

Dictamen nº: **209/16**
Consulta: **Consejera de Economía, Empleo y Hacienda**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **16.06.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de junio de 2016, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Economía, Empleo y Hacienda, al amparo del artículo 5.c).d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de servicios denominado *“Estudio, análisis y consecuencias de la presencia de agentes cancerígenos o mutágenos en las operaciones relacionadas con el asfaltado”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Economía, Empleo y Hacienda, sobre expediente de resolución del contrato de servicios denominado *“Estudio, análisis y consecuencias de la presencia de agentes cancerígenos o mutágenos en las operaciones relacionadas con el asfaltado”*, suscrito con la mercantil Proyectos y Sinergias Empresariales, S.L. (en adelante, *“la contratista”*)

A dicho expediente se le asignó el número 311/16, 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, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rocío Guerrero Ankersmit, 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 16 de junio de 2016.

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

1.- Los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de servicios denominado “*Estudio, análisis y consecuencias de la presencia de agentes cancerígenos o mutágenos en las operaciones relacionadas con el asfaltado*” fueron aprobados por Resolución del Gerente del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de fecha 16 de mayo de 2014, para su adjudicación por procedimiento abierto con criterio de precio.

De acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PTT), el objeto del contrato consiste en realizar un estudio que permita abordar el objetivo fundamental de elevar los niveles de protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos derivados de la presencia de agentes cancerígenos o mutágenos en los puestos de trabajo y su posible exposición en empresas que realizan operaciones relacionadas con el asfaltado de la Comunidad de Madrid.

Según el punto 2 del PPT, las particularidades de los agentes cancerígenos y las graves consecuencias que puede generar su exposición en el entorno laboral hace necesario que se disponga de un estudio que analice la situación en los sectores de actividad propuestos y se establezcan medidas de acción particulares que proporcionen la

información solicitada y contribuyan a la disminución de los posibles daños a la salud de los trabajadores.

El punto 3 PPT contiene la descripción de los trabajos con un total de 7 apartados (dese la letra A hasta G). En la letra D se determinaba que:

“Para realizar la identificación se recurrirá a la información recibida por parte de todas las fuentes siguientes:

- *Bibliografía existente en la materia.*
- *Al menos visitas a 20 empresas por mes por cada una de las operaciones indicadas en el apartado A.*
- *Al menos visitas a 10 fabricantes al mes de los diferentes productos utilizados, en el territorio nacional, en las operaciones descritas en el Apartado A.*
- *150 fichas de datos de seguridad. En caso de no poder alcanzar dicho número de fichas de datos de seguridad, por causas ajenas al adjudicatario (menor número de productos comercializados, etc.) se justificarán los motivos ante el Responsable del contrato.*
- *Al menos tres visitas al mes, elegidas entre asociaciones, instituciones, universidades u organismos internacionales relacionados con la materia, como una fuente de información más.*

Se deberán identificar y justificar todas las fuentes de información ante el responsable del contrato del IRSST”.

Según el punto 3.1 PPT, *“el análisis de los datos obtenidos, basándose en el análisis de la información obtenida en los puntos anteriores, se traducirá en un estudio con el que se debe obtener una*

valiosa información técnica sobre la presencia o no de los agentes cancerígenos y mutágenos y también sobre los posibles agentes cancerígenos y mutágenos, en este tipo específico de actividad y operaciones, de forma que proporcione finalmente un conocimiento sobre las medidas de prevención y protección más adecuadas a implantar y ponerlas en conocimiento de empresarios y trabajadores.

El estudio se expondrá mediante:

3.1.1 Una guía práctica que debe recoger:

- Los datos globales del sector y de las operaciones citadas,*
- Los resultados desarrollados de la información obtenida según los apartados A-B-C-D-E-F y G anteriores.*
- Una clasificación de los productos más peligrosos desde el punto de vista de sus características carcinogénicas o mutágenas, en función de la información facilitada por los fabricantes de los productos utilizados según las correspondientes fichas de datos de seguridad y el resto de información consultada.*
- Las recomendaciones relativas a cómo identificar los agentes cancerígenos o mutágenos, así como los posibles agentes y los productos intermedios o mutágenos.*
- Los métodos de evaluación que se consideran más idóneos*
- El desarrollo y exposición detallada de las medidas de prevención y protección específicas necesarias, en función de la información obtenida, y que hagan posible mejorar las condiciones de trabajo en los sectores propuestos, con inclusión de medidas a adoptar en materia de vigilancia de la salud.*

- Ejemplos de buenas prácticas en las operaciones dadas en el apartado A con indicación de las medidas de prevención y protección más adecuadas y con inclusión de documentación gráfica de apoyo (fotografías, croquis, esquemas...).

