

Dictamen nº: **516/16**
Consulta: **Consejero de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **17.11.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de noviembre de 2016, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato denominado “*servicio de vigilancia y seguridad no armada en las dependencias de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras*”, adjudicado a la empresa MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de octubre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo en relación al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 577/16, 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 de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 17 de noviembre de 2016.

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

1. Por Orden de 25 de agosto de 2015 del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras fueron aprobados los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que habían de regir la contratación del servicio de vigilancia y seguridad no armada en las dependencias de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

Interesa destacar que el PCAP estipula en su cláusula 31 párrafo final lo siguiente:

“Se establece como condición especial de ejecución del contrato la sujeción del mismo al cumplimiento, como mínimo, de las determinaciones del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad referidas a condiciones de trabajo, sin que la empresa adjudicataria pueda minorar estas condiciones derivadas de dicha norma convencional a los trabajadores adscritos al contrato. En orden a la comprobación del cumplimiento de esta condición especial de ejecución del contrato, en cualquier momento durante la ejecución del mismo el órgano de contratación podrá requerir al adjudicatario que acredite el cumplimiento de dicha condición. De conformidad con lo previsto en el artículo 118.2 del TRLCSP, a esta condición especial de ejecución se le atribuye el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos señalados en el artículo 223.f) del TRLCSP y, por tanto, su incumplimiento será causa de resolución del contrato”.

En la cláusula 33 del PCAP se dispone que *“el cumplimiento de la normativa laboral y, en particular, la aplicable a las condiciones de trabajo del personal de la empresa adscrito al servicio que se contrata tales como - a título enunciativo y no exhaustivo- salario, jornada, descansos, vacaciones, etc., tendrá la consideración de obligación contractual esencial, a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP”*.

Además la cláusula 41 del PCAP relativa a la resolución del contrato, después de remitirse a los artículos 85, 223 y 308 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) para determinar las causas de resolución contractual y especificar otras causas que menciona expresamente, añade que *“igualmente, establecida en la cláusula 33 del presente Pliego su consideración de obligación contractual esencial a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP, será causa de resolución del contrato el incumplimiento de la normativa laboral y, en particular, la aplicable a las condiciones de trabajo del personal de la empresa adscrito al servicio que se contrata tales como- a título enunciativo y no exhaustivo- salario, jornada, descansos o vacaciones”*.

2. El 12 de abril de 2016 se adjudicó el contrato a la empresa MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA S.A., por un plazo de ejecución desde la firma del contrato hasta el 31 de diciembre de 2017, y un importe de 951.333,64 euros.

El contrato con la empresa adjudicataria fue formalizado el día 15 de mayo de 2016. Para responder de la correcta ejecución del contrato, la mercantil adjudicataria constituyó una garantía definitiva por importe de 39.311,31 euros.

3. Resulta del expediente que el 6 de julio de 2016, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras remitió un escrito a la empresa adjudicataria, en el que

le ponía de manifiesto que se había tenido conocimiento que desde el 16 de mayo de 2016, fecha en la que se inició la ejecución del contrato, la mercantil contratista venía aplicado a los trabajadores unas condiciones retributivas notablemente más perjudiciales que las establecidas en el Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal, en contravención de las cláusulas 31 y 33 del PCAP que obligaba al contratista al cumplimiento de la normativa laboral vigente.

En el requerimiento se instaba a la empresa para que el plazo de 10 días acreditase el cumplimiento de las condiciones de trabajo estipuladas por el Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad respecto de todos los trabajadores adscritos al servicio, con la advertencia de que la falta de acreditación daría lugar a la apertura del procedimiento de resolución contractual.

4. El 21 de julio de 2016 se recibe contestación de la empresa adjudicataria en la que explica que si bien la empresa ha de respetar los derechos laborales, en abstracto, de los trabajadores subrogados, esto no implica en modo alguno que dentro de tales derechos, que van siempre referidos a antigüedad, categoría profesional, posibles reducciones de jornada..., se encuentren los que son susceptibles de alteración por una norma de rango superior como es el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que tiene como principal efecto el que los convenios colectivos de empresa no estén vinculados en su contenido al de los convenios concurrentes, tal y como resulta de la modificación introducida en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

En el escrito de alegaciones la contratista añade que la empresa tiene convenientemente negociado, aprobado y registrado su propio convenio de empresa con anterioridad a participar en la licitación de la que el contrato trae causa, por lo que entiende que la aplicación al personal subrogado de la escala salarial contenida en el mismo en lugar de la vigente conforme el convenio colectivo nacional, no solo no supone

incumplimiento alguno del PPT sino, antes al contrario, tiene perfecto encaje y apoyo normativo, de manera que alega que de mantenerse el expediente de resolución contractual en tramitación, el órgano de contratación realiza una auténtica injerencia en la gestión de la empresa tratándose de convertir en un órgano fiscalizador de los posibles derechos laborales del personal que presta su servicio en la misma, asumiendo prerrogativas y competencias que no le son propias.

Por último alega que tampoco puede entenderse que la política económica de la empresa contratista sea una novedad para el órgano de contratación, por cuanto que fue la contratista en la anterior licitación y además la presentación de su oferta económica ya implicaba la imposibilidad de aplicar la tabla salarial del convenio colectivo nacional, sin que por el órgano de contratación se hubiese tramitado baja temeraria o solicitud de alegaciones complementarias para justificar la oferta.

