

Dictamen nº: **162/17**
Consulta: **Alcalde de San Sebastián de los Reyes**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **20.04.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de abril de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Sebastián de los Reyes, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de “*Servicio de información y atención telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes*”, formalizado entre el Ayuntamiento de la citada localidad y la mercantil SERVICIOS SOCIALES DE TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante “*la empresa*”, “*la mercantil*” o “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes.

A dicho expediente se le asignó el número 103/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la

Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

Con fecha 23 de marzo de 2017, y conforme a los artículos 14.1.g) y 19 del ROFCJA, se solicitó al alcalde de San Sebastián de los Reyes que completara el expediente, con la remisión de la notificación efectuada a la compañía avalista del decreto de suspensión del plazo legal de resolución del procedimiento. Tal actuación se llevó a efecto por el citado Ayuntamiento, por lo que tuvo entrada la documentación interesada en esta Comisión Jurídica Asesora el 30 de marzo de 2017, reanudándose el plazo interrumpido a tenor del artículo 19 del ROFCJA.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 20 de abril de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido que se encuentra numerado por documentos, pero que no se señalan en ellos, ni foliado, como es preceptivo, lo que dificulta el examen del mismo, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Por decreto nº 1917/2016 de 9 de agosto de la alcaldía del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, se aprobó el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) para la prestación del servicio de información y atención telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes.

La cláusula 27 del PCAP, expresa que *“el contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diera al contratista la Administración”*.

La cláusula 28 del PCAP, tiene el siguiente contenido:

«28.- Subrogación de personal:

Actualmente prestan el servicio cuatro operarios de servicios, sujetos a contrato laboral de entidad privada, y respecto de los cuales existe obligación de subrogación por el adjudicatario en los términos del convenio colectivo del sector “contact center” vigente. A tales efectos, los costes laborales del personal a subrogar son, actualmente, según datos facilitados por la prestataria del servicio actual, los siguientes..”.

Aquí, el PCAP incluye una tabla que relaciona a dicho personal e indica, respecto de cada uno de ellos, su antigüedad (1/4/2007, 17/3/2005, 1/7/2006 y 18/1/2006), contrato, % jornada (parcial o completa), categoría (grupo profesional II), salario bruto al mes y pluses (de complemento de puesto y de suplidos de convenio). Y a continuación de la tabla, finaliza la cláusula:

“El coste total por trabajador resultará de incrementar el salario bruto anual con los costes laborales y de seguridad social que obligan al empresario”.

El Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de “contact center” (código de convenio número 99012145012002), inscrito en el correspondiente Registro y publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE Núm. 179, de 27 de julio de 2012) por Resolución de 12 de julio de 2012, del director general de Empleo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, señala en su artículo 18, en relación a los cambios de empresa de “contact center” en la prestación de servicios a terceros que:

“Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de

Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:

1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla.

2. Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:

2.1. Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa, a partir de la publicación del Convenio el 90 % de la nueva plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.

2.2. A los efectos de llevar a cabo la elección de los trabajadores, la misma se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación de servicios en la campaña; 10% formación recibida durante la campaña y 40% selección.

3. Para llevar a cabo la nueva contratación de aquél personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña, la nueva empresa contratista de Contact Center vendrá obligada a respetar las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos.

De la misma forma, se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre

que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de sucesión.

Se respetará el tiempo y la formación consolidada en la anterior empresa, a los únicos efectos de la formación profesional.

Se respetarán los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible.

Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el trabajador.

No habrá período de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año.

4. La nueva empresa constituirá una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, para aquellos trabajadores que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado para cada campaña. De producirse vacantes en tal campaña durante el plazo de tiempo señalado, la empresa vendrá obligada a cubrirlas con el personal de dichas bolsas, salvo que tuviera trabajadores con contrato indefinido pendientes de reubicación, quienes, en todo caso, tendrán preferencia absoluta para ocupar dichas vacantes.