- Fotografías relacionadas con los aspectos reflejados en el informe.

Se entregará un borrador en formato papel y un fichero informático al responsable del contrato, que supervisará su diseño y contenido hasta su aprobación definitiva”.

Posteriormente se imprimirá un mínimo de 571 ejemplares de la guía práctica (...) para ser distribuidos entre las empresas que han colaborado para la realización del estudio, 50 para las entidades más representativas del sector, 11 a centros o instituciones que hayan colaborado en la realización del estudio y 20 para el fondo bibliográfico del propio IRSST.

(...)

3.1.2. Se dará a conocer, la guía, por el responsable del contrato de la empresa adjudicataria en un taller de expertos y personalidades de reconocido prestigio en la materia. Este taller de expertos será organizado por la adjudicataria. De dicho taller se elaborarán una serie de conclusiones sobre los aspectos tratados y el contenido de la guía y que serán divulgados por la adjudicataria, mediante la publicación de 4 artículos en revistas relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

Se considera esta acción realizada si se consigue una asistencia de, al menos, 10 expertos y/o personalidades de reconocido prestigio en la materia y 25 asistentes”.

El plazo de ejecución era de 4 meses desde la formalización del contrato (cláusula 15 del PCAP) y, en relación con el pago, la cláusula 19 del PCAP establecía:

“Pago único a la finalización de los trabajos, una vez recepcionados de conformidad los mismos, mediante factura debidamente conformada. En caso de que por causas no imputables al contratista, finalizado el plazo de ejecución, no haya sido posible la completa realización de la prestación objeto del servicio, se procederá, para la confección de la factura, al cálculo en términos proporcionales, de las actuaciones realizadas, teniendo en cuenta el importe presupuestado por la Administración para la prestación no realizada, una vez aplicada la baja correspondiente”.

La adjudicación del contrato se acuerda mediante Resolución de la Gerente del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de fecha 1 de septiembre de 2014, en la cantidad de 32.452,20 €. La fiscalización de la disposición del gasto por la Intervención Delegada se efectúa en fecha 2 de septiembre de 2014.

El contrato es formalizado el 11 de septiembre de 2014. En la cláusula tercera del mismo se establecía un plazo de ejecución del contrato de cuatro meses, a contar desde el siguiente a la fecha de formalización del contrato.

2.- Con fecha 2 de enero de 2015, la empresa contratista remite por correo electrónico al Servicio de Seguridad e Higiene Industrial del IRSST el resultado del trabajo. Realizado análisis del trabajo remitido, el día 5 de enero el Servicio de Seguridad e Higiene Industrial responde, igualmente por correo electrónico, que *“el estudio no recoge todos los apartados que figuran en el Pliego de Prescripciones. Así la guía práctica debe ajustarse al mismo, de forma que proporcione finalmente un conocimiento sobre las medidas de prevención y protección más adecuadas a implantar, por lo que debe recoger:*

- Los datos globales del sector y de las operaciones citadas.

- Los resultados desarrollados de la información obtenida según los apartados A-B-C-D-E-F y G (...).

El día 11 de enero de 2015, la empresa contratista remite nuevamente el trabajo por correo electrónico. Con fecha 12 de enero de 2015, el Servicio de Seguridad e Higiene Industrial responde por dicha vía que *“hay determinados apartados del PPT que no se han tenido en cuenta en la elaboración de la guía”*.

El 20 de enero de 2015, la empresa contratista remite nuevamente el estudio realizado que *“consideramos que se recogen así todos los puntos indicados en el pliego en el apartado relativo a contenidos de la misma”*. La respuesta de la Administración contratante se emite el día 21 de enero, con la que *“se acompañan comentarios en amarillo a la guía presentada”* y se advierte, nuevamente, que *“hay determinados apartados del PPT que no se han tenido en cuenta en la elaboración de la guía”*. En concreto, cita los puntos B y E del punto 3 PPT.

