación de la garantía en el caso de incumplimiento culpable del contratista.

La apreciación de la concurrencia de las circunstancias relativas a la culpabilidad del contratista, y por ende de la incautación de la garantía, es también una cuestión que debe ser dictaminada por el Consejo Consultivo

cuando se le traslada el expediente de resolución del contrato, por lo que no puede hurtarse tal cuestión del dictamen resolviendo en un momento ulterior a la actuación del Consejo, que por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el 3.4 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, constituye el último dictamen que en relación con cada expediente cabe emitirse. Por lo expuesto, la propuesta de resolución sometida a dictamen debería haber contenido asimismo propuesta sobre la eventual incautación de la garantía.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 270/09 de 20 de mayo.

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada, el expediente de resolución aún no estaría caducado, ya que el inicio del mismo tuvo lugar mediante

Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de agosto de 2009 y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 9 de septiembre de 2009.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento que debe seguirse para acordar la resolución del contrato, debemos estudiar si procede o no la resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para informe del presente Consejo Consultivo.

Pretende el Ayuntamiento la resolución del contrato por “*incumplimiento del resto de obligaciones contractuales esenciales*”, causa ésta prevista en el artículo 111 g) de la LCAP.

En concreto, considera vulnerada la obligación recogida en la cláusula decimosexta del pliego de cláusulas administrativas particulares que se refiere a la genérica obligación del contratista de cumplir las obligaciones legales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social, y de Seguridad e Higiene en el trabajo, con el fundamento de la diligencia de embargo por impago de las cuotas notificadas a la Corporación Municipal con fecha 13 de julio de 2009.

Se plantea si la obligación contenida en la cláusula decimosexta del pliego puede ser considerada como una cláusula contractual esencial a los efectos de considerar su incumplimiento como una causa de resolución del contrato. Entiende este Consejo que cláusulas contractuales esenciales son aquéllas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato.

En todo caso, la interpretación del artículo 111 g) de la LCAP debe hacerse bajo el prisma de la jurisprudencia que considera que para apreciar la existencia de una causa de resolución “*el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial*”, como se establece entre otras en Sentencia del

Tribunal Supremo de 25 junio 2002 RJ 2002\7626 y Sentencia de 2 de abril de 1992 (RJ 1992, 2994).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta a los meros efectos interpretativos, ya que la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 no es aplicable a este contrato, que no toda obligación prevista en un contrato tiene la consideración de obligación contractual esencial, y por lo tanto en la nueva redacción de la Ley se exige para invocar su incumplimiento como causa de resolución del mismo, que el carácter esencial de tales obligaciones contractuales, esté previsto en el pliego o en el contrato.

En este sentido, y respecto del contrato objeto del presente dictamen, podrían considerarse tales, por ejemplo, las que expliciten el horario, coste, lugar y contenido de la actividad asistencial a prestar por el contratista. Ahora bien, consideramos asimismo que la plasmación de obligaciones legales en el texto del contrato o del pliego de cláusulas administrativas no las convierte en obligaciones contractuales esenciales, sino que se trata de obligaciones *ex lege*, exigibles no tanto por la otra parte contratante, como por la exigencia del cumplimiento normativo que impera en todo Estado de Derecho. Esto es, que no corresponde en este caso al Ayuntamiento de Pinto exigir el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de seguridad social al contratista, sino que serán los propios órganos de dicho Organismo los encargados de exigirla, teniendo además los mecanismos para ello.

A mayor abundamiento, como se establecía en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 273/2001 de 30 abril, JUR 2001\190000, *“No es aceptable tampoco la alegación que la Administración demandada hace respecto a la causa determinante de la resolución del contrato por ella adoptado y aquí impugnado, esto es no haber acreditado hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social; y no es aceptable esta*

circunstancia que toma como base el acto administrativo impugnado, porque, aún cuando se hubiere acreditado esta circunstancia antes de adoptar la resolución, una cosa es la "incapacidad" sobrevenida del contratista (individual, a que se refiere el artículo 112, a, de la Ley 13/1995) y otra cosa distinta es que, con posterioridad a la celebración del contrato administrativo, sobrevenga alguno de los supuestos de "prohibiciones para contratar" contemplados en el artículo 20 de la misma Ley y, entre ellos, el de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social (apartado f), porque, como ya ha tenido ocasión de dictaminar el Consejo de Estado (en su dictamen número 1084/95), en un caso como el de autos, "dicha circunstancia de impago es una prohibición de contratar, esto es, una limitación de la legitimación del interesado para celebrar un negocio jurídico, pero - añade - que "las prohibiciones, al igual que las incapacidades, impiden contratar a quienes están incursas en ellas, pero, frente a las incapacidades y caso de sobrevenir después de celebrado el negocio jurídico, las prohibiciones no determinan su extinción, salvo que expresamente se haya convenido así"; salvedad que en el presente caso no se da."

Por lo tanto, no se aprecia la concurrencia de ninguna de las causas de resolución del contrato establecidas en la Ley.

En mérito a lo expuesto, este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento seguido adolece de un vicio de nulidad radical consistente en la falta de audiencia al avalista.

SEGUNDA.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato adolece de un defecto subsanable consistente en la ausencia de Informe de la Intervención de la Corporación.

TERCERA.- No concurre causa suficiente y debidamente acreditada para la resolución, por parte de la Administración Local, del contrato de referencia.

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

Madrid, 23 de septiembre de 2009