5. Los representantes legales de los trabajadores, cuando no exista en la nueva empresa dentro de la provincia donde se va a ejecutar la campaña representación legal de los trabajadores, mantendrán su condición por el tiempo indispensable hasta la celebración de elecciones sindicales en dicha circunscripción y empresa”.

La cláusula 33 del PCAP, rubricada como *“Resolución del contrato. Incumplimiento del contratista”*, señala: *“Se estará a las causas generalmente previstas en los arts. 223 y 286 a 288 del TRLCSP”*, esto es, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

La cláusula 36 del PCAP, refleja que *“el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas anexo tienen carácter de ley inter partes...”*.

2.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, en sesión de 26 de julio de 2016, acordó declarar desierto el procedimiento de contratación basado en tales pliegos e iniciar un nuevo procedimiento de contratación negociado sin publicidad, en el que se mantuvieron los PCAP con sustitución y supresión de diversas cláusulas, según Anexo II a dichos PCAP, de 8 de agosto de 2016.

Tras presentar la empresa reflejada en el encabezamiento de este dictamen su oferta final, el 5 de septiembre de 2016, el contrato le fue adjudicado por decreto nº 2284/16, de 27 de septiembre del concejal Delegado de Contratación.

3.- Con fecha 6 de octubre de 2016, se formalizó en documento administrativo el contrato de *“Servicio de información y atención telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”*, con la firma del referido concejal por las facultades conferidas por acuerdo de delegación de la Junta de Gobierno Local de 7 de julio de 2015, y del representante de la citada empresa.

El objeto del contrato se recoge en su cláusula PRIMERA con el siguiente contenido:

“Objeto: Servicio de información y atención telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, conforme a los pliegos de cláusulas que se unen al presente contrato formando parte del mismo.

En caso de discrepancia prevalecerán las estipulaciones del contrato sobre las de los pliegos y la del pliego de cláusulas particulares sobre el de prescripciones técnicas.

Son objeto igualmente del contrato todas las mejoras propuestas por el adjudicatario en su oferta que se incorpora como anexo al presente contrato y del que forma parte inseparable, comprometiéndose expresamente a ejecutarlas”.

A su vez, la cláusula TERCERA establece la duración del contrato de servicio en estos términos: *“Plazo de ejecución: La prestación del servicio se realizará desde el 16 de octubre de 2016 y por un plazo de dos años pudiéndose prorrogar por un periodo de igual duración sin que el contrato pueda exceder de cuatro años...”.*

En el contrato se reflejan como antecedentes: los PCAP a que anteriormente nos hemos referido, que se unen al contrato formando parte del mismo; la indicada adjudicación; y la constitución de fianza por el adjudicatario en cuantía de 7.450,77€ de garantía definitiva y 67,40€ de gastos de licitación.

4.- El 10 de octubre de 2016, la empresa presenta en el Registro del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes un escrito por el que renuncia a dicha adjudicación aduciendo que su oferta la realizó atendiendo a las condiciones del convenio colectivo de *“contact center”* y no como una subrogación plena como interpreta el personal a contratar.

5.- El 8 de noviembre de 2016, la empresa presenta en el citado Registro otro escrito, en el que refleja que no tiene obligación de subrogarse en la antigüedad de los contratos laborales previos lo que entiende contrario a los PCAP y al artículo 18 del convenio de “*contact center*”, para el que el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa lo es a los únicos efectos de la promoción profesional, y no a los efectos de una hipotética indemnización por despido futura, por lo que entiende que su actual empleadora es la que tiene que extinguir los contratos indefinidos de esos trabajadores e indemnizarles conforme a lo que la ley dispone.