El 27 de enero de 2015, la empresa contratista remite de nuevo el documento por correo electrónico. Dicen que *“se han corregido las cuestiones indicadas en amarillo en el documento”* y solicitan la revisión de su contenido para *“proceder a maquetación”*. La respuesta al anterior correo, se emite el 2 de febrero de 2015 y dice:

“Revisada la guía y tras su análisis pormenorizado en el seno del IRSST, se realizan los siguientes comentarios.

1.º Es necesario que la guía se base en el trabajo de campo realizado, por lo que se deberán de ampliar los puntos observados de las diferentes empresas en las visitas realizadas.

2.º Hacer mayor hincapié en la problemática del sector.

3.º *Las conclusiones, por tanto, deben de contener información basadas en esas visitas así como en la problemática del sector, ampliando las expuestas hasta ahora y que aporten un valor añadido a la guía.*

4.º *Revisar el contenido general de la guía ya que se han observado párrafos duplicados (por ejemplo ver página 12).*

5.º *La guía debe de reorganizarse de tal forma que se estructure de otra manera. A modo de ejemplo:*

- Parte dirigida a la problemática del sector.

-Parte dirigida a la tarea de campo realizada.

- Parte dirigida al análisis de estudios preliminares y a la documentación existente.

- Parte dirigida a los trabajadores”.

El día 6 de febrero de 2015 el jefe de Servicio de Higiene Industrial del IRSST remite correo electrónico en el que informa, en relación con el borrador de la guía de asfaltado, que:

“no es necesario que esperen a tener todo el borrador entero de la misma. Pueden mandar los capítulos, esquemas, etc. que consideren terminados de acuerdo con las indicaciones que se les hicieron en el correo del 2 de febrero.

Se recuerda que las conclusiones que se obtengan sean fruto de todo el desarrollo del estudio teniendo en cuenta principalmente el trabajo de campo realizado”.

La empresa contratista, con fecha 16 de febrero de 2015 remite la guía *“con la nueva estructura e indicaciones recibidas. Quedamos*

pendientes de sus observaciones y esperamos que en esta ocasión tanto la estructura como los contenidos sean satisfactorios.

Tomamos nota de su respuesta en relación a la celebración de la jornada”.

Tras el estudio del documento remitido, el jefe de Área de Seguridad e Higiene el día 20 de febrero de 2015 contesta al correo electrónico y pone de manifiesto que:

1. *“Existen numerosos párrafos copiados literalmente de documentación que se puede encontrar en internet. He marcado en amarillo algunos de los párrafos y la referencia de donde se ha copiado.*

2. *La guía no se ajusta a lo establecido en los pliegos dado que la información que se contempla se basa en bibliografía documental. Por tanto:*

a. No está basada en el análisis de la información obtenida a partir de la realización de las visitas requeridas.

b. Se sigue sin analizar y sin llegar a conclusiones sobre la información que se debe desprender del estudio de 150 fichas de datos de seguridad.

c. Las conclusiones, por tanto, no contienen información basada en los puntos anteriores”.

Finalmente, el día 10 de marzo de 2015, el jefe del Servicio de Seguridad e Higiene remite un correo electrónico a la empresa contratista en el que manifiesta que, tras analizar nuevamente la guía, *“no se puede dar por válida debido a los siguientes aspectos” (...).* El correo concluye:

“Como resultado de la revisión efectuada a la última versión facilitada por Uds. les indicamos que la guía no cumple con los objetivos planteados, sino que todo lo expuesto en la misma no aporta ninguna novedad a lo que se puede encontrar revisando otras publicaciones ya existentes en relación con esta materia.

Tampoco se han tenido en cuenta en el estudio las particularidades que analicen la situación en los sectores de actividad propuestos y se establezcan medidas de acción particulares que proporcionen la información solicitada y contribuyan a la disminución de los posibles daños a la salud de los trabajadores”.

A la vista del anterior correo, la empresa contratista remite nuevamente el 16 de marzo la guía corregida *“en función de las indicaciones recibidas en su último correo”*. En relación con las visitas a empresas y fabricantes de productos establecidas en el PCAP señala que *“la guía es producto del trabajo de campo realizado con las empresas que se han avenido a colaborar en el estudio. Tal y como se nos indicó, no es posible realizar la jornada sin contar con el visto bueno de la guía, puesto que la jornada sería una presentación de la misma”*.

