Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **93/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia, mediante oficio registrado el día 21 de marzo de 2022 (Ref. Present. E9SfsshCYtwvP5AV3dUF 21-03-2022), sobre resolución de contrato formalizado con la mercantil Larena Sociedad Cooperativa, por los servicios de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia (exp. 2022_095), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 25 de octubre de 2021 se formalizó el contrato del servicio de "Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del CAI del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia ", entre el Ayuntamiento y la sociedad cooperativa de trabajo asociado "LARENA, S. COOP." ("la empresa", en lo sucesivo), con una duración de cuatro años a contar desde el día siguiente a la firma del contrato y un precio anual de 194.000 euros (exento de IVA), incluyendo entre sus prestaciones las contenidas en el proyecto educativo presentado por ésta (no remitido entre la documentación enviada).

SEGUNDO.- Iniciada la ejecución el día 26 de octubre de 2021, el siguiente día 28 se personó en los locales la responsable del contrato para la comprobación "in situ" de la puesta en marcha del servicio observando que el número de aulas utilizadas eran 7, de lo que, con la distribución de cada una, dejó constancia en el acta levantada con la presencia de la directora del centro, y en la que también se relacionaban las personas presentes que desarrollaban su trabajo: se trataba de 6 educadoras, 1 directora y 1 persona de servicios. Respecto a este extremo se dice en el acta: *"Se Deberá en cumplimiento del punto 1.6.3. del pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato […] Tener contratado el personal imprescindible para el desarrollo del servicio con todas las aulas abiertas (siete aulas como se acaba de comprobar), para satisfacer adecuadamente las exigencias del contrato, debiendo garantizar la cualificación de idoneidad técnica pr ofesional:*

1 Maestro especialista en Educación Infantil (100% jornada laboral 1)

7 Técnicos superiores en Educación Infantil (100% jornada laboral 7)

2 Auxiliares de apoyo (100% jornada laboral 1 y 50% jornada laboral 1)."

Concluye el acta indicando que todas las deficiencias debían subsanarse en el plazo de 20 días y comunicarlo a la Unidad de Servicios Sociales, Educación e Igualdad del Ayuntamiento. De no hacerlo se actuaría según la

normativa.

TERCERO.- En base al acta anterior por la responsable del contrato se elaboró un requerimiento el 9 de noviembre de 2021 para que en el plazo de 10 días hábiles remitiera la documentación acreditativa de la titulación, copia de los contratos, la fotocopia de los documentos TC1 y TC2 de cotización a la Seguridad Social de las personas presentes en el centro de las que el acta dejaba constancia del número, identidad, cualificación profesional y tipo de jornada desarrollada. Concluía el requerimiento aludiendo a la cláusula 21.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que imponía el deber de presentación trimestral de los documentos justificativos de los pagos salariales y a la Seguridad Social y del informe especificando las actuaciones realizadas en cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, así como las incidencias que se hubieran producido en tal trimestre.

El requerimiento, fue puesto electrónicamente a disposición de la empresa el día 9 de noviembre de 2021, siendo rechazada por el sistema por caducidad el siguiente día 20.

CUARTO.- El día 20 de diciembre de 2021, la responsable del contrato evacuó un segundo requerimiento a la vista de la comprobación de la documentación remitida por la empresa mediante escritos de 13 de diciembre anterior. Dicha documentación se dice referida a los contratos, titulaciones del personal, informe de trabajadores en alta en Seguridad Social y al plan de contingencia. El resultado de la comprobación fue que la empresa no disponía de todo el personal necesario para satisfacer adecuadamente las exigencias del contrato, haciendo una enumeración nominativa del personal, con su categoría profesional y tipo de jornada. Como conclusión se requería a la empresa para que adscribiera 2 jornadas completas de educadores de educación infantil, 1 media jornada de educadora de educación infantil y 1 jornada completa de auxiliar de educación infantil, debiendo presentar en el plazo de 5 días la documentación que lo acreditara, advirtiendo de que el incum plimiento pudría ser causa de resolución del contrato. El requerimiento fue notificado el 29 de diciembre de 2021.

QUINTO.- La responsable del contrato evacuó un informe el 18 de enero de 2022 poniendo de manifiesto el incumplimiento por parte de la empresa de los requerimientos que se le habían efectuado, con la advertencia en el segundo de la posible resolución del contrato. Lo hace a la vista de que a 7 de enero de 2022 no se había portado dicha documentación. El informe es remitido al órgano de contratación para su conocimiento y efectos oportunos.

SEXTO.- Por providencia de la alcaldía de 21 de enero de 2022 se requirió el informe de la Secretaría general y el de la Intervención Municipal.