6.- El 14 de noviembre de 2016, el jefe del Servicio de Contratación del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes notifica a la contratista un escrito de esa misma fecha, en el que señala que la empresa saliente entiende que ha de finiquitar la relación laboral en la forma ordinaria pero no indemnizar una antigüedad pues no se está produciendo un despido. Añade que las trabajadoras afectas al contrato han manifestado estar conformes con la implícita renuncia a la antigüedad con la suscripción del nuevo contrato en que se respetaría el sueldo bruto que actualmente les retribuye sin contemplar complemento de antigüedad. Refleja que el Ayuntamiento ha de estar al margen de las relaciones laborales que generen sus contratos administrativos, y que se está produciendo un incumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

Asimismo, el escrito indica que a efectos de determinar las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del mismo, se abre el periodo de información previa previsto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y a tal efecto otorga a la empresa un plazo de cinco días naturales para que manifieste en su caso la voluntad de cumplir el contrato firmado con las cláusulas que definen el mismo en el PCAP y lo anteriormente señalado.

7.- El 17 de noviembre de 2016, la contratista presenta un escrito en el Registro del citado Ayuntamiento en el que indica que es su voluntad cumplir el contrato firmado con el Ayuntamiento pero que la anterior empresa tiene que extinguir sus contratos con las trabajadoras e indemnizarles.

8.- El Acuerdo del concejal Delegado de Contratación de 15 de diciembre de 2016, refleja que la empresa, al participar en la licitación del contrato, asumió el contenido de los PCAP; que la no asunción de la prestación del servicio por parte del contratista constituye un incumplimiento culpable de la obligación más esencial del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223.f) del TRLCSP, que no puede quedar supeditado a la relación de la anterior empresa con sus antiguos trabajadores, sin que pueda alegar desconocimiento de las condiciones, pues se encontraban incorporadas en el PCAP; y que conforme al artículo 225.3 del TRLCSP, el contratista debe indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, haciéndose efectivo, en primer término, sobre la garantía constituida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad contractual en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

Por ello, acuerda incoar el procedimiento de resolución del contrato, otorgar trámite de audiencia a la empresa, e incautar la garantía consignada con aval bancario otorgando plazo de audiencia a la compañía avalista.

La notificación del citado acuerdo a la empresa y a la compañía avalista, se realiza el 20 de diciembre de 2016.

9.- Con escrito de 22 de diciembre de 2016, el jefe de Servicio de Contratación del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, solicita al Interventor municipal que reduzca la retención de crédito

correspondiente al ejercicio 2016 efectuada para el contrato del que se ha incoado expediente de resolución, en determinada cuantía, para poder suscribir un contrato menor con la empresa que realmente está prestando el servicio por la falta de ejecución de la actual adjudicataria.

10.- El 23 de diciembre de 2016, se recibe en el citado Ayuntamiento un burofax de la contratista, con un escrito de alegaciones al expediente de resolución de contrato, en el que vuelve a reiterar que no ha de hacerse cargo de los costes derivados de la antigüedad y que su oferta la preparó partiendo de esa base, por lo que entiende que la única salida posible es la renuncia que planteó ya que no hay incumplimiento alguno por su parte, y menos aún, culpable. Solicita el archivo del procedimiento, aceptar su renuncia y devolverle la garantía.

11.- Con escrito de 3 de enero de 2017, el jefe de Servicio de Contratación del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, solicita a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento y al Interventor municipal que emitan informe en relación al procedimiento de resolución culpable del contrato, y señala que la cláusula 28 del PCAP explicitaba los costes laborales del personal a subrogar, recogiendo el salario bruto mensual y la antigüedad de cada trabajador, sin que ahora se esté introduciendo ningún concepto nuevo por lo que no resulta admisible la pretendida justificación ofrecida por la mercantil en relación a su incumplimiento contractual. Añade que la compañía avalista no ha efectuado alegaciones.

El interventor general prestó su conformidad a lo reflejado en el anterior escrito, con fecha 12 de enero de 2017. Por su parte, la Asesoría Jurídica del citado Ayuntamiento emitió informe de 24 de enero de 2017, en el que considera que la empresa ha incumplido su obligación de subrogación del personal, ya que las cuestiones de índole laboral corresponden a la estricta relación entre empresario y trabajador y a la obligación de prestar el servicio que constituye el objeto mismo del

contrato, lo que considera causa suficiente para la resolución del contrato. Añade que el órgano de contratación debe establecer los daños y perjuicios de los que deba responder el contratista.