En respuesta a este último correo, el jefe de Área de Seguridad e Higiene indica que la guía no cumple con los objetivos planteados, no se ajusta a lo establecido en los pliegos dado que la información que se contempla se basa en bibliografía documental y siguen existiendo párrafos copiados literalmente de documentación que se puede encontrar en internet. En consecuencia, *“se va a proceder en próximas fechas a iniciar los trámites oportunos para la resolución del contrato, por lo que no son necesarias el envío de nuevas guías ni el mantenimiento de reuniones”*.

3.- El día 11 de marzo de 2015, el jefe del Servicio de Higiene Industrial remite informe sobre la ejecución del contrato en el que declara que *“a fecha de finalización del contrato no ha sido aprobado el borrador de la citada guía práctica por parte del técnico del IRSST supervisor del*

contrato, por no ajustarse satisfactoriamente a todas las exigencias del Pliego, según se detalla en la presenta tabla”.

El informe concluye que:

“Una vez supervisada la documentación remitida sin firma por la empresa Proyectos y Sinergias Empresariales, S.L., por parte del responsable de la supervisión de este contrato, se concluye que:

Las actuaciones realizadas por Proyectos y Sinergias Empresariales, S.L., en el año 2014 con objeto del contrato de servicios suscrito con el IRSST titulado (...), expediente: 09-AT-00043.6/2014, resultan desde el punto de vista técnico no adecuadas en su totalidad a los compromisos contractuales adquiridos por la citada empresa. En las páginas 3 a 5 del presente informe se detalla el estado de cumplimiento a la fecha de finalización del contrato, de cada uno de los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

El día 24 de marzo, el jefe del Servicio de Higiene Industrial emite nota de servicio interior dirigida al jefe de Servicio de Contratos y Convenios para que se inicien los trámites oportunos para la resolución del contrato, al considerar que existe un incumplimiento de las condiciones establecidas para la ejecución del contrato. En concreto, dice citado escrito:

“Se considera por parte de esta unidad el no cumplimiento de las condiciones establecidas para la ejecución del citado estudio por los siguientes motivos:

- 1. La guía no cumple con los objetivos planteados, sino que todo lo expuesto en la misma no aporta ninguna novedad a lo que se puede encontrar revisando otras publicaciones ya existentes en relación con esta materia.*

2. La guía no se ajusta a lo establecido en los pliegos dado que la información que se contempla se basa en bibliografía documental. Por tanto:

a. No está basada en el análisis de la información obtenida a partir de la realización de las visitas requeridas.

b. Se sigue sin analizar y sin llegar a conclusiones sobre la información que se debe desprender del estudio de 150 fichas de datos de seguridad.

c. Las conclusiones no contienen información basadas en los puntos anteriores y no aportan ningún valor añadido. Las conclusiones hacen referencia a la gestión de la prevención de las empresas y no a la situación del sector.

3. Siguen existiendo párrafos copiados literalmente de documentación que se puede encontrar en internet, tales como los encontrados en página 73 y 74 de la guía de fecha 16/03/2015.

Por todo lo expuesto se solicita se proceda al inicio de los trámites oportunos para la resolución del mismo por parte de la unidad competente”.

A la vista del anterior escrito, el gerente del IRSST propone el inicio de la tramitación del procedimiento de resolución contractual.

4.- El día 6 de mayo de 2015 la gerente del IRSST acuerda el inicio el expediente de resolución del contrato “como consecuencia del incumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas” en cuanto a los trabajos a realizar y, en concreto respecto al contenido de la Guía Práctica”, que se notifica a la empresa contratista el día 11 de mayo de 2015.

El día 20 de mayo de 2015 tiene entrada en el registro general de la Junta de Galicia escrito de alegaciones de la empresa contratista oponiéndose a la resolución del contrato.

Con fecha 29 de junio de 2015 se emite informe por el responsable de la supervisión del contrato, al que acompaña diversa documentación.

El día 2 de septiembre de 2015 el jefe del Área de Contratación de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda firma memoria sobre la caducidad del expediente administrativo de resolución del contrato, dictándose con esa misma fecha por la gerente del IRSST resolución por la que se acuerda la caducidad del procedimiento de resolución contractual.

5.- Iniciado nuevo procedimiento de resolución del contrato por el gerente del IRSST con fecha 5 de octubre de 2015, notificado a la empresa contratista el día 8 de octubre y tramitado el procedimiento de resolución del contrato, con fecha 23 de febrero de 2016 se dicta nueva resolución declarando la caducidad del expediente, al haber transcurrido el plazo legal de 3 meses desde el acuerdo de inicio del mismo, sin que se haya dictado la correspondiente resolución.

