

Dictamen n^o: **545/11**
Consulta: **Consejera de Educación y Empleo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.10.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 5 de octubre de 2011, sobre consulta formulada por la consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1.f).4^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente de resolución del “Contrato de servicio para la organización e impartición de 314 cursos de formación profesional para el empleo, dividido en 99 lotes para su realización en los ejercicios 2010 y 2011, promovido por la Dirección de Área de Formación para el empleo del Servicio Regional de empleo y cofinanciados al 50% por el Fondo social europeo. Lote 90: Atención a las personas Pluricomarcal. Certificado de profesionalidad”, suscrito con la U.T.E. A, en adelante, la contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Educación y Empleo el mismo día, acerca del expediente de resolución del contrato referenciado.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 607/11, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34

apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 5 de octubre de 2011.

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

La directora general del Servicio Regional de Empleo, acordó con fecha 28 de octubre de 2010 la adjudicación provisional del “Contrato de servicio para la organización e impartición de 314 cursos de formación profesional para el empleo, dividido en 99 lotes para su realización en los ejercicios 2010 y 2011, promovido por la Dirección de Área de Formación para el empleo del Servicio Regional de empleo y cofinanciados al 50% por el Fondo social europeo”, lote 90, a la contratista, cuya adjudicación definitiva se produjo el 20 de diciembre de 2010, por importe de treinta y ocho mil seiscientos treinta y cuatro euros y cincuenta y cuatro céntimos (38.634,54 €).

El contrato se formalizó el 19 de enero de 2011.

Con posterioridad, la contratista presenta un escrito datado el 17 de mayo de 2011 –que no está registrado– en el que expone que carece de instalaciones propias para impartir los cursos, por lo que se plantearon alquilar las instalaciones a una entidad ya acreditada pero también indica que las entidades formativas acreditadas no pueden ceder sus instalaciones a un tercero, por lo que, en segunda instancia, se plantearon crear un centro de formación y solicitar su acreditación, lo que desestimaron por no ser de su conveniencia ya que la normativa exige el mantenimiento del centro de

formación durante dos años y la contratista no tenía asegurada la formación durante el año 2012. Por estos motivos expresa que *“a esta entidad le es materialmente imposible llevar a cabo la ejecución de los cursos certificados de profesionalidad y tiene duda si podrá ejecutar los cursos no vinculados a certificados dentro de un mismo lote”*.

El 25 de mayo de 2011 el director del Área de Formación para el Empleo emitió informe en el que expresaba que, con fundamento en las cláusulas 1 y 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), la formación para certificados de profesionalidad ha de realizarse en centros acreditados por el Servicio Regional de Empleo y que dicha acreditación ha de ser previa al inicio de las acciones formativas siendo el incumplimiento de esta condición causa de rescisión del contrato. Concluye que puesto que, según expone la propia contratista, esta acreditación ha sido obtenida procede la resolución.

La directora general del Servicio Regional de Empleo acordó el 16 de junio de 2011 incoar el expediente de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales del mismo por parte del contratista con indemnización a la Administración, en aplicación del artículo 208 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP). Como en el presente caso no existe garantía constituida al haber optado el contratista por retener la misma del precio del contrato, procede un abono del contratista por el importe de dicha garantía.

El acuerdo de inicio del expediente de resolución se notificó a la contratista, según consta en el expediente, el 23 de junio de 2011.

El 4 de julio de 2011 la contratista presenta alegaciones en las que no niega su incumplimiento, pero sí que se trate de un incumplimiento culpable ya que entienden que siendo entidad de formación y no centro de formación lo que ha sobrevenido es una imposibilidad de acreditar un centro para impartir los cursos, circunstancia que califican de

“imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de circunstancias excepcionales y no contempladas en la normativa de aplicación” por lo que entienden que resulta de aplicación el artículo 262 de la LCSP.

Consta en el expediente propuesta de orden de la consejera de Educación y Empleo –sin firmar ni fechar– que declara resuelto el contrato.

El Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid en la Consejería ha emitido informe favorable a la propuesta de orden de resolución del contrato el 31 de agosto de 2011.

En este estado del procedimiento el 13 de septiembre de 2011 la consejera de Educación y Empleo remite el expediente a este Consejo Consultivo para la emisión de informe preceptivo en relación a la resolución del contrato.

El mismo 13 de septiembre la consejera dispuso acordar la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo en aplicación del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, lo que se notificó a la contratista, según consta, el 15 de septiembre.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo*

deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se ha formulado por la consejera de Educación y Empleo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 6/2007, y del artículo 32.1 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, el artículo 195.3 de la LCSP dispone que: “(...) *será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 20 de octubre de 2011.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 195 de la LCSP, en conexión con 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).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del

contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cfr.* artículo 195.1 de la LCSP) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En el caso sometido a dictamen se ha cumplimentado correctamente este trámite puesto que la cláusula cuarta del contrato suscrito recoge que “(...) *en este contrato la garantía definitiva por importe de 1.971,15 euros, se instrumentará como retención de parte del precio*”, a resultas de lo cual la audiencia otorgada a la contratista es suficiente.

Asimismo, al amparo del artículo 109.c) del RGLCAP, se ha emitido informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación y Empleo, de fecha 31 de agosto de 2011, favorable a la pretensión de la Administración de resolver el contrato por incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones contractuales esenciales, con incautación de la garantía. El referido informe se ha emitido con posterioridad al trámite de audiencia concedido al contratista. No obstante, entiende este Consejo que dicha irregularidad no es invalidante al no haberles generado indefensión, en tanto en cuanto el informe no aporta nada nuevo al expediente, limitándose a dar respaldo jurídico a la propuesta de la Administración.