12.- Obran en el expediente, diversas actuaciones tendentes a cuantificar los daños perjuicios ocasionados por la empresa a la Administración, que incluyen:

-Petición de informe al Servicio de Recursos Humanos del repetido Ayuntamiento e informe del jefe de ese Servicio, de fechas 3 y 7 de febrero de 2017, respectivamente.

-Informe del jefe del Servicio de Contratación de 8 de febrero de 2017, de evaluación de daños y perjuicios por resolución culpable de contrato, que contempla los costes derivados por la prestación del servicio por la anterior empresa y los costes de personal del Ayuntamiento, en ambos casos según una estimación de tiempo variable para la tramitación de los distintos procedimientos. Este informe se notifica como trámite de audiencia a la contratista y a la empresa que está prestando el servicio que comunica que no va a hacer alegaciones.

-Escrito de la contratista, presentado en el Registro del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes el 23 febrero de 2017, oponiéndose al expediente de evaluación de daños y perjuicios, por no haber un incumplimiento contractual por su parte y porque los plazos y horas de trabajo del personal resultan arbitrarios, señalando además unos daños que considera que se le han producido a ella.

13.- Con fecha 27 de febrero de 2017, el jefe del Servicio de Contratación formula propuesta de resolución del procedimiento de resolución del contrato, en el que considera que la empresa asumió el contenido de los PCAP en el que se incluyen explícitamente los costes laborales del personal a subrogar, recogiendo el salario bruto mensual y

la antigüedad de cada trabajador, por lo que su no prestación del servicio contratado es un incumplimiento contractual de obligación esencial, que califica como culpable ya que no puede supeditar el cumplimiento del contrato a una actuación de la empresa saliente, que es una cuestión puramente laboral y no prevista en los pliegos, a lo que suma que las condiciones eran conocidas por la empresa al figurar expresamente en el PCAP.

La propuesta entiende que concurre la causa establecida en el artículo 223.f) del TRLCSP, *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*, al no haberse, ni siquiera, iniciado la ejecución del contrato formalizado entre la empresa y el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes. Añade que, de acuerdo con el artículo 22.1.d) de la LPAC, procede suspender el plazo máximo de resolución por el tiempo que medie entre la solicitud y la recepción de dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

14.- Por decreto nº 428/17 de 28 de febrero, del concejal Delegado de Contratación, adoptado según Acuerdo de delegación de la Junta de Gobierno Local de 7 de julio de 2015, se resuelve suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento de resolución culpable del contrato, en los términos señalados en la propuesta de resolución de constante cita, con notificación a los interesados y cuenta al Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes.

Consta en el expediente que la suspensión se ha notificado a la contratista, a la empresa que está actualmente prestando el servicio y a la compañía avalista.

15.- El alcalde de San Sebastián de los Reyes, con escrito de 2 de marzo de 2017, al que se dio salida ese mismo día, solicita la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y

adjunta copia del expediente abierto por el Ayuntamiento. Como expresamos anteriormente, tal escrito y expediente tuvo entrada en este órgano consultivo el 14 de marzo de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“(...) la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada 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: (...) d. 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 del sector público”,* y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, *“(...) por los Alcaldes-Presidentes de las mismas [las Entidades Locales] (...).”*

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por decreto nº 2284/16, de 27 de septiembre del concejal Delegado de Contratación, por las facultades

conferidas por acuerdo de delegación de la Junta de Gobierno Local de 7 de julio de 2015, estando vigente el TRLCSP, por lo que será la normativa aplicable al contrato, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental.