6.- Con fecha 3 de marzo de 2016, el gerente del IRSST acuerda nuevamente el inicio del expediente de resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en los artículos 223 f), 224 y 225 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (en adelante, TRLCSP), el artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RCAP), y la cláusula 41 del PCAP.

Con fecha 17 de marzo de 2016, la empresa contratista formula alegaciones en las que manifiesta que, *“se llevaron a cabo los trabajos*

correspondientes al citado contrato de servicios y procedió a emitir la Factura número A/2 de fecha 12/01/2015 por los trabajos realizados por importe total de 32.452,20 €, la cual presentó en el mismo día de su emisión ante el registro administrativo correspondiente y dentro del plazo de 30 días desde la fecha de entrega efectiva de los bienes o la prestación del servicio y no ha obtenido respuesta por parte de la Administración en el plazo legalmente previsto para ello”. Alega que la Administración no ha procedido al pago de la factura presentada en enero de 2015 y, tras un análisis de cada una de las causas de resolución del contrato, considera que no hay un incumplimiento de las obligaciones esenciales en cuanto que no ha habido una voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento y que la ejecución del contrato resultaba imposible por los errores de los que adolecía el PPT.

Se ha emitido informe por la secretaria general del IRSST el 31 de marzo de 2016 sobre la indemnización de daños y perjuicios por resolución del contrato en el que manifiesta que la Administración no ha incurrido en ningún gasto financiado con cargo a otros capítulos presupuestarios distintos del capítulo I de gastos de personal propio, señala la dificultad que supone cuantificar el número de horas dedicadas por el responsable del contrato al seguimiento de la ejecución del mismo y que el único posible perjuicio para la Administración es que, si se mantiene el interés en realizar el contrato *“tendría que licitarse otra vez el contrato, aunque habría que tener en cuenta las dificultades del presente para intentar solventarlas, ajustando aún más el pliego de prescripciones técnicas”*. El informe considera que *“no debería incautarse la garantía depositada por el adjudicatario, siendo suficiente penalización la resolución del contrato, máxime cuando el adjudicatario sí ha incurrido en gastos que no van a ser abonados por la Administración por no haberse alcanzado el fin perseguido que era disponer de una guía”*.

Se ha incorporado al expediente el informe del jefe de Servicio de Contratación y Convenios sobre las alegaciones presentadas por la

empresa contratista, se remite al informe de 29 de junio de 2015 del responsable del contrato, *“dado que son las mismas que se presentaron el 20 de mayo y el 15 de octubre de 2015 cuyos expedientes caducaron”*.

En la tramitación del procedimiento de resolución del contrato ha emitido informe favorable a la resolución del contrato, con fecha 19 de abril de 2016, el Servicio Jurídico en la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

Con fecha 28 de abril de de 2016 la interventora general de la Comunidad de Madrid emite informe favorable a la propuesta de resolución.

Consta en el expediente un *“borrador de resolución”* que resuelve acordar la resolución del contrato *“(…) como consecuencia del incumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a los trabajos a realizar y, en concreto, respecto al contenido de la Guía Práctica”*; acordar *“la devolución de la garantía definitiva constituida en aval ...”* y *“no imponer al contratista el pago de una indemnización por daños y perjuicios, dado que los mismos no se han ocasionado”*.

Con fecha 11 de mayo de 2016 la consejera de Economía, Empleo y Hacienda firma solicitud de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora, con registro de entrada en este órgano el día 23 de mayo de 2016.

Solicitada por el secretario de la Comisión Jurídica Asesora documentación acreditativa del acuerdo de suspensión, con fecha 31 de mayo de 2016 tiene entrada en este órgano consultivo escrito del Secretario General Técnico de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda con el que remite *“Resolución firmada por el órgano de contratación el 24 de mayo de 2016 y la notificación al contratista por*

correo certificado, de 26 de mayo (se adjunta copia)”. En la documentación remitida no consta, la recepción de la notificación por la empresa contratista ni, tampoco, sello de registro de salida de la citada notificación.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3 f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato, así como a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP).