TERCERO.- 1. El 19 de agosto de 2016, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, formula propuesta de resolución del contrato con invocación del artículo 223.f) del TRLCSP, por incumplimiento de una condición especial de ejecución del contrato configurada como obligación contractual esencial, a tenor de las cláusulas 31 y 33 del PCAP, al considerar que desde la fecha en la que se inició la ejecución del contrato la empresa contratista viene aplicando a los trabajadores que prestan el servicio unas condiciones retributivas notablemente más perjudiciales que las establecidas en el Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal, que se traducen en una rebaja salarial general en el entorno del 33% con respecto a la retribución prevista en el Convenio Colectivo estatal, a lo que se debe añadir las reducciones aplicadas de modo específico en los conceptos retributivos que varían en función de la situación de cada trabajador. Además dado que la resolución se plantea por causas

imputables al contratista, se propone la retención de la garantía hasta la determinación de los perjuicios en procedimiento contradictorio.

2. Por Orden de 1 de septiembre de 2016 del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras se inició el procedimiento para la resolución del contrato.

3. Consta en el expediente que se confirió trámite de audiencia a la avalista y también a la empresa contratista. No figura en el expediente la formulación de alegaciones por parte de la avalista.

En uso del plazo conferido al efecto, la adjudicataria presentó escrito en el que manifestó, en síntesis, la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a lo estipulado en el Convenio Colectivo estatal.

4. El día 25 de octubre de 2016 emite informe la Abogacía General de la Comunidad de Madrid favorable a la resolución contractual por aplicación del artículo 223.f) del TRLCSP.

5. Finalmente, se ha incorporado al expediente una propuesta de resolución del contrato por incumplimiento de una obligación contractual esencial al amparo del artículo 223.f) del TRLCSP en relación con las cláusulas 31 y 33 del PCAP.

En la propuesta se da contestación a las alegaciones formuladas por la empresa contratista al indicar que la exigencia de respetar las condiciones de trabajo estipuladas por el Convenio Colectivo estatal viene impuesta directamente por PCAP que rige el contrato, y es completamente independiente de cualquier proceso subrogatorio y de las condiciones en las que deba desarrollarse el mismo, máxime si se tiene en cuenta que el anterior contrato para la prestación del servicio de vigilancia se suscribió con la misma empresa, por lo que no ha tenido lugar ningún proceso de subrogación empresarial de trabajadores.

Añade que la propuesta de resolución del contrato no implica negar el derecho del contratista a concertar su propio convenio de empresa, ni

pretende discutir si éste debe tener o no prevalencia sobre el convenio sectorial, sino que simplemente busca hacer cumplir las condiciones contractuales, una vez que el propio contratista no se ha abstenido de participar en una licitación que, implicaba el cumplimiento, como mínimo, de las determinaciones del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad referidas a condiciones de trabajo, sin que la empresa adjudicataria pudiera minorar estas condiciones derivadas de dicha norma convencional a los trabajadores adscritos al contrato.

Señala también que el órgano de contratación adjudicó el contrato a la oferta económicamente más beneficiosa, después de valorar si alguna oferta pudiera considerarse que contenía valores anormales o desproporcionados, que no era el caso de la adjudicataria sino de otra empresa que desistió al haber reconocido que su oferta era errónea. Finalmente califica de imprudente la actuación de la empresa adjudicataria al comprometerse a llevar a cabo un servicio en un precio, en el que ahora dice, no podía ejecutarlo.

6. El 26 de octubre de 2016 el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras firmó la petición de dictamen preceptivo a esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f).d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, que establece: *“En especial, 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: (...) 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”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado el 12 de abril de 2016, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en el TRLCSP. Igualmente en materia de procedimiento debe acomodarse a las prevenciones del citado texto refundido así como al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

En materia de procedimiento, 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 ésta”.*

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”.* Por otro lado el apartado tercero del artículo 211 dispone que será 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Por otro lado, del expediente examinado resulta que se ha conferido trámite de audiencia al avalista, así como que éste no ha formulado alegaciones en el trámite conferido al efecto.

En cumplimiento del artículo 109 del RGCAP, se ha incorporado al procedimiento el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras. En relación con el mencionado informe, se observa que se ha incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Ahora bien, en cuanto que no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo Consultivo (así, los 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, entre otros), que hacemos nuestra.

Por lo que se refiere a la competencia para resolver el procedimiento, ésta corresponde al consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, en cuanto órgano de contratación, en virtud de lo establecido en el artículo 210 del TRLCSP, en relación con el artículo 63 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. El ejercicio de la competencia en materia de contratación se encuentra delegada en el viceconsejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras en virtud de la Orden de 20 de julio de 2015, del consejero.

Resta considerar la cuestión relativa al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato. Puesto que la legislación de contratos no establece un plazo específico, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que

el expediente se inició antes de la entrada de vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según su disposición transitoria tercera, resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 1 septiembre de 2016 y ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora el 27 de octubre de 2016, por tanto dentro del plazo de tres meses que establece la LRJ-PAC. No consta que el procedimiento se haya suspendido al amparo de lo establecido en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC para recabar el dictamen de este órgano consultivo, lo que deberá tenerse en cuenta en relación con la caducidad del procedimiento que se producirá el próximo 1 de diciembre.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. La Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras alega como causa de resolución el incumplimiento por