En ese último aspecto, esto es, la normativa aplicable al procedimiento de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (44/16 de 28 de abril, 132/16 de 26 de mayo, 435/16 de 29 de septiembre, 71/17 de 16 de febrero, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 15 de diciembre de 2016, lo que supone la aplicación del precitado TRLCSP y del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Por ello, conforme a la consideración de derecho primera, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

TERCERA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 del TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

Por su parte, los artículos 210 y 224 del TRLCSP, atribuyen la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 211 y el establecido en desarrollo de la Ley. Es ese órgano quien ha de proceder tanto a la incoación del procedimiento como, tras su tramitación, a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

En el presente caso, conforme a la cláusula 4 del PCAP, el contrato fue adjudicado por el concejal Delegado de Contratación, por las facultades conferidas por acuerdo de delegación de 7 de julio de 2015 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, que también incoó el procedimiento de resolución el 15 de diciembre de 2016. Actualmente, San Sebastián de los Reyes es un municipio de gran población conforme al artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), por lo que, a tenor de lo prevenido en la disposición adicional segunda del TRLCSP, es la Junta de Gobierno Local el órgano competente para aprobar la resolución propuesta, sin perjuicio de que se realice por el órgano que tenga tal facultad delegada.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige también la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

Se ha dado audiencia al avalista.

Por otra parte, de acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, por lo que, como

hemos expuesto en la consideración anterior, conforme al artículo 211.3.a) del TRLCSP resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ha sido solicitado.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora 435/16 de 29 de septiembre, 59/17 de 9 de febrero y 71/17 de 16 de febrero, entre otros). Habida cuenta del carácter de municipio de gran población que tiene la entidad local, resulta de aplicación el apartado 8 de la disposición adicional segunda del TRLCSP, que señala que *“los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación”* y *“los actos de fiscalización se ejercen por el Interventor de la Entidad local”*, y los artículos 129 y 134 de la LRBRL.

Consta en el expediente, que inmediatamente después del inicio del procedimiento de resolución por Acuerdo del concejal Delegado de Contratación de 15 de diciembre de 2016, se ha procedido a dar audiencia a la contratista y a la compañía avalista, y consta también el informe de conformidad de 12 de enero de 2017 de la Intervención Municipal y el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de 24 de enero de 2017.

El trámite de audiencia ha de ser el último a efectuar, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (cfr. artículo 82 de la LPAC).

Bien es cierto que los informes jurídico y de intervención han sido emitidos con posterioridad al trámite de audiencia, lo que, sin embargo,

no ha supuesto indefensión al contratista a juicio de este órgano consultivo ya que no se han puesto de manifiesto otras cuestiones que no estuvieran planteadas con anterioridad por lo que no procede la retroacción del procedimiento conforme al criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 331/11 de 22 de junio, 374/11 de 6 de julio, 604/11 de 2 de noviembre y 410/13 de 25 de septiembre), que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 97/16 de 12 de mayo, 332/16 de 21 de julio, 397/16 de 8 de septiembre y 516/16 de 17 de noviembre, entre otros.

En relación con el informe de valoración de daños y perjuicios, y como indicamos en el citado dictamen 59/17 de 9 de febrero: *“el Consejo Consultivo en sus dictámenes 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero y 24/13 de 23 de enero, señaló la posibilidad de existencia de un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios existentes en la liquidación del contrato separado del procedimiento de resolución contractual y sobre el cual no era necesario un pronunciamiento del dicho órgano consultivo”*.

El artículo 225.3 del TRLCSP determina que en caso de incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados y que 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 presente caso, con el acuerdo de inicio se dispuso la incautación de la garantía, y obran en el expediente diversas actuaciones tendentes a cuantificar los daños y perjuicios ocasionados por la empresa a la Administración, si bien en la propuesta de resolución no se contiene pronunciamiento expreso sobre tales daños y perjuicios más

allá de combatir las alegaciones hechas por el contratista a los criterios para su cuantificación, sin tener en cuenta que el artículo 225.4 del TRLCSP exige que el acuerdo de resolución contenga pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

Sobre este aspecto nos pronunciaremos más adelante, si bien en este momento ya advertimos: por una parte, que la determinación de los daños y perjuicios habrá de hacerse en un procedimiento separado del procedimiento de resolución contractual habida cuenta del requisito de efectividad y certeza de los daños, que no permite utilizar expectativas o estimaciones como hace la Administración al incluir el factor tiempo en relación a los costes derivados por la prestación del servicio por la anterior empresa y los costes de personal del Ayuntamiento –segundo supuesto respecto del que, a mayor abundamiento, consideramos que la documentación no justifica su existencia-; y por otra parte, que en ese procedimiento contradictorio separado habría que conferir el trámite de audiencia al contratista y a la compañía avalista, si su resolución desplegara sus efectos en primer lugar sobre la garantía constituida.