En este sentido, el artículo 211.3 a) del TRLCSP, establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de “*a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

La solicitud de dictamen se ha formulado por la consejera de Economía, Empleo y Hacienda, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

SEGUNDA.- La resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 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 esta*”.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, así como informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211 del TRLCSP dispone, como ya se ha indicado, que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Conforme la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la contratista, que ha formulado alegaciones a lo largo del procedimiento. Al no proponerse incautación de la garantía, no se ha dado audiencia a la entidad avalista.

Se ha emitido informe tanto por la Abogacía General como por la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Por último, en cuanto al requisito temporal, en el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato ha surgido de la propia Administración que inició el expediente de resolución contractual por resolución de 3 de marzo de 2016, si bien, fue suspendido para solicitar informe Intervención General de la Comunidad de Madrid y también se ha suspendido nuevamente para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, según consta en escrito del secretario general técnico recibido en esta Comisión el 31 de mayo de 2016.

Al no remitirse documentación acreditativa de la recepción por el contratista del correo certificado comunicando el acuerdo de suspensión y no constar en la notificación al contratista de 26 de mayo de 2016, al menos, el sello de registro de salida, esta Comisión Jurídica Asesora no puede afirmar con certeza que el procedimiento está suspendido y, en consecuencia, debe advertir la posible caducidad del procedimiento.

Se observa que el expediente remitido no consta una propuesta de resolución tal y como exige el artículo 19 del ROFCJA. Como ha declarado esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 191/16, de 9 de junio, la propuesta de resolución no debe limitarse a ser un borrador de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que debe recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento, permitiendo a este órgano consultivo conocer la opinión de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen.

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren, o no, las causas de resolución del contrato, en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora;

dicha cuestión deberá ser resuelta, dada la fecha de adjudicación del contrato, de conformidad con lo establecido en el TRLCSP.

La causa de resolución en la que se apoya la Administración es la prevista en el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”* en relación con la cláusula 3 del PPT en cuanto a los trabajos a realizar y, en concreto, respecto al contenido de la Guía Práctica.

La Administración considera que procede la aplicación de esa cláusula de resolución habida cuenta que la contratista presentó un estudio en el que ha incumplido las condiciones para la ejecución del mismo, al no cumplir los objetivos planteados, toda vez que la guía elaborada no introduce ninguna novedad, la información que contempla se basa en bibliografía documental y no está basada en el análisis de información obtenida de las visitas exigidas en el PPT, no se analizan y no se fijan las conclusiones que deben desprenderse del estudio de 150 fichas de seguridad y las conclusiones de la guía se refieren a la gestión de la prevención de las empresas y no a la situación del sector.

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”*.

En el presente caso, el contrato cuya resolución se pretende es un contrato de servicios que tiene por objeto la realización de un estudio que *“permita elevar los niveles de protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos derivados de las presencia de agentes cancerígenos o mutágenos en los puestos de trabajo y su posible exposición en empresas que realizan operaciones relacionadas con el asfalto en la Comunidad de Madrid”*. Estudio que, de acuerdo con la cláusula 3 del PPT requiere la elaboración de una guía práctica con el contenido determinado en la citada cláusula y su consiguiente distribución y organización de un taller de expertos para dar a conocer el contenido de la guía y su consiguiente publicación.

En el presente caso, expirado el plazo para la ejecución del contrato el día 12 de enero de 2015, plazo en el que debería haber sido elaborada y aprobada la guía; impresa y distribuida y realizado el taller, no consta que

la guía elaborada por la empresa contratista haya sido aprobada por la Administración.

Como establece el artículo 222 TRLCSP, los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución, entendiéndose cumplido el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 222 del TRLCSP, cuando el contratista *“haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación”*, de tal modo que si, llegado el plazo de finalización estipulado no se ha producido el cumplimiento de lo pactado, la posibilidad de resolución por incumplimiento queda abierta, con las consecuencias desfavorables anudadas a la misma para el responsable de éste. Es criterio consolidado en la contratación administrativa el considerar el plazo de ejecución como un elemento esencial, de tal manera que su incumplimiento acarrea la resolución del contrato salvo que se impongan penalidades. Como afirma el Dictamen del Consejo de Estado 1481/2006, de 11 de octubre:

“(...) en doctrina reiterada, el Consejo de Estado ha advertido que el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica ipso iure la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio en el que el tiempo constituye una condición esencial. Ello justifica, en contra de lo que alega la empresa, que la Administración haya acordado el inicio del expediente de resolución de forma casi inmediata”.