Es preciso realizar una mención, siquiera sucinta al plazo para resolver. El expediente se inició de oficio en 16 de junio de 2011 por lo que en principio el plazo para resolver concluiría en 16 de septiembre de 2011. Sin embargo, consta la notificación a la contratista, como interesada en este procedimiento, de la solicitud del presente dictamen preceptivo advirtiendo de la suspensión del plazo para dictar resolución por el tiempo que medie entre la solicitud y la recepción del presente dictamen por lo que, en aplicación del artículo 42.5 LRJ-PAC hemos de concluir que el plazo para resolver se encuentra suspendido.

TERCERA.- Entrando a considerar el fondo del asunto, es preciso analizar si concurre causa de resolución del contrato.

El acuerdo de incoación del expediente invoca como causa de resolución *“el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”* y cita para su fundamentación jurídica la letra g) del artículo 206 de la LCSP.

A la fecha de incoación del expediente de resolución, dicha causa se encuentra regulada en la letra f) del mismo precepto en virtud de las sucesivas modificaciones de redacción operadas por la Ley 34/2010 de 5 de agosto, en primer lugar y por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en última instancia.

El acuerdo de incoación, en concreto, expresa que la cláusula 41 del pliego de cláusulas administrativas particulares considera obligaciones contractuales esenciales el cumplimiento de lo establecido en las condiciones técnicas de la especialidad.

Por su parte, el pliego de prescripciones técnicas establece en su cláusula 1 que *“cuando la formación a impartir incluya módulos o unidades formativas de alguno de los certificados de profesionalidad vigentes y aprobados por cada Real Decreto, los licitantes deberán cumplir todas las prescripciones técnicas en ellos establecidas. Además, la formación deberá impartirse en un centro acreditado por el Servicio Regional de Empleo, según procedimiento establecido al efecto, realizándose dicha acreditación por todo el certificado de profesionalidad y de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa reguladora que es de aplicación: Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo; en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación y el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad. El centro deberá estar acreditado con carácter previo a la*

impartición de acciones formativas. El incumplimiento de esta condición podrá dar lugar a la rescisión automática del contrato”.

Además, la cláusula 5 del pliego dispone: *“En función de la especialidad formativa, y cuando así se indique en sus condiciones técnicas, deberán cumplirse cuantas otras características y especificaciones se señalan en las mismas. Cuando las especificaciones técnicas se refieran a un certificado de profesionalidad aprobado por Real Decreto, se estará a lo que éste disponga sobre espacios e instalaciones, y a la normativa reguladora de las entidades y centros de formación acreditados para impartir la formación conducente a la obtención de un certificado de profesionalidad”.*

El Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad dispone en su artículo 12.2. b) que *“las acciones formativas correspondientes a certificados de profesionalidad solo podrán impartirse en los centros y entidades de formación públicos y privados acreditados por la Administración laboral competente según lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 35/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo”.*

A la vista del expediente y de las propias manifestaciones efectuadas por la contratista en su escrito de 17 de mayo de 2011 resulta indubitado que carece de centro de formación acreditado para la impartición de cursos para la obtención de certificados de profesionalidad.

Por ello, este órgano consultivo considera que se ha producido un incumplimiento en las obligaciones esenciales del contrato.

CUARTA.- Sentado lo anterior es preciso analizar si procede, como pretende la Administración, incautar la garantía definitiva. El artículo 88.c) de la LCSP hace responder a la garantía definitiva *“de la incautación*

que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”.

Las alegaciones de la contratista en su escrito de oposición a la resolución no niegan ni contradicen la causa de resolución invocada por la Administración –carecer de centro de formación autorizado para la impartición de cursos para la obtención de certificados de profesionalidad– sino que lo que cuestiona es que el incumplimiento en que reconoce haber incurrido sea un incumplimiento culpable del que se derive derecho de indemnización a favor de la Administración.

Sin embargo, esta alegación no puede ser compartida por este órgano consultivo.

El examen de los pliegos pone de manifiesto que en relación a la incautación de la garantía nada distinto se establece a lo previsto en la ley, por lo que hay que estar a lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP, cuyo apartado 4 establece que: *“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”.*

En el caso que nos ocupa, con arreglo a lo que antecede, ha quedado constatado que los incumplimientos han sido debidos al contratista por lo que procedería la incautación de la garantía definitiva, resultando ajustada a Derecho la propuesta de resolución.

Puesto que, de hecho, no se prestó garantía sino que se acordó retenerla de los pagos del precio del contrato, procedería ahora el pago por parte de la contratista en la forma que se dispone en la propuesta de resolución.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del “Contrato de servicio para la organización e impartición de 314 cursos de formación profesional para el empleo, dividido en 99 lotes para su realización en los ejercicios 2010 y 2011, promovido por la Dirección de Área de Formación para el empleo del Servicio Regional de empleo y cofinanciados al 50% por el Fondo social europeo. Lote 90: Atención a las personas Pluricomarcal. Certificado de profesionalidad”, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, por parte de la contratista, con incautación de la garantía definitiva que, al no haber sido prestada en su momento, sino que se acordó que se retendría del pago del precio del contrato, procede que ahora abone la contratista al Servicio Regional de Empleo.

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, 5 de octubre de 2011