Las actuaciones posteriores obrantes en el expediente, han sido la formulación de una propuesta de resolución para resolver el contrato, la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplican con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En estos términos se pronunció esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 44/16 de 28 de abril, el 127/16 y el 132/16 de 26 de mayo, el 397/16 de 8 de septiembre, y el 435/16 de 29 de septiembre, entre otros, asumiendo doctrina del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, era doctrina del Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano consultivo (dictámenes 115/13 de 3 abril y 188/13 de 8 de mayo). Este criterio ha sido acogido por la Comisión Jurídica Asesora en nuestros dictámenes 62/16 de 5 de mayo, 528/16 de 24 de noviembre y 125/17 de 23 de marzo, entre otros.

En iguales términos se han pronunciado otros consejos consultivos, por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09, que señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda “*dadas las dificultades para un efectivo*

control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”.

En ese dictamen se considera que “parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 15 de diciembre de 2016 mediante Acuerdo del concejal Delegado de Contratación del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, se suspendió por Decreto de 28 de febrero de 2017 del mismo concejal Delegado, y se solicitó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora el 2 de marzo de 2017, en que salió del registro del citado Ayuntamiento.

La suspensión se ha comunicado a la contratista, a la empresa que está prestando el servicio y a la compañía avalista, por lo que no ha caducado.

CUARTA.- La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como anteriormente lo hacía la legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de

aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: “...si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

QUINTA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

En los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución se invoca el artículo 223.f) del TRLCSP, que establece: “Son causas de resolución del contrato: f) El incumplimiento de las restantes obligaciones

contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

La ejecución del contrato tenía que haberse iniciado el 16 de octubre de 2016, ya que en su formalización se establece que la prestación del servicio se realizará desde esa fecha y por un plazo de dos años prorrogable por un periodo de igual duración.

Sin embargo, ya el 10 de octubre de 2016 la contratista presentó un escrito en el que decía renunciar a la adjudicación, y llegada la fecha correspondiente no procedió a la ejecución a que venía obligada por el contrato suscrito con la Administración, por los motivos que refiere en ese y distintos escritos que obran en el expediente, que en síntesis reflejan tener un criterio sobre la cláusula 28 del PCAP relativa a la subrogación del personal, exigiendo una actuación de la anterior empresa empleadora para cumplir el contrato firmado por su parte.

Del expediente resulta que la contratista no inició la ejecución, ni está ejecutando el contrato de servicios formalizado con el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, pese a que el citado Ayuntamiento le trasladó el parecer de las trabajadoras y advirtió de que la Administración ha de estar al margen de las relaciones laborales que generen sus contratos administrativos, y que la prestación del servicio no puede quedar supeditada a la relación de la anterior empresa con sus antiguos trabajadores.

La Administración considera que se ha producido el incumplimiento por parte del contratista de la obligación más esencial del contrato, que es su ejecución misma, sin que pueda admitirse que se supedite la ejecución a que la empresa saliente indemnice previamente a los trabajadores por la antigüedad acumulada por cada uno, al ser esta una cuestión de índole puramente laboral y no prevista en los pliegos. Tal incumplimiento se califica de culpable por la específica previsión en los

PCAP de la subrogación del personal como exige el artículo 120 del TRLCSP por lo que la contratista no puede alegar falta de conocimiento.