De acuerdo con el artículo 222.2 TRLCSP, la constatación del cumplimiento, en todo caso, *“exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características a la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y*

lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión.

(...)

En el presente caso, no se ha producido este acto formal y positivo de recepción o conformidad pues, remitido por primera vez el texto de la guía el día 2 de enero de 2015, fue devuelto por el supervisor del contrato el día 5 de enero por *“no recoger el estudio todos los apartados que figuran en el Pliego de Prescripciones”*, iniciándose en ese momento un cruce de correos del que ha quedado constancia en los antecedentes de hecho y que finalizó el día 23 de marzo de 2015 cuando el jefe de Área de Seguridad e Higiene del IRSST puso de manifiesto que la guía no cumplía con los objetivos planteados al no aportar ninguna novedad sobre la materia, que no se ajustaba a lo establecido en los pliegos al basarse la información en bibliografía documental y se comunicaba que se iba a proceder *“a iniciar los trámites oportunos para la resolución del contrato, por lo que no son necesarias el envío de nuevas guías ni el mantenimiento de reuniones”*.

La falta de aprobación de la guía ha determinado la no distribución de la misma ni la realización del taller estipulado en el contrato.

La empresa contratista alega en su escrito que el día 13 de enero de 2015, por correo electrónico, la Administración contratante, en concreto el jefe de Servicio de Higiene Industrial, dio el visto bueno a la guía, así como a los artículos y la propuesta de jornada indicando que *“el contenido de los artículos ha sido revisado y cuenta con el visto bueno”*. Afirmación que, no solo está desprovista de prueba, pues el interesado no aporta con su escrito copia del citado correo electrónico, sino que resulta contradicha por el hecho de que consta en el expediente un correo electrónico de fecha 12 de enero de 2015 a las 13:20 del jefe de Área de Seguridad e Higiene, en el que se manifestaba que había determinados apartados del PPT que no se habían tenido en cuenta en la elaboración de la guía, como queda

acreditado en el expediente administrativo y que corrobora el hecho de que la empresa continuara con posterioridad enviando nuevas versiones de la guía los días 20 y 27 de enero, 16 de febrero y 9 de marzo de 2015.

Por tanto, al no existir aprobación de la guía por el IRSST, no puede afirmarse que la empresa contratista ha cumplido el contrato, al no haber *“realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación”*.

Consecuencia de lo anterior, no resulta procedente el abono de la factura que, según la contratista, fue presentada el día 12 de enero de 2015 y no existe incumplimiento por parte de la Administración. Como cita la interesada en sus alegaciones, la cláusula 29 del PCAP establece que

“el contratista tiene derecho al abono, con arreglo a los precios convenidos, de los trabajos que realmente ejecute con sujeción al contrato, a sus modificaciones aprobadas y a las instrucciones dadas por la Administración, a través del responsable del contrato, en su caso, siendo la forma de pago y su periodicidad las especificadas en el apartado 19 de la cláusula 1”.

Cláusula que establece, en relación con la forma de pago,

“Pago único a la finalización de los trabajos, una vez recepcionados de conformidad los mismos, mediante factura debidamente conformada”.

No habiéndose producido la recepción de conformidad del trabajo realizado, no puede hablarse de finalización del trabajo ni, en consecuencia, de derecho al abono de la factura con intereses como solicita en su escrito la empresa contratista.

Alega, finalmente, la empresa que la Administración, con su resolución por incumplimiento culpable pretende, en realidad, desistir del

contrato por imposibilidad legal de cumplir éste en los términos inicialmente pactados, de acuerdo con el artículo 223 g) TRCLSP, por lo que se le debería indemnizar con un 3% del importe de la prestación dejada de realizar. Se apoya, para realizar esta afirmación, en lo manifestado en el informe sobre indemnización de daños y perjuicios por resolución del contrato, de 30 de abril de 2015, de la jefa de Área de Administración y Presupuestos, cuyo contenido también se reproduce en el presente expediente por el informe de 31 de marzo de 2016 de la secretaria general del IRSST y que dice:

“El único posible perjuicio para la Administración es que, si se mantiene el interés en realizarlo, tendría que licitarse otra vez el contrato, aunque habría que tener en cuenta las dificultades del presente para intentar solventarlas, ajustando aún más el pliego de prescripciones técnicas”.