SÉPTIMO.- El 24 de enero de 2022 se levantó un acta de seguimiento del contrato con la asistencia de la responsable del contrato y la directora del centro. Se procedió a relacionar al personal que en esos momentos prestaba servicio en el mismo, identificándolo y dejando constancia del tipo de jornada que tenía cada uno. Así, se acredita la presencia de la directora con una jornada del 100%, de dos técnicos superiores de educación infantil con jornada del 100%, otros cuatro con jornada del 50% y uno más con jornada del 75% y, por último, dos auxiliares de apoyo con jornada del 50%, si bien uno de ellos estaba en situación de baja por enfermedad y no había sido sustituido. En el acta se refleja el incumplimiento observado y el deber de disponer del personal exigido por el contrato en el plazo máximo de cinco días, debiendo comunicarlo a la Unidad de Servicios Sociales, Educación e Igualdad del Ayuntamiento.

OCTAVO.- El Secretario general del Ayuntamiento evacuó su informe el 25 de enero de 2022 indicando que los incumplimientos puestos de manifiesto por la responsable del contrato en su informe 18 de enero de 2022 tenían encaje en las causas de resolución de los contratos si bien, a tenor de la cláusula 26.2 del PCAP, el incumplimiento de obligaciones contractuales calificadas como esenciales *"serán causa de resolución del contrato, salvo que se considere que la actuación es aislada y susceptible de reconducción, y que la resolución del contrato no resulta conveniente para el interés del contrato en cuestión, en cuyo caso se sustituirá por la penalización correspondiente"*.

El Interventor informó el día 28 de enero de 2022 señalando que la penalidad a imponer a la empresa, en caso de optar por tal solución, respetaba el límite del 10% del precio del contrato establecido por el (sic) artículo 212.8 de 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.

NOVENO.- El Pleno del Ayuntamiento, en su sesión del día 3 de febrero de 2022, adoptó el acuerdo de *"Incoar el*

procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de servicios de "Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia" (Expediente 2788/2020)", dando audiencia al contratista y, en caso de que se opusiera, solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico. El acuerdo se notificó a la empresa electrónicamente el día 13 de febrero de 2022.

DÉCIMO.- Antes de recibir esa notificación, el día 3 de febrero de 2022, la empresa había presentado en el registro un escrito con el que adjuntaba un informe de la Seguridad Social de los trabajadores en alta en la empresa a 31 de enero de 2022, y la declaración responsable de cumplimiento de lo exigido por el pliego de condiciones al contar con la plantilla que detallaba (una maestra especialista en educación infantil a jornada completa, 6 técnicos superiores en educación infantil a jornada completa y 2 a media jornada, y 1 auxiliar de apoyo a jornada completa y 2 a media jornada.

UNDÉCIMO.- El 11 de febrero de 2022 se levantó una nueva acta de seguimiento del contrato con la asistencia de la directora del centro. Se constataba en ella el total de aulas (7) abiertas y el de alumnos (99), así como el personal de servicio ese día, comprendiendo la maestra especialista a jornada completa, 7 técnicos superiores en educación infantil, de los que 5 lo eran a jornada completa y 2 a media jornada, 1 auxiliar de apoyo, a media jornada. En el apartado de "otro personal" se indica que hay una persona más de personal de limpieza a media jornada y que otra auxiliar de apoyo con media jornada está de baja por enfermedad, sin que se haya cubierto.

DUODÉCIMO.- El 15 de febrero de 2022 tuvieron entrada en el registro tres escritos de la empresa (con los números 2.340, 2.341 y 2.342) a los que se acompañaba la declaración responsable del cumplimiento de las exigencias de plantilla del pliego de condiciones, un escrito de alegaciones, copia de los títulos del personal contratado, copia de los contratos del nuevo personal, de la modificación de jornada de otros, un informe sobre el personal subrogado, y una certificación de la Seguridad Social comprensiva del informe de trabajadores en alta en la empresa a 14 de febrero de 2022.

En el escrito de alegaciones la empresa expone que había entendido cumplir en todo momento con lo exigido en el PCAP si bien existía una divergencia a la hora de interpretarlo en cuanto a las jornadas de trabajo exigibles. Reproduce el apartado 1.6.3.2 del PPT, en el que no se especificaban jornadas, de modo diferente a como lo hacía el 1.6.4., entendiendo que la apertura del aula 7 sólo exigía la incorporación de una educadora más a tiempo parcial, como se había hecho en los 11 años anteriores. Por eso señalaba *"Tal vez nuestro error haya sido no entender la necesidad de ampliar a jornada completa a 4 educadoras como consecuencia de ampliar en 7 alumnos la ocupación del Centro"*. Y continuaba, *"Una vez aclarada esta situación mediante diversas reuniones, LARENA ha aceptado la interpretación que hace el Ayuantamiento* (sic) *de Fuente Álamo de Murcia de esos apartados del Pliego en cuestión, por lo que desde el 31.01.2020, la plantilla del se rvicio se ajusta a lo que ese Ayuntamiento nos demanda, tal y como justificamos con la documentación adjunta"*.

DECIMOTERCERO.- La responsable del contrato evacuó su informe el día 21 de enero de 2022. En él hace una descripción del desarrollo temporal de lo acaecido desde la formalización del contrato, con mención expresa del contenido de las actas de 24 de enero y 11 de febrero de 2022 (Antecedente Sexto y Undécimo) y a la documentación presentada por la empresa el 8 de febrero de 2022. La conclusión a la que llegó en el acta de seguimiento de 11 de febrero de 2022 era que no se cumplía lo exigido por el contrato dado que, de los 7 técnicos superiores de educación infantil del centro, una de las contratadas a jornada completa (…) estaba siendo sustituida por otra de la misma categoría contratada a tiempo parcial (…), y que de las dos auxiliares de apoyo de la empresa, una contratada a media jornada (…) estaba de baja sin ser sustituida y que sus funciones las había asumido la directora personalmente. A la vista de la situación emitió una opini? ?n desfavorable en su informe por faltar 2 técnicos superiores de educación infantil con jornada completa y 1 auxiliar de apoyo de jornada completa, así como cubrir la baja laboral de la auxiliar que estaba de baja por enfermedad.

DECIMOCUARTO.- La alcaldesa dictó una providencia el día 22 de febrero de 2021 requiriendo a la responsable del contrato la evacuación de un nuevo informe, lo cual hizo el 4 de marzo de 2022. En este se reproduce la cláusula 3.1.3.1. PPT, "gastos de personal", que contiene los cálculos realizados para la cuantificación de dichos gastos, diferenciando tres cuadros, a saber: 1. "Personal de nueva contratación en actuales condiciones de apertura del centro" - para lo que se prevé el correspondiente a 1 maestro especialista de educación infantil y 1 auxiliar de educación en jornada completa– 2. "Costes anuales personal a subrogar según PPT" - en el que se incluye el correspondiente a 2 educadores a jornada completa y 4 a media jornada – y 3. "Personal adicional a contratar por cumplimiento normativa en caso de apertura 100% Centro" - en el que se presupuesta el de 1 educador a jornada completa, 4 educadores a media jornada y 1 auxiliar de educación a media jornada -. Junto

con ello, en el informe se tiene en cuenta la documentación presentada el 15 de febrero por la empresa de la que se observa que es la misma que la adjuntada en sus escritos del 8 de febrero de 2022 (sic), por lo que *"[…] se ratifica en el informe de 21 de febrero de 2022".* En el apartado "Conclusión" del informe se afirma que la empresa no ha dado cumplimiento a la obligación esencial del contrato como es la adscripción de los medios personales necesarios para garantizar la cualificación e idoneidad técnica del personal y materiales de ejecución del contrato, conforme al punto 1.6.3 del PPT y que *"Igualmente, la contratista adjudicataria incumple la obligación contractual de la gestión de las tarifas que los usuarios abonen por el servicio del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo (no aporta justificante de ingreso de las cuotas recaudadas de los usuarios al Ayuntamiento ni el listado d e alumnos desde el mes de diciembre a la fecha de la emisión de este informe).*

DECIMOQUINTO.- El día 18 de marzo de 2022, la alcaldesa formula propuesta de resolución del procedimiento a elevar al Pleno por la que se adopte el acuerdo desestimatorio de las alegaciones formuladas por la empresa en base a los motivos expuestos en el informe de la responsable del contrato de 4 de marzo de 2022, y además: "

"2º.- Resolver el contrato de servicios de "Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia", suscrito entre este Ayuntamiento y "LARENA SOCIEDAD COOPERATIVA" y formalizado en documento administrativo el 25 de octubre de 2021, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales del contrato, como es la adscripción de los medios personales necesarios para garantizar la cualificación e idoneidad técnica del personal y materiales de la ejecución del contrato, conforme al punto 1.6.3. del pliego de prescripciones técnicas y también por el incumplimiento de la obligación contractual de la gestión de las tarifas que los usuarios abonan por el servicio del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo, al no aportar justificante de ingreso de las cuotas recaudadas de los usuarios al Ayuntamiento ni el listado de alumnos desde el mes de diciembre.

3º.- Incautar la garantía prestada por incumplimiento culpable del contrato por parte de la adjudicataria.

4º.- Solicitar Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia al haber formulado la adjudicataria oposición a la resolución del contrato, acompañando copia íntegra del expediente administrativo.

5º.- Suspender el procedimiento de resolución del contrato por el tiempo que medie entre esta petición de Dictamen y su recepción, en los términos establecidos en el art. 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

6º.- Notificar esta Propuesta de Resolución a la adjudicataria".

DECIMOSEXTO.- A la vista de la anterior propuesta, la alcaldesa dictó un decreto el 18 de marzo de 2022 por el que ordenaba la remisión del expediente al Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen preceptivo y suspender el procedimiento de resolución por el tiempo que mediase entre la petición del Dictamen y su recepción.

DECIMOSEPTIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando la copia del expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. - Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por una entidad local de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP),

precepto adjetivo aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo, o el nº 253/2018, de 1 de octubre). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Lo anterior justifica que el presente Dictamen se centre, esencialmente, en la procedencia o no de acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

SEGUNDA. - Régimen jurídico aplicable, plazo máximo de resolución y procedimiento

I. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, mientras que el régimen adjetivo o sobre procedimiento es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso, en ambos aspectos es aplicable LCSP y en el 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 (RGLCAP).

II. La vigencia de la nueva LCSP -desde el 9 de marzo de 2018- al momento en que se acuerda incoar el procedimiento de resolución, el 3 de febrero de 2022, hace que le sea aplicable la regla contenida en su artículo 212.8, en cuya virtud los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Sin perjuicio de lo anterior y para el futuro, tal como dijimos en nuestro Dictamen 245/2021, se debe tener en cuenta que la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos LCSP, entre los cuales se encuentra el artículo 212.8, según el cual, como hemos indicado, los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El TC declara que dicho artículo no es conforme con el orden constitucional de competencias al tratarse de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual, dice el TC, podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública. Por tanto, concluye el TC, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al artículo 212.8 LCSP, aunque, se aclara, no se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras (SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c).

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone en el artículo 38, uno, que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, hecho este que se produjo el 23 de abril de 2021. De ahí debe seguirse que a los procedimientos de resolución contractual iniciados por la Comunidad Autónoma o las Corporaciones Locales con posterioridad a dicha fecha no le sería aplicable, en principio, el plazo de 8 meses para la resolución del procedimiento que establece el citado artículo 212.8 LCSP.

El artículo 34 de la Ley regional 7/2004, de 28 de octubre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, establece que “Los contratos que celebre la Administración regional se regirán por la legislación básica del Estado y por la normativa autonómica de desarrollo de la misma”.

Como hemos dicho en anteriores Dictámenes (por todos el Dictamen 245/21) no existe en la actualidad desarrollo normativo regional en la materia que nos ocupa, por lo que, hasta tanto no se apruebe la misma, una posibilidad para los casos en que la adjudicación se produjo antes de la publicación de la citada sentencia, sería acudir a lo establecido en el último inciso del apartado 3 del artículo 149 de la Constitución española, que establece que “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

Por su parte, el artículo 15, apartado cuatro, de nuestro Estatuto de Autonomía (aprobado por Ley orgánica 4/1982, de 9 de junio), establece, en el mismo sentido, que “El Derecho estatal, en todo caso, es supletorio de las normas de la Comunidad Autónoma”.

Por ello, en casos en que la adjudicación del contrato ha sido anterior a la publicación de la sentencia, ante la ausencia de reglamentación autonómica sobre el plazo de tramitación del procedimiento de resolución contractual, y existiendo una reglamentación completa del mismo (incluido el plazo de resolución) en la normativa estatal (LCSP) y reglamento de desarrollo, hemos considerado que el plazo de resolución contractual en la administración autonómica y local de la Región de Murcia era el de ocho meses, por aplicación supletoria del artículo 212.8 LCSP.

Ahora bien, iniciado el procedimiento mediante Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2022, tal criterio no es aplicable en el presente caso en el que el plazo es de tres meses, si bien, dado que consta que se ha hecho uso de la facultad de suspensión del plazo de resolución previsto en el artículo 22.1.d) LPACAP el procedimiento objeto de Dictamen se encontraría en plazo para resolver.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. La propuesta de resolución del contrato que se somete a Dictamen es resultado de una discrepancia entre la Administración y la empresa en la interpretación del PCAP y del PPT, en cuanto a los medios personales a adscribir en la ejecución del contrato. El desacuerdo surge en la interpretación de las cláusulas 1.6.3. y 1.6.4. PPT que obligan a disponer de un número determinado de técnicos de educación infantil y auxiliares educativos, cuando el centro precise de su ocupación completa – 7 aulas – que deben tener jornada completa, como entiende la Administración, o, no, tal como entiende la empresa puesto que la cláusula 1.6.3.2. PPT literalmente no recoge esa condición, refiriéndose únicamente al número de técnicos y auxiliares, no al tipo de jornada.

II. Antes de entrar en el análisis de la propuesta conviene hacer una consideración sobre la naturaleza de las prerrogativas de que goza la Administración en los contratos administrativos, como modo comprender lo ocurrido. El caso a estudiar trata de un incidente surgido durante la ejecución del contrato que debe ser resuelto mediante el procedimiento establecido al efecto por el artículo 191 LCSP. Ahora bien, la aplicación de ese artículo, común para el ejercicio de todas las prerrogativas de la Administración, no debe esconder cuál es la que realmente se ejercita en cada caso pues, no es lo mismo discrepar de una interpretación hecha por la Administración que hacerlo respecto de su facultad de resolver el contrato. Se impone pues, en primer lugar, advertir sobre la verdadera naturaleza de la prerrogativa que se esté utilizando en el caso.

Hemos dicho que en el caso examinado lo que se pretende es ejercer la prerrogativa de resolver el contrato ante el incumplimiento por la empresa de obligaciones calificadas de esenciales en el contrato. La admisión o no de tales incumplimientos ha de contar con una previa determinación de cuáles sean tales obligaciones, exigiendo así una labor interpretativa sobre si, concretadas sin duda las obligaciones esenciales, se ha producido su inobservancia. Esa labor previa es muy necesaria dada la redacción literal de la cláusula 21.3, c) PCAP según el cual tienen esa naturaleza “Las obligaciones establecidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la adscripción de medios personales y materiales a la ejecución del contrato”. La limitación que pudiera derivarse del tenor literal de esta cláusula, que se refiere a las obligaciones establecidas en “el presente pliego de cláusulas administrativas”, se ve eliminada por la redacci? ?n de su cláusula segunda que expresamente dice: “El objeto del contrato es el de Servicios de "Conciliación de la vida laboral y familiar del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia. El resto de características y especificaciones del objeto del contrato se encuentran recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, redactado al efecto”, convirtiéndolo en referencia necesaria a tal fin.

De lo dicho se deduce que, no cabiendo duda sobre lo exigido al contratista, ha de comprobarse si cabe duda o no respecto a su cumplimiento. En caso de que el primer juicio esté pendiente no podrá pasarse al segundo, encontrándonos con la imperiosidad de una fase previa, la de la interpretación que deba hacerse de dicha circunstancia. Es así como la lógica demanda concatenar los juicios para que el resultado del razonamiento sea respetuoso con las facultades de la Administración y los derechos del contratista. Cabe plantear siempre la posibilidad de que ante la necesidad de ejecutar un contenido específico de los pliegos contractuales el contratista se cuestione el modo de hacerlo surgiendo discrepancias entre lo que él y la Administración entienden. Para solucionar esa cuestión es para lo que la ley otorga a esta última el poder de interpretar unilateralmente los contratos, facultad que es distinta a la de resolverlos en caso de incumplimiento.

Como bien señala el Dictamen del Consejo de Estado número 38/2020, de 19 de marzo, *“Las potestades que el artículo 210 (artículo 190 de la Ley 9/2017) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público confiere a la Administración se configuran como auténticas prerrogativas administrativas que suponen la configuración de*

una situación de desigualdad contractual para las partes, que la ley contempla por razones siempre de interés público. El contrato administrativo o público tiene, pues, una diferencia esencial respecto del privado, cual es la incorporación al mismo, como elemento definidor del contrato en cuanto a su fin, del interés público.

Entre esas prerrogativas se encuentra la de interpretación unilateral del contrato, que la Administración puede imponer al contratista y que éste únicamente puede desvirtuar a través de la interposición del correspondiente recurso ante la jurisdicción competente.

El fundamento de la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato se encuentra en evitar que las posibles divergencias entre la Administración y el contratista acerca del concreto alcance de una cláusula contractual puedan traducirse en un perjuicio para el interés público. Por ello, se ha dicho que esta prerrogativa carece de todo contenido material o sustantivo, pues no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que permita, al menos provisionalmente, garantizar la eficacia de lo pactado o continuar la ejecución del contrato sin interrupciones perjudiciales para el interés general.

Supuesto lo anterior, es claro que el ejercicio de esta prerrogativa ha de ceñirse exclusivamente a la interpretación de las estipulaciones contractuales, que incluyen no sólo las propias del contrato, sino también, como ha reiterado la jurisprudencia, las de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. Todas ellas tienen carácter contractual en la medida en que definen las posiciones de la contratista y de la Administración.

III. La documentación integrada en el expediente pone de manifiesto la existencia de discrepancias entre la Administración y la empresa con relación a los medios personales a adscribir para el cumplimiento del contrato, discrepancia que, al no suscitarse formalmente, no fue resuelta siguiendo expresamente el procedimiento del artículo 191 LCSP ni por el órgano competente, sino que ha llegado a su término con la formulación de la propuesta de resolución, después de la aceptación final de la empresa a los requerimientos formulados por la responsable del contrato.