La propuesta de resolución cita el Dictamen 1103/2013, de 14 de noviembre, del Consejo de Estado, que indica: *“Entiende este Consejo que la falta de ejecución del contrato por parte de la empresa adjudicataria constituye motivo suficiente para la resolución del mismo. Dicha conducta no aparece expresamente recogida como causa de resolución en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), aplicable al contrato objeto del expediente en virtud de la fecha de su adjudicación. Sin embargo, resulta claro que la conducta de la contratista puede incardinarse en el ámbito del artículo 223.f) TRLCSP, que contempla como causa resolutoria “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. En el supuesto sobre el que ahora se dictamina la empresa interesada ni tan siquiera inició la ejecución de las obras objeto del contrato, lo que supone un incumplimiento absoluto de la obligación esencial del contratista de realizar la prestación definida en dicho contrato”*.

El incumplimiento de la contratista del objeto mismo del contrato, esto es, de la propia prestación del servicio a que se obligó con la formalización del contrato, puede ser incardinado en el artículo 223.f) del TRLCSP, como ya se ha pronunciado esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 564/16, de 22 de diciembre, que citaba el 209/16, de 16 de junio, en el que se indica:

«El artículo 223.f) del TRLCSP señala que procede la resolución cuando se incumplan obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

Esta Comisión Jurídica Asesora en los dictámenes 191/16 y 192/16, de 9 de junio, ha considerado, como en su día lo hizo el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 503/11, de 21 de septiembre, que por obligaciones contractuales esenciales han de entenderse aquellas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzase el fin perseguido por el contrato.

Por ello el Consejo Consultivo consideró en su Dictamen 212/14, de 21 de mayo, que el incumplimiento del objeto mismo del contrato determina la resolución.

Ello conecta con el carácter esencial del objeto de todo contrato, tal y como reconoce el artículo 1261 del Código Civil en relación con el artículo 1256 de dicho cuerpo legal que remarca que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

De la misma forma el artículo 1124 del Código Civil considera que la facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las obligaciones recíprocas para el caso en que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Como señala el Tribunal Supremo (Civil) en sentencia de 31 de mayo de 2007 (recurso 2671/2000) para que proceda tal resolución basta “el dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato”».

Efectivamente, la obligación principal del contrato se recoge, además de en los pliegos, en la cláusula PRIMERA del contrato firmado el 6 de octubre de 2016 por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes y la mercantil. Es tenor literal de la misma:

“Objeto: Servicio de información y atención telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, conforme a los pliegos de cláusulas que se unen al presente contrato formando parte del mismo.

En caso de discrepancia prevalecerán las estipulaciones del contrato sobre las de los pliegos y la del pliego de cláusulas particulares sobre el de prescripciones técnicas.

Son objeto igualmente del contrato todas las mejoras propuestas por el adjudicatario en su oferta que se incorpora como anexo al presente contrato y del que forma parte inseparable, comprometiéndose expresamente a ejecutarlas”.

A su vez, la cláusula TERCERA establece la duración del contrato de servicio en estos términos: *“Plazo de ejecución: La prestación del servicio se realizará desde el 16 de octubre de 2016 y por un plazo de dos años pudiéndose prorrogar por un periodo de igual duración sin que el contrato pueda exceder de cuatro años...”*. Es por ello, que, a 6 de octubre de 2016, y aún a día de la fecha, el contrato está vigente y su incumplimiento persiste.

Como hemos señalado, la Administración inició el procedimiento de resolución con invocación de la causa del artículo 223.f) del TRLCSP, cuyos artículos 279 y 280 del TRLCSP disponen que el contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y su primera obligación es prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas.

Ninguna duda cabe sobre la consideración de principal y esencial, de la obligación de prestar el servicio de información y atención

telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes como el propio objeto del contrato formalizado, y que es asumido igualmente en la cláusula 1 del PCAP. El incumplimiento de la contratista, por ello, ha sido absoluto al no iniciar siquiera la prestación del servicio, sin que pueda condicionar su cumplimiento a las actuaciones de otra empresa, que son de naturaleza laboral, no derivadas del contrato mismo sino de las normas laborales, y que no pesan sobre la Administración contratante, que es por completo ajena a la relación laboral entre el contratista y sus empleados.