Argumentación que debe ser rechazada porque, para que proceda la aplicación de la causa prevista en el artículo 223.g) TRCLSP es necesario que no sea posible la modificación del contrato y, en este caso, no consta en el expediente que haya habido un intento de modificación del mismo. La contratista considera que hay una imposibilidad material de ejecución del contrato por los errores de que adolece el PPT, sin que acredite dicha circunstancia y sin que haya instado modificación alguna del contrato por esta causa.

Se alega, en concreto, la gran dificultad de encontrar empresas dispuestas a colaborar en el estudio cuando, según el PPT, eran necesarias *“al menos visitas a 20 empresas por mes por cada una de las operaciones indicadas en el apartado A”* y *“al menos visitas a 10 fabricantes al mes de los diferentes productos utilizados, en el territorio nacional, en las operaciones descritas en el Apartado A”.*

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que los pliegos son *“la ley del contrato”*, valga por todas la Sentencia del Tribunal

Supremo de 29 de septiembre de 2009 (recurso de casación 5947/2007) que declara:

“No ofrece duda, por tanto, la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares como del Pliego de prescripciones técnicas. Bajo el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aquí no aplicable por razones temporales, se ha avanzado aún más en su significancia, al establecer incluso un recurso especial administrativo para impugnar los pliegos reguladores de la licitación.

En la legislación aquí concernida, TRLCAP, el ámbito en que se definen los derechos y obligaciones de ambos contratantes es el pliego de cláusulas administrativas particulares que obligatoriamente deberá aprobarse por el órgano de contratación competente, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección, y en su caso, de la licitación del contrato (art. 49 TRLCAP, idéntico a su precedente art. 50 LCAP).

Cabe establecer modelos de contratación tipo de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga. Mas lo significativo es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

No conviene olvidar que los contratos se ajustarán al contenido de los Pliegos Particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos (art. 49. 5 TRLCAP).

Y nuestra jurisprudencia insiste en que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse a lo que se consigne en él (Sentencia de 17 de octubre de 2000, rec. casación 3171/1995 con cita de otras muchas)”.

En el presente caso, la empresa con su participación en el procedimiento de adjudicación del contrato y posterior firma de éste, asumió la obligación de realizar el estudio en la forma descrita en la cláusula 3 del PPT y, en consecuencia de realizar, como mínimo, el número de visitas a empresas y fabricantes estipulado en el PPT, sin que pueda pretender posteriormente su incumplimiento, como ha hecho en el trabajo realizado, amparándose en la falta de colaboración de las empresas en el estudio objeto del contrato y que determina que se haya basado en bibliografía documental y no en la información que debía obtener a partir de la realización de las visitas requeridas, de manera que las conclusiones que incluye no contienen información basada en dicho punto.

Además, el informe del jefe del Servicio de Higiene Industrial pone de manifiesto otros incumplimientos, no relacionados con la falta de colaboración de las empresas, como son el incumplimiento de los objetivos planteados, al no aportar ninguna novedad a lo que se puede encontrar revisando otras publicaciones ya existentes sobre la materia y la existencia de *“párrafos copiados literalmente de documentación que se puede encontrar en internet, tales como los encontrados en página 73 y 74 de la guía de fecha 16/03/2015”.*

En consecuencia, procede la resolución del contrato por incumplimiento de la causa invocada por la Administración: *“incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato”.*

QUINTA.- Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento

expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

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”*.

La doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid consideraba que, 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. Con base en 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 citado 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 señalarse que la Administración ha llevado a cabo una valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista en la que considera que *“no debería incautarse la garantía depositada por el adjudicatario, siendo suficiente penalización la resolución del contrato, máxime cuando el adjudicatario sí ha incurrido en gastos que no van a ser abonados por la Administración por no haberse alcanzado el fin perseguido que era disponer de una guía”*.

En mérito a lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

En el caso de haber sido comunicada al contratista la suspensión del procedimiento para la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica

Asesora, procede la resolución del contrato administrativo de servicios denominado *“Estudio, análisis y consecuencias de la presencia de agentes cancerígenos o mutágenos en las operaciones relacionadas con el asfaltado”*, sin incautación de la garantía.

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 16 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 209/16

Excma. Sra. Consejera de Economía, Empleo y Hacienda

Carrera de San Jerónimo, 13 – 28014 Madrid