Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **205/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 8 de septiembre 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 oficios registrados los días 18 de julio (Registro 202290000385656) y 3 de agosto de 2022 (referencia presentación: hbTtHXWXom6Z5R8p1s7d), 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_242), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El presente expediente trae causa del que fue objeto de nuestro Dictamen 93/2022, de 29 de abril (con los errores corregidos por Acuerdo número 11/2022), por lo que damos por reproducidos sus Antecedentes a los que se han de incorporar los relativos a las actuaciones posteriores a su recepción por el Ayuntamiento. Dicho Dictamen se mostraba desfavorable con la propuesta de 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, por el incumplimiento de la empresa de su obligación esencial de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato, debiendo formularse la propuesta eliminando la referencia al incumplimiento de la obligación contractual de gestión de las tarifas que los usuarios abonaban por el servicio al centro o, en caso de mantenerse como causa justificativa, darse audiencia a la empresa antes de formular la propuesta y remit irla nuevamente al Consejo Jurídico, remisión que no sería necesaria si se optaba por la imposición de penalidades en lugar de por la resolución del contrato.

SEGUNDO.- Recibido el anterior Dictamen en el Ayuntamiento, el día 4 de mayo de 2022 la responsable del contrato se personó en el centro de atención a la infancia (CAI) y, en presencia de una educadora infantil en representación de la empresa, levantó un acta dejando constancia de la ausencia y sus causas del personal que enumera, de la redistribución de los niños entre el personal presente, de las quejas expuestas por la representante de la empresa sobre la insostenible situación laboral de las trabajadoras que no percibían sus salarios, carecían de material didáctico en las aulas, y de los defectos de limpieza y otras.

TERCERO.- El 10 de mayo de 2022 la alcaldesa remitió a la empresa un requerimiento de ese mismo día de la Intervención Municipal sobre el estricto cumplimiento de la obligación de ingreso en la tesorería municipal de los precios públicos de matrícula y asistencia al centro establecida en la cláusula 21.2 del PCAP, de acuerdo con las normas para el cumplimiento de dicha obligación aprobadas por la Junta de Gobierno Local el 27 de octubre de

2021. En él se indicaba que en los meses de octubre y noviembre de 2021 la empresa sí había cumplido con su obligación pero que *"[…] a partir del mes de diciembre de 2021 inclusive, LARENA viene reteniendo indebidamente el producto de lo recaudado por cuotas de matrícula y asistencia al Centro, no habiendo ingresado el importe de lo recaudado de los usuarios en la cuenta corriente de titularidad municipal IBAN ES88 ---- ---- designada al efecto, conforme al siguiente detalle, en el que no se incluyen los datos correspondientes al mes de abril de 2022 aún no comunicados por LARENA […]"*.

La Intervención Municipal hacía constar que al no haberse cumplimentado los trámites administrativos exigidos, las facturas presentadas por la empresa por la prestación de sus servicios no eran líquidas y exigibles por lo que no procedía su compensación con el producto de la recaudación tal como pretendía ella, incurriendo en retención indebida de los ingresos públicos recaudados por cuenta del Ayuntamiento, aplicándolos a fines propios sin causa de justificación, incurriendo sus responsables en el ilícito penal regulado por el artículo 432 del Código penal.

El total de ingresos retenidos por la empresa ascendía a 37.568,75 euros en esa fecha. Se le concedía un plazo de diez días para que cumplimentase el requerimiento ingresando en la cuenta corriente de titularidad municipal la citada cantidad que correspondía a los ingresos de diciembre de 2021 y enero, febrero y marzo de 2022, así como que remitiera la relación de alumnos asistentes en el período comprendido entre el 1 de abril de 2022 y la fecha de recepción del mismo, acompañando el resguardo de ingreso de lo recaudado en el indicado período, advirtiendo de la incautación de la fianza depositada en caso de incumplimiento con las consecuencias contractuales derivadas de dicha situación y, como medida cautelar, acordaba la suspensión de sus actuaciones respecto a la gestión y recaudación de las cuotas del centro.

La notificación del requerimiento dirigido a la empresa, a su directora y al Sr. X, fue puesto a disposición de la directora el día 10 de mayo de 2022, siendo rechazada por caducidad electrónicamente el día 21 de mayo siguiente.

La dirigida al Sr. X corrió la misma suerte y en las mismas fechas.

CUARTO.- El 12 de mayo de 2022 la responsable del contrato se personó en el centro para girar una visita de inspección en la que estuvo acompañada por la directora. De la misma se levantó acta en la que se ponía de manifiesto que continuaba la situación insostenible por la falta de personal, lo que suponía un incumplimiento del contrato vigente, atribuyendo la directora la conducta de no cobertura de las bajas y vacantes a la falta de cobro de los salarios durante varios meses. La responsable del contrato hacía constar la inexistencia de medidas preventivas de situaciones de riesgo requiriendo a la Policía local para que procediera a la identificación, aula por aula, del personal presente. Terminaba el acta señalando que se requiere a la directora para que comunicase a la empresa que en el plazo de cinco días debería cumplir las exigencias contractuales de personal. Consta en el expediente copia del acta de inspección levantada por la Policía local en la que figuran las personas presentes en el centro y la participación de un tercero, marido de la directora, que manifestó *"Que la empresa, de la que es socia su mujer,- Y-, tenía problemas con el Ayuntamiento y debían resolverlos en el Juzgado, marchándose a continuación"*.

QUINTO.- El 17 de mayo de 2022 se celebró una reunión entre los representantes de la empresa y de la corporación municipal. La solicitud de la reunión partió de la empresa. En el acta que se levantó consta la posición del Ayuntamiento manifestada por la alcaldesa reafirmando la existencia de incumplimientos continuados del mínimo de personal exigible, lo que repercutía en la calidad del servicio e impedía dar la conformidad a las facturas expedidas para su cobro, junto con el incumplimiento relativo a la gestión de las tarifas. Por su parte la

empresa estimaba que los problemas se eliminarían si se hicieran efectivos los pagos adeudados, mostrando su conformidad con la imposición de penalidades frente a la resolución del contrato. Finalmente, la alcaldesa señaló que se iba a continuar con el procedimiento de resolución.

SEXTO.- El 24 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro un escrito de alegaciones de la empresa sobre el requerimiento formulado por la Intervención municipal. Se decía que tras 11 de años de servicios sin incidencias, en octubre de 2021 se celebró un nuevo contrato entre la empresa y el Ayuntamiento, con una duración de cuatro años y precio anual de 194.000 euros. Que el dinero que ingresaba el Ayuntamiento se destinaba por el centro al pago de los trabajadores, material, luz o agua entre otros gastos básicos. Que tan solo 3 días después de formalizar el nuevo contrato el Ayuntamiento se personó en el centro y *"[…] en base a un presunto leve incumplimiento, DEJÓ DE ABONAR ÍNTEGRAMENTE LOS SERVICIOS PRESTADOS e inició un expediente para resolver el contrato"*, lo que suponía que la empresa llevaba más de 7 meses sin ingresar un solo euro, lo que suponía un enriquecimiento injusto y un abuso de derecho generador de graves daños y per juicios al centro y a los menores. El Ayuntamiento había dejado de abonar 16.666,67 euros mensuales por los servicios prestados (descontadas las tarifas abonadas por las familias). Además, tampoco había devuelto la garantía del anterior contrato que ascendía a más de 30.000 euros. Hacía una consideración sobre la mora del acreedor y los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la existencia de *mora accipiendi,* y que podía hacer valer en su favor la *"exceptio non adimpleti contractus"* porque al no haber cumplido el Ayuntamiento con su obligación no estaba legitimado para exigir a la empresa el cumplimiento de la suya. Procedía aplicar penalidades y no bloquear a la concesionaria del contrato, que ya descontaba en sus facturas las tarifas recaudadas, anunciando la presentación de escritos de denuncia ante el Juzgado de Instrucción y la Fiscalía por si las irregularidades cometidas por el Ayuntamiento pudieran ser constitutivas d e delito.

SÉPTIMO.- El 1 de junio de 2022 se recibió en el Ayuntamiento un escrito de la empresa comunicando la suspensión del contrato por demora en el pago de más de 4 meses en aplicación del artículo 198.5 de la Ley de Contratos del Sector Público.

OCTAVO.- El 2 de junio de 2022 la responsable del contrato evacuó un pormenorizado y minucioso informe a petición de la alcaldía, acompañado de numerosa documentación, una ya obrante en el expediente anteriormente remitido y otra nueva (correos electrónicos de los usuarios denunciando las irregularidades y carencias en la prestación del servicio), reiterando la situación actual y continuada desde el inicio de la vigencia del contrato del incumplimiento de la obligación esencial de adscripción de los efectivos de personal que debían cubrir la prestación del servicio, ni del pago de los salarios a los trabajadores, a tenor de lo recogido en el contrato celebrado con la empresa, así como la inobservancia de la cláusula 21.2 del PCAP sobre la gestión de las tarifas que los usuarios debían abonar.

NOVENO.- El secretario general del Ayuntamiento evacuó un informe el 3 de junio de 2022. Partía de señalar la diferente naturaleza jurídica del contrato vigente y del que ligó a ambas entidades en períodos anteriores, contrato éste último de gestión de servicio público mientras que el ahora existente era un contrato de servicios en el que no se transfiere el riesgo operacional al contratista que solo tiene derecho a percibir el precio pactado, siendo esta la única contraprestación que puede percibir, no pudiendo ser remunerada mediante el pago de las tarifas de los usuarios respecto de las cuales queda obligado a su gestión aplicando las "Normas de gestión de los ingresos CAI" aprobadas por la Junta de Gobierno Local el 27 de octubre de 2021 y de conformidad con la cláusula 21.2 del PCAP. Tras señalar la normativa de aplicación se centraba en el estudio de las causas de resolución de los contratos, incidiendo en la configuración como obligaci ón esencial de la establecida en la cláusula 21.3 c) PCAP relativa a la adscripción de medios personales a la ejecución cuya contravención había sido puesta de manifiesto en el informe de la responsable del contrato de 2 de junio de 2022. Señalaba también el incumplimiento que suponía el impago de los salarios a los trabajadores. Concluía estimando concurrente la causa de resolución puesta de manifiesto en el informe de 2 de junio de 2022 pero que la valoración de si procedía o no acordar la resolución a la vista del interés del contrato correspondía al órgano de contratación.

DÉCIMO.- El 7 de junio de 2022 el interventor municipal emitió un informe sobre el requerimiento de los ingresos de derecho público que se había dirigido a la empresa y las alegaciones por ella formuladas.

Parte de la afirmación de que el reconocimiento y pago de las facturas presentadas por la empresa relativas a los servicios prestados los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero, febrero y marzo de 2022 no había podido realizarse al haber sido rechazadas por aplicación del artículo 311.3 LCSP, pues constaba acreditado el incumplimiento de obligaciones esenciales por la empresa y retener indebidamente en su poder el de los precios públicos por matriculación y asistencia abonados por los usuarios cuya gestión se obligó a asumir contractualmente. Constando el rechazo en el registro electrónico de facturas (FACe) no era posible su aprobación, requisito imprescindible para que según el artículo 198 LCSP, se iniciara el cómputo del plazo de treinta días para su abono, impidiendo por tanto estimar concurrente la causa de suspensión del contrato por la demora en el pago superior a los cuatro meses, debiendo ser desestimada su alegación.

UNDÉCIMO.- El 13 de junio de 2022 el interventor municipal formuló un nuevo informe en el que aludía al requerimiento acordado el 10 de mayo anterior, y a la vista de la desatención del mismo por los tres responsables a los que solidariamente se dirigía, no habían procedido al abono de las cantidades retenidas. A ello se unía que el 3 de junio de 2022 se habían recibido en el registro electrónico determinadas facturas emitidas por la empresa en las que reconocía retener en su poder, a cuenta de ellas, las cantidades correspondientes a cuotas de matrícula y/o asistencias al CAI, lo que suponía un total de 55.621 euros entre diciembre de 2021 y mayo de 2022, por lo que procedía incautar la fianza depositada en metálico en garantía del cumplimiento del contrato por importe de 38.800 euros el 26 de agosto de 2021, debiendo garantizarse el cobro de los 16.821,25 euros no cubierto por la fianza incautada, a las personas requeridas solidariamente.

Analizaba a continuación las alegaciones presentadas por la empresa al requerimiento recibido. Desestimaba la relativa a la existencia de un vínculo de más de 11 años entre ambas entidades puesto que la naturaleza de los contratos pactados era distinta, contrato de gestión de servicio público inicialmente, y contrato de servicios en la actualidad. No debía admitirse el impago de todas las facturas porque la correspondiente al mes de octubre de 2021 fue conformada por la responsable del contrato y posteriormente abonada. Tampoco era cierto que solo tres días después de la formalización del contrato se hubiera iniciado el expediente de resolución puesto que se acordó el 3 de febrero de 2022. Tampoco era cierto que se hubiera subsanado el defecto de adscripción de los medios personales dado que quedaba acreditado en el expediente el incumplimiento reiterado de tal obligación, impidiendo el abono de las facturas que se presentaron. No puede estimarse la alegación de que había cumplido con el pago de los salarios tal como quedaba acreditado en el expediente por las manifestaciones de las propias trabajadoras. Por último, niega que el Ayuntamiento hubiera incurrido en *mora accipiendi* porque no se cumplían los requisitos exigibles toda vez que los impagos derivaban del previo incumplimiento por la empresa.

DUODÉCIMO.- El 15 de junio de 2022 se levantó una nueva acta de seguimiento del contrato en la que vuelve a ponerse de manifiesto la falta de personal, que 5 trabajadores llevaban casi cuatro meses sin percibir sus salarios y otros 3 no lo habían hecho desde que iniciaron la prestación de sus servicios. Los patios de recreo estaban sucios, había desorden, la cocina estaba sucia, las aulas y el pasillo seguían sin las luces encendidas, los educadores no disponían de proyecto educativo, etc. Al acta se adjuntaban diversas fotografías del estado del centro.

DECIMOTERCERO.- El Pleno del Ayuntamiento celebró una sesión extraordinaria del día 16 de junio de 2022 en la que adoptó diversos acuerdos:

1º. Acordó desestimar la solicitud de suspensión del contrato planteada por la empresa. El acuerdo fue notificado a la empresa el día 22 de junio de 2022.

2º. En la misma sesión el Pleno adoptó un acuerdo sobre la resolución del requerimiento formulado por la Intervención municipal, considerando incumplida solidariamente por la empresa y las dos personas requeridas de ingresar las cantidades en concepto de derecho público generados en el CAI, cobrados a los usuarios, e incautar la fianza depositada por la empresa de 38.800 euros, garantizando los 16.821,25 euros restantes con los derechos que en su caso correspondieran a la empresa por los servicios prestados, una vez desaparecieran los obstáculos que impedían su abono y, en lo que excediera de ellos, procediendo contra el patrimonio de las dos personas requeridas. Intentada la notificación electrónica de dicho acuerdo al Sr. X fue rechazada por caducidad. La misma suerte corrió la intentada a la Sra. Y. Sí fue notificada el día 22 de junio de 2022 a la empresa.

3º. Archivar el procedimiento de resolución del contrato incoado por acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2022 sin perjuicio de mantener y dar por válidos todos los actos y trámites realizados en el expediente.

4º. Adoptó el acuerdo de incoar procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento continuo y reiterado de las obligaciones esenciales de la empresa, del pago de los salarios a los trabajadores y de las normas de gestión de ingresos del CAI, archivando el procedimiento instruido con anterioridad por ser imposible su reconducción pero manteniendo y dando por válidos todos los actos y trámites realizados, dando audiencia a la empresa y facultando a la Alcaldía-Presidencia para la realización de cuantos actos de trámite fueran precisos para facilitar la conclusión del expediente. El acuerdo fue notificado a la empresa el día 20 de junio de 2022.

DECIMOCUARTO.- El día 6 de julio de 2022 la empresa presentó en el registro un escrito de alegaciones en el que afirmaba, en primer lugar, la concurrencia de nulidad del procedimiento por haber sido notificado el acuerdo de inicio con anterioridad al de finalización del anterior procedimiento. En segundo lugar, volvía a llamar la atención sobre el hecho de que su trayectoria como contratista del servicio superaba los once años y sin que se hubiera habido incidencia alguna en ese período. En tercer lugar, venía a reiterar los argumentos empleados en su escrito de alegaciones de 24 de mayo de 2022 en los que venía a afirmar que los incumplimientos imputados por el Ayuntamiento a la empresa eran, en realidad, originados por él mismo al no abonar las facturas presentadas.

DECIMOQUINTO.- El secretario general del Ayuntamiento emitió un nuevo informe el día 8 de julio de 2022. Al analizar las alegaciones de la empresa consideró no existir la causa de nulidad del nuevo procedimiento porque a tenor de la redacción del acta de la sesión del Pleno celebrada el 16 de junio anterior, el acuerdo de archivar el expediente anterior había sido adoptado con anterioridad al de incoación del nuevo procedimiento, y que las notificaciones fueron tramitadas con respeto de la normativa aplicable careciendo de fundamento la alegación de nulidad del procedimiento.

DECIMOSEXTO.- La responsable del contrato evacuó el día 11 de julio de 2022 un informe sobre las alegaciones de la empresa en el que consideraba que debían desestimarse porque:

1º. Respecto a la duración de la relación entre la empresa y el Ayuntamiento insistía en que a lo largo del tiempo habían existido dos contratos distintos, uno de gestión de servicio público y otro de servicios, con regímenes

jurídicos diferentes, incluyendo, este último, la gestión de los ingresos del CAI.

2º. Analizaba la alegación relativa a que lo que se había producido era un “leve” incumplimiento de su obligación de incorporar determinados medios personales en la ejecución del contrato, y que a los tres días de iniciada la Administración había iniciado un expediente para su resolución, refutándola al amparo de la documentación obrante en el expediente, entre la que constan las distintas actas de inspección levantadas, no iniciándose el procedimiento de resolución hasta cinco meses después del inicio de la ejecución del contrato.

3º. La empresa nunca había velado por el bienestar, seguridad e integridad física de los menores y no había cumplido con el número de jornadas laborales que debía destinar a la atención de las 7 aulas, ni había cubierto las bajas por enfermedad, habiendo contratado personal en prácticas como responsable de aula, y dispensado la comida a los niños por la propia presidenta de la empresa y personal de limpieza sin la titulación requerida.

4º. Los incumplimientos en que había incurrido la empresa eran múltiples, además del de la obligación esencial de incorporar medios personales. Entre ellos señalaba:

- No haber garantizado la cualificación e idoneidad técnica del personal

- No haber conservado las instalaciones del CAI ni mantenido en perfecto estado de funcionamiento y limpieza.

- Falta de vigilancia de los menores durante la siesta; la acogida de los menores se realizaba por personal sin titulación académica mínima, juntando los de distintas edades con riesgo para su integridad física.

- Falta de colaboración de la empresa con los técnicos municipales en el seguimiento diario del servicio.

- No facilitar información sobre los ingresos del importe de los seguros sociales del personal contratado ni la información trimestral justificativa del pago de los salarios.

- No haber satisfecho los salarios durante varios meses como manifestaban las propias trabajadoras.

- No haber prestado el servicio atendiendo al desarrollo afectivo y a la gestión emocional, como ponía de manifiesto en su informe la Psicóloga municipal.

El informe concluía que debían desestimarse las alegaciones.

DECIMOSEPTIMO.- El interventor municipal evacuó un informe el día 12 de julio de 2022 en el que analizaba también las alegaciones de la empresa destacando, en primer lugar, su presentación fuera del plazo concedido. En segundo lugar, y por lo que al informe de la Intervención citado en el Acuerdo de 16 de junio se refería, proponía la desestimación de las alegaciones porque no desvirtuaban el contenido de del acuerdo plenario. Sus conclusiones eran:

1º. Que estaban debidamente acreditados los incumplimientos contractuales esenciales del contrato relativos a la adscripción de medios personales en número de trabajadores, titulación y jornada de trabajo, y materiales necesarios para la adecuada ejecución del contrato; falta de pago de los salarios a los trabajadores con su

retención del IRPF; falta de abono puntual de las cotizaciones a la Seguridad Social, e indebida retención de las cantidades abonadas por los precios públicos por matriculación y asistencia de los alumnos.

2º. Ninguna alegación enervaba o desvirtuaba los incumplimientos denunciados.

3º. No estaba justificada la atribución al Ayuntamiento del bloqueo de los pagos debidos a la empresa al no haber llegado a nacer las obligaciones por el rechazo de las facturas presentadas por no haberse prestado los servicios satisfactoriamente, si bien, una vez acordada la resolución, se debería practicar la liquidación en la que incluir las cantidades que le correspondieran por la prestación de sus servicios.

DECIMOCTAVO.- La alcadesa formuló propuesta de resolución del contrato el día 18 de julio de 2022 al considerar que por parte de la empresa se estaban incumpliendo desde el inicio, y de forma reiterada, sus obligaciones esenciales, situación que no era susceptible de reconducción, debiendo estar al interés de los menores que era el verdadero interés público a proteger. Con base en el expediente tramitado y la normativa de aplicación, proponía al Pleno la adopción de los siguientes acuerdos:

"1º.- Desestimar las alegaciones presentadas por la Mercantil adjudicataria "LARENA SOCIEDAD COOPERATIVA" mediante escrito NRE 2022-6546 en base a los motivos contenidos en los informes emitidos por el Secretario General de fecha de 8 de julio de 2022, por la Jefa de la Unidad de Servicios Sociales, Igualdad y Educación de fecha de 11 de julio de 2022 y por el Sr. Interventor Municipal de fecha de 12 de julio de 2022, transcritos anteriormente y que acreditan el incumplimiento por parte de la mercantil adjudicataria de sus obligaciones esenciales del contrato, tal y como ya se hacía constar en los informes técnicos del Secretario General de 3 de junio de 2022, de la responsable contrato de fecha de 2 de junio de 2022 y del Sr. Interventor Municipal de fechas 10 de mayo y 13 de junio de 2022, emitidos para el inicio del expediente de resolución del contrato.

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 no adscripción al Centro de los medios personales (en nº de trabajadores obligatorios, titulación y jornada de trabajo); la falta de adscripción de los medios materiales necesarios para la adecuada ejecución del contrato según la legislación sectorial aplicable y los Pliegos reguladores; la falta de pago de los salarios a los trabajadores y su retención de IRPF,; la falta de abono puntual de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social; y, la indebida retención en su poder destinándolos a usos ajenos al centro de los precios públicos por matriculación y asistencia de los alumnos del Centro, de cuya gestión e inmediato ingreso en arcas municipales está LARENA contractualmente encargada.

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".

DECIMONOVENO.- En ejecución de dicha propuesta dictó un decreto el 18 de julio de 2022 con el que remitió al Consejo Jurídico la propuesta y acordó suspender el procedimiento de resolución del contrato por el tiempo que mediare entre ella y la recepción del Dictamen en aplicación de la previsión del artículo 22.1.d.) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

VIGÉSIMO.- En tal estado de tramitación se recibió la petición de Dictamen preceptivo en la fecha indicada en el encabezamiento del presente, acompañando copia del expediente instruido.

VIGÉSIMOPRIMERO. - Mediante Acuerdo nº 20 de 27 de julio de 2022 (remitido el 1 de agosto) el Consejo resolvió, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.2.4º, en relación con el 47.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento, solicitar a la Autoridad consultante que subsanara determinadas discordancias de lo remitido, con suspensión del plazo para emitir Dictamen.

La subsanación se produjo a través de un nuevo oficio de la Alcaldesa que tuvo entrada en el Consejo Jurídico (sede electrónica) el día 3 de agosto de 2022

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. 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).

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 la LCSP y 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, 16 de junio de 2022, en atención al criterio sostenido en diversos Dictámenes de este Órgano Consultivo, al ser posterior a la fecha de publicación de la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), que 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, obliga a considerarlo no aplicable al caso por lo que el plazo para su conclusión es de tres meses.

Habiendo hecho uso de la facultad de suspensión del plazo prevista en el artículo 22.1.d.) LPACAP, iniciado por acuerdo de 16 de junio de 2022, se está en plazo para resolver dentro del legalmente establecido.

III. No debe confundirse este procedimiento con el que fue objeto de nuestro Dictamen 93/2022, a pesar de que el asunto sobre el que recae sea el mismo. Aquel terminó por acuerdo del Pleno (punto tercero del orden del día de la sesión extraordinaria de 16 de junio de 2022) que decretó su archivo. Éste es fruto de un acuerdo del mismo órgano y de la misma fecha, pero adoptado con posterioridad pues se incluyó como el punto cuarto de la referida sesión. Es relevante esta circunstancia para desestimar la alegación formulada por la empresa sobre la nulidad de su incoación estando “vivo” un procedimiento con el mismo objeto. Además de no encajar en ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 47 LPACAP, no es cierta esa afirmación puesto que el acto de finalización del primero ya estaba adoptado. Que la notificación pudiera producirse después de la correspondiente al inicio del nuevo procedimiento no afecta a la validez del mismo como pretende la empresa.

TERCERA. Sobre el fondo del asunto.

I. Aunque acabamos de indicar que el procedimiento sobre el que ahora se dictamina es diferente del que examinamos en nuestro Dictamen 93/2022, es lo cierto que el fondo de la cuestión suscitada no lo es, razón por la cual fue acertada la decisión de convalidar las actuaciones en él realizadas conservando la documentación del expediente instruido e incorporándola al nuevo. Esto nos permite invocar los razonamientos que en aquel se hicieron sobre la cuestión de fondo sometida a enjuiciamiento y que, dado el acervo documental con que se contaba, lo fue en un sentido desfavorable a la resolución propuesta.

En ese momento se estimó que, considerando resuelto el problema de interpretación planteado respecto al número y tipo de jornadas a incorporar por la empresa en la ejecución del contrato en la fecha en que ésta hizo reconocimiento expreso de aceptación del criterio mantenido por la Administración (15 de febrero de 2022), los documentos obrantes en el expediente servían para constatar su acatamiento formal, pues se adjuntó el certificado de la Seguridad Social de 14 de febrero sobre los trabajadores en alta en la empresa, prácticamente coincidente con lo requerido por la Administración, con ligeras diferencias que permitían a este Consejo calificarlas como faltas sin la gravedad suficiente para determinar la resolución sin más, teniendo en cuenta que ésta es el último remedio legalmente previsto y que los propios órganos del Ayuntamiento hacían expresa salvedad a la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de una obligación esencial, no se decretara la resolu ción del

contrato sino que se impusieran penalidades. Ello junto con el hecho de que las afirmaciones de la empresa sobre su trayectoria ejemplar como contratista del Ayuntamiento en un periodo dilatado de ejercicios, no puestas en cuestión por el Ayuntamiento, llevaron a vislumbrar una situación fáctica y jurídica completamente diferente de la que ahora se plasma en el expediente remitido, propiciando una reconsideración del juicio enunciado.

Nos referimos al hecho de que en el momento presente se han incorporado al expediente documentos, posteriores a los examinados en el primer Dictamen, que acreditan la conducta de la empresa que demuestra su contumacia, manteniendo reiteradamente distintos incumplimientos a lo largo del tiempo.

II. 1. El primero de ellos es el relativo a su obligación, calificada de esencial en la cláusula 21.3 PCAP, respecto del número y características del personal que debía adscribir a la ejecución del contrato. La responsable del contrato lo ha puesto de manifiesto en sus informes de 2 de junio y 11 de julio de 2022, con apoyo en las actas de seguimiento del contrato de 4 y 12 de mayo, y 15 de junio de 2022. La situación descrita en esta última (Antecedente Duodécimo), a la que se acompaña un reportaje fotográfico del estado de las instalaciones, no deja duda sobre los incumplimientos denunciados. Igualmente, la inobservancia de dicho mandato es constatada en el acta de la Policía Local de 22 de mayo de 2022 en la que se relacionan nominalmente las personas presentes en dicho momento. Ninguna de esas afirmaciones ha sido desvirtuada por prueba alguna de contrario por la empresa.

2. El impago de los salarios y su correspondiente retención del IRPF también ha quedado demostrado en el expediente por las mismas actas antedichas, así como por la ausencia de los documentos que los debían demostrar en aplicación de las previsiones del PCAP, hecho que tampoco ha sido contradicho por la empresa.

3. La empresa ha reconocido que retiene el importe de las cuotas de matrícula y de asistencia correspondientes a los precios públicos que los usuarios deben abonar por el servicio, incumpliendo así otra obligación contractual establecida en la cláusula 21.2 PCAP, desarrollada en cuanto a su forma de cumplimiento por el acuerdo de Pleno de 27 de octubre de 2021, notificado electrónicamente a la empresa el mismo día. A tenor de las normas de gestión de dichos ingresos, la empresa debía gestionar las altas, bajas y asistencias de los alumnos al centro así como el cobro de las cuotas manteniendo permanentemente actualizada dicha información a disposición del responsable municipal del contrato y, transcurrido el plazo de pago, ingresar mensualmente el importe recaudado en una cuenta corriente de titularidad municipal remitiendo mensualmente el resguardo del ingreso al responsable del contrato que lo debería conformar o, en su caso, formular los reparos que procedieran. Como hemos dicho, la empresa reconoce en sus escritos de alegaciones de 24 de mayo y 6 de julio de 2022 que retiene el importe recaudado, haciendo prueba de este incumplimiento.

Sobre este extremo, además de por posibles responsabilidades contables, conviene incidir, pues la empresa justifica su conducta en el hecho de que el Ayuntamiento retiene los pagos de los que ella es acreedora por la prestación del servicio, atribuyéndose una facultad de la que no goza y desconociendo, a la vez, que ella no es acreedora de la Administración mientras no se reconozcan expresamente las obligaciones, porque el régimen de reconocimiento y pago de las obligaciones contractuales en el ámbito administrativo cuenta con una normativa específica que parte de la aplicación de la que se conoce como *"regla del servicio hecho"* (artículo 21.2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; artículo 189.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y 198.1 y 210 LCSP). Esta regla demanda la previa acreditación del cumplimiento de las obligaciones por part e del contratista para poder exigir su pago a la Administración, que está obligada a comprobar si la prestación ha sido ejecutada en los términos pactados. De no ser así, no pueden reconocerse las obligaciones ni, por tanto, hablarse de obligaciones vencidas y exigibles y, por consiguiente, imputarse demora en su pago respecto del plazo legalmente establecido, dado que su inicio depende de que tal reconocimiento se produzca. Esto impide admitir dicha demora en el pago como causa de suspensión del contrato invocada por la empresa, como acertadamente hizo el

Ayuntamiento en su acuerdo de 16 de junio de 2022.

Como bien exponen los órganos preinformantes, especialmente los informes del Interventor municipal de 15 de junio y 12 de julio de 2022, no pudieron reconocerse las obligaciones por la prestación del servicio porque no se conformaron las facturas presentadas en el registro electrónico FACe, frustrando su vencimiento y exigibilidad.

Dicho lo anterior, es necesario descartar la figura de la compensación como fórmula de extinción de las obligaciones al no estar expresamente contemplada entre las formas de pago de las obligaciones nacidas de este contrato y, más aún, porque no tratándose de obligaciones vencidas y exigibles, faltarían requisitos esenciales de dicha fórmula de extinción, tal como correctamente afirmó el Interventor municipal en su requerimiento de 10 de mayo de 2022.

III. Entre las causas de resolución de los contratos reguladas en el artículo 211 LCSP figura el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato siempre que así hubieran sido reconocidas como tales en los respectivos pliegos. En el caso examinado vemos que concurre dicha causa junto con otros incumplimientos que por sí solos podrían justificar la extinción de la relación contractual al prevalecer sobre su mantenimiento por razones de interés público, concretadas en el expediente en la defensa de los intereses de los menores, destinatarios directos de la prestación, tal como fundadamente entiende el órgano de contratación.

IV. Como consecuencia, se estima concurrente una causa de resolución imputable al contratista con los efectos que de ello se derivan a tenor de lo establecido en el artículo 213.3 LCSP según el cual *"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada"*. Su cuantificación deberá efectuarse en expediente contradictorio a instruir tras el acuerdo de resolución.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del contrato de "Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del Centro de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia", celebrado entre dicha entidad y "Larena, Sociedad Cooperativa", el 25 de octubre de 2021, por las razones y con los efectos previstos en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.