Desde el comienzo de la ejecución, ya con el levantamiento del acta de inicio el 28 de octubre de 2021, se advierte a la empresa de que *"Se deberá en cumplimiento del punto 1.6.3. del pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato […] tener contratado el personal imprescindible para el desarrollo del servicio con todas las aulas abiertas (7 aulas como se acaba de comprobar), para satisfacer adecuadamente las exigencias del contrato […]"*, y a continuación se concreta en:

"1 Maestro especialista en Educación infantil (100% jornada laboral 1)

7 Técnicos superiores en Educación infantil (100% jornada laboral 7)

2 Auxiliares de apoyo (100% jornada laboral 1 y 50% jornada laboral 1)".

Con idéntica redacción se formuló un primer requerimiento a la empresa el día 9 de noviembre de 2021 y un segundo el 20 de diciembre siguiente. En el acta de 24 de enero de 2022 se da por incumplida la obligación dado el número de trabajadores y las características de su relación laboral, al igual que en el acta de 11 de febrero de 2022. En el informe de la responsable del contrato de 21 de febrero de 2022 se mantiene la misma redacción que en las actas antedichas. Es en su informe de 4 de marzo siguiente en el que no se emplea dicha fórmula apareciendo por primera vez la referencia a la cláusula 3.1.3.1 del PPT en la que se especifican los gastos de personal que se contemplan, para las 7 aulas: 1 maestro especialista a jornada completa, 2 educadores a jornada completa y 8 educadores a media jornada, y 1 auxiliar a jornada completa y 1 a media jornada.

Por su parte, la conducta de la empresa cuyo representante firmó las actas anteriores sin manifestar oposición a su redacción, fue la de ir cambiando en cuanto al número de trabajadores y características de su relación laboral terminando por adaptarse a lo solicitado por la responsable de la empresa, aceptándolo expresamente según

asegura en la alegación segunda de su escrito de 15 de febrero de 2022 en la que, atendiendo a la literalidad de la cláusula 1.6.3.2, afirma que la plantilla se integra por 1 maestro especialista, 7 educadores y 2 auxiliares de apoyo.

Para el estudio de la cuestión conviene reproducir la cláusula 1.6.3. PPT. Su texto es el siguiente:

"1.6.3. Número de aulas máximo en apertura, personal imprescindible para cada aula, número mínimo de alumnado para poder abrirla y número máximo de alumnado por aula:

1. Número de aulas máximas: 7

- 1 aula para niños/as de 4 meses a 1 año

- 3 aulas para niños/as de I a 2 años.

- 3 aulas para niños/as de 2 a 3 años.

Del total de plazas, se reservarán, mínimo 1 plaza por nivel para alumnos/as con necesidades educativas especiales.

2. Personal imprescindible para el desarrollo del servicio con las aulas abiertas:

1 Maestro especialista en Educación Infantil, Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar o título de grado equivalente.

7 Técnicos superiores en Educación Infantil.

2 Auxiliares de apoyo.

La mera lectura de tal cláusula, en la que se basaron las actas y requerimientos de la Administración, demuestra que en ella no existe la precisión en cuanto al tipo de jornada con la que debía vincularse el personal con la empresa, de ahí que en su escrito de alegaciones ésta aluda a dicha redacción como justificativa de su comportamiento. Sin embargo, su desacuerdo no consta que fuese planteado formalmente en ningún momento para que se resolviera por el órgano de contratación, a quien el artículo 190 LCSP atribuye la facultad de interpretar el contrato. Tampoco la responsable del contrato estimó necesaria la intervención de dicho órgano toda vez que actuaba en el pleno convencimiento de que su interpretación era la correcta. No obstante, si como se reconoce en el escrito de alegaciones, fueron distintas las reuniones que se mantuvieron para tratar del asunto, lo más prudente hubiera sido solicitar el ejercicio de dicha facultad ante las versiones contrapuestas exi stentes. No hacerlo implicó la no incoación del procedimiento previsto en el artículo 191 LCSP, pero, aun así, de hecho, salvo la resolución que le pusiera fin, se respetaron los trámites exigidos, fundamentalmente la audiencia del contratista, razón por la cual, la ausencia de dicha resolución no privaría de validez el criterio finalmente mantenido al ser aceptado plenamente por la empresa.

IV. Pero, saber si ese criterio es conforme con la documentación integrante del expediente exige un análisis más profundo al constatar la falta de concreción de la cláusula 1.6.3. PPT en cuanto al tipo de jornada del personal a contratar. Es este un aspecto que sí aparece en el número 2 de la cláusula siguiente. Veamos su redacción:

“1.6.4. Número mínimo de aulas abiertas para la prestación del servicio, que supondrá un coste fijo reflejado en el presupuesto base detallado en este pliego de prescripciones técnicas (incluyendo el/la directora/a del servicio):

1. Número de aulas:6.

1 Aula para niños/as de 4 meses a 1 año.

2 Aulas para niños/as de 1 año a 2 años.

3 Aulas para niños/as de 2 años a 3 años

2. Personal imprescindible para la apertura y desarrollo del servicio inicial:

1 maestro/a de Educación Infantil (jomada 100%)

6 Educadoras Infantiles (2 a jornada 100% y 4 a jornada

50%).

1 Auxiliar de Educación de Infancia (jornada 100%)”.

Como vemos, aquí sí hay una previsión en cuanto al tipo de jornada, pero lo es en relación con la apertura de 6 aulas, no de 7. Como venimos diciendo en la cláusula 1.6.3.2., se específica para 7 aulas, pero no existe esa concreción. El significado de tal omisión ha de ser resuelto, a falta de criterios hermenéuticos específicos en sede de contratos públicos, con el empleo de los criterios de interpretación de los contratos establecidos en el Código civil.

Así, en primer lugar, atenderemos a lo previsto en el artículo 1.280 del Código civil según el cual “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. Es evidente que esa claridad en la letra existe en la cláusula 1.6.3.2. PPT al exigir la asignación de 1 maestro especialista, 7 educadores y 2 auxiliares de apoyo, sin especificación de tipo de jornada. Desde el inicio de la prestación la intención de la Administración fue la de conseguir la aplicación de dicha cláusula, a la que continuamente se venía refiriendo en sus documentos, no a la de la cláusula 1.6.4. PPT que es la que introduce la referencia al tipo de jornada.

Esto obliga a avanzar en la interpretación teniendo en cuenta que el artículo 1.285 del mismo texto legal establece que “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”. Es decir, en el caso dictaminado, hay que atribuir a la cláusula 1.6.3.2. PPT, el sentido que resulta de la lectura del resto de cláusulas del PPT, especialmente de la cláusula 1.6.4 y de la cláusula 3.1.3.1, en las que el tipo de jornada es elemento básico, es decir, que el cálculo del coste de la composición resultante de la plantilla sí tendría que tener en cuenta el tipo de jornada.

Por último, como según dispone el artículo 1.282 del Código civil “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”, y desde el comienzo de la ejecución del contrato la intención de la Administración, finalmente aceptada por la empresa, fue la de que se tuviera en cuenta ese dato de modo que la plantilla debía estar integrada por 1 maestro especialista a jornada completa, 7 educadores a jornada completa y 2 auxiliares, uno a jornada completa y otro a media jornada, esta es la interpretación a la que finalmente cabe llegar con la aplicación de los criterios interpretativos.

Lo que procede ahora es determinar si la obligación de adscripción de medios personales se ha incumplido por la empresa, supuesto en el que tratándose de una obligación esencial acarrearía la posible resolución del contrato. Para su determinación se debe tener en cuenta el momento en el que cabe exigir el cumplimiento de la misma. De este modo, si hubiera existido un acto del órgano de contratación resolviendo el procedimiento de interpretación

del contrato desde ese momento es desde el que cabría exigirlo. Así lo dispone el número 4 del artículo 191 LCSP que dispone “Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”. Ahora bien, tal acto no ha sido dictado sino que ha sido el acuerdo entre la empresa y la Administración el que ha resuelto la discrepancia, de modo que, a esa fecha es a la que cabe acudir como hito inicial de la exigibilidad de cumplimiento según ha quedado fijado el cont enido de la obligación esencial. Al no haber documento alguno que refleje el acuerdo a que tras las reuniones celebradas se llegó nos vemos obligados a tomar como referencia la fecha en la que la empresa hace manifestación expresa de su consentimiento, lo cual ocurrió mediante la presentación de su escrito de alegaciones el día 15 de febrero de 2022. Es pues a partir de dicho momento cuando puede calificarse la conducta de la empresa como incumplidora o no de la obligación esencial.

Entre la documentación presentada por la empresa el 15 de febrero de 2022 figuran distintos documentos acreditativos de la observancia de las condiciones del contrato en los términos finalmente acordados. Entre ellos, por su especial relevancia, cabe citar el certificado de la Seguridad Social de 14 de febrero de 2022 sobre los trabajadores en alta en la empresa, informando de los datos de identidad y tipo de contrato vigente en ese momento, apareciendo un total de 11 trabajadores: 1 maestro especialista a tiempo completo, 8 técnicos educativos – 6 a jornada completa y 2 a tiempo parcial – y 2 auxiliares a tiempo parcial. La información es la misma que la incluida en otro certificado anterior, a 31 de enero de 2022, salvo en lo referente al tipo de contrato de la señora (…). Si comparamos dichos datos con lo pretendido por la Administración en el acta de inicio de actividades de 28 de octubre de 2021 se detectan diferencias en el número de técnicos que según ella deb ían ser 7 a tiempo completo y los realmente dados de alta a 14 de febrero de 2022 son 6 a tiempo completo y 2 a tiempo parcial, y en la composición de los auxiliares que según el acta debían ser 1 a tiempo total y 1 a tiempo parcial, y según el certificado había 2 a tiempo parcial.

Esas diferencias demuestran un incumplimiento de la obligación de asignación de medios personales, si bien, la gravedad de la infracción puede ser objeto de valoración por el órgano de contratación puesto que los incumplimientos de las obligaciones esenciales no generan siempre y en todo caso la resolución del contrato. Así lo dispone la cláusula 26.2 PCAP que establece que “Se consideran muy graves los incumplimientos por parte del adjudicatario de cualquiera de las condiciones especiales de ejecución establecida en la cláusula 20 de este pliego de cláusulas particulares, así como el incumplimiento de las obligaciones contractuales calificadas como esenciales establecidas en la cláusula 21.3 del mismo. Estos incumplimientos serán causa de resolución del contrato, salvo que se considere que la actuación es aislada y susceptible de reconducción, y que la resolución del contrato no resulta conveniente para el interés del contrato en cuestión, en cuyo caso se su stituirá por la penalización correspondiente”.

A esta cláusula han hecho referencia en sus informes tanto el Secretario general del Ayuntamiento como el Interventor general, sugiriendo al órgano de contratación la posibilidad de imponer penalidades en lugar de decretar la resolución del contrato, posibilidad con la que se muestra de acuerdo este Consejo Jurídico visto el alcance de los incumplimientos y teniendo en cuenta su entidad en relación con la importancia de un contrato cuya duración es de 4 años y su importe tan elevado. Se atendería mejor el “interés del contrato” manteniendo el vínculo existente con las correcciones que sean precisas antes que resolviéndolo y emprendiendo un nuevo procedimiento de licitación para el que se necesita contar con el tiempo suficiente a fin de evitar vacíos temporales en la cobertura de la necesidad pública atendida con el mismo, y teniendo en cuenta la trayectoria de la empresa, que ha resultado seleccionada en un procedimiento abierto con las garantías que el mismo a porta, y tras la prestación satisfactoria del servicio durante más de 11 años según ella misma afirma, aseveración que no ha sido contradicha por la Administración.

V. Una última consideración debe hacerse sobre un extremo añadido en el informe de 4 de marzo de 2022 de la responsable del contrato. En él, además de referirse por primera vez a la cláusula 3.1.3.1. PPT, como sustentadora de la apreciación del incumplimiento, se añade una nueva causa justificativa de la resolución no tenida en cuenta en toda la tramitación seguida. Se dice que “Igualmente, la contratista adjudicataria incumple la obligación contractual de la gestión de las tarifas que los usuarios abonen por el servicio del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo (no aporta justificante de ingreso de las cuotas recaudadas de los usuarios al Ayuntamiento ni el listado de alumnos desde el mes de diciembre a la fecha de la emisión de este informe)”. Esta conclusión se ha asumido en la propuesta de resolución, pero sobre ella no ha tenido ocasión de pronunciarse la empresa toda vez que no se le ha dado audiencia, como debiera, para que no incurra en indefensión. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, pero, como también dispone el artículo 88 de la Ley 39/2015, de

1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) *“Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba*”. Si se pretende resolver el procedimiento sería necesario, o no invocar esta última causa o, de hacerlo, antes de tomar la decisión final habría que ponerla de manifiesto a la empresa para que pudiera alegar lo que a su derecho convenga. Esto llevaría a que, de mantener la intención de resolver incl uyendo esta causa adicionada, tuviera que formularse una nueva propuesta y remitirse nuevamente a este Órgano consultivo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del contrato de servicios de “Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del CAI del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia ", por el incumplimiento de su obligación esencial de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato por las razones expuestas en la Consideración Tercera IV.

SEGUNDA.- Deberá reformularse la propuesta de resolución eliminando la referencia al incumplimiento de la obligación contractual de la gestión de las tarifas que los usuarios abonen por el servicio del Centro. En caso de mantenerse como causa justificativa de la resolución deberá darse audiencia a la empresa antes formular la propuesta y remitir nuevamente el expediente a este Consejo Jurídico, remisión que no será precisa si ahora se opta por la imposición de penalidades.

No obstante, V.S. resolverá.