En este aspecto, la cláusula 28 del PCAP refleja la subrogación del personal conforme al convenio colectivo del sector “*contact center*” vigente, e incorpora específicamente los costes laborales de dicho personal, en el que se incluyen diversos datos de los trabajadores facilitados por la empresa que prestaba sus servicios en ese momento, conforme a lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, para el que *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”*.

Por su parte, la cláusula 34 del PCAP señala que *“la entidad adjudicataria asumirá los costes de personal, así como todas las responsabilidades, tanto de los hechos susceptibles de producirlas como de las relaciones laborales con dicho personal, que en ningún caso se considerará personal municipal... La contratación de todo el personal*

necesario para la prestación del servicio se efectuará por el adjudicatario, por lo que tendrá todos los derechos y obligaciones inherentes a su calidad de patrón, y deberá cumplir las disposiciones vigentes en materia laboral, Seguridad Social, e higiene y seguridad en el trabajo, referidas al propio personal a su cargo”.

Desde la perspectiva de la contratación pública, el hecho de que se incorpore al PCAP la información de los trabajadores a subrogar, deriva de la exigencia del precitado artículo 120 del TRLCSP para que la empresa que vaya a formular su oferta pueda calcular los costes laborales que implicará la formalización del contrato con la Administración, puesto que la obligación de subrogación no tiene su origen en ese contrato que sólo establece los derechos y obligaciones que derivan de la relación contractual para las partes, pero lógicamente, no puede contener estipulaciones que afecten a los derechos y obligaciones de terceros, como son en este caso los trabajadores afectos al servicio objeto del contrato.

Como ya dijera entonces la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, *“la obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate”*, y en nuestro caso, la obligación de subrogarse nace del convenio colectivo del sector *“contact center”*, teniendo la cláusula 28 del PCAP únicamente efectos informativos como obligación impuesta por la Ley a la Administración en relación con los propios licitadores.

Por ello, al igual que las obligaciones del anterior contratista con sus trabajadores (entre las que se encuentra la liquidación de sus

contratos), la subrogación en los derechos y obligaciones que aquél tiene respecto al personal operativo del servicio, es una obligación del nuevo contratista que tiene un contenido netamente laboral de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social, ya que se desarrolla en la esfera del derecho laboral y será exigible, no porque lo imponga el pliego, sino porque se desprende de la normativa laboral.

No hay que obviar que la cláusula 36 del PCAP señala que el propio PCAP y el PPT *“tienen carácter de ley inter partes”*. En este sentido, como ya dijéramos en nuestro Dictamen 516/16 de 17 de noviembre, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. En este sentido la referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (Rec. 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (Rec. 632/1993) donde se sostiene que: *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”*. En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud (oferta final de 5 de septiembre de 2016) acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”*. De esta manera el artículo 145 TRLCSP dispone: *“1. Las proposiciones de los*

interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Por lo expuesto, no puede aceptarse el argumento de la contratista de que la anterior empresa ha de indemnizar a los trabajadores su antigüedad como condición para iniciar la ejecución del contrato, al no estar previsto en los PCAP, como no podía ser de otra forma por ser una cuestión laboral sobre la que no incide el contrato de servicio formalizado, y suponer la presentación de su oferta la aceptación incondicionada de todas las cláusulas del pliego, entre ellas, la que establece el objeto del contrato, cuyo incumplimiento determina la resolución del mismo conforme al artículo 223.f) del TRLCSP.

SEXTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En tal sentido, el artículo 225.3 del TRLCSP establece lo siguiente:

“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”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley

13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y

perjuicios irrogados al Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes como consecuencia del incumplimiento, cuando esos daños sean efectivos y certeros conforme anteriormente hemos indicado.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la LPAC.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de *“Servicio de información y atención telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”*, al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 20 de abril de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 162/17

Sr. Alcalde de San Sebastián de los Reyes

Pza. de la Constitución, 1 – 28701 San Sebastián de los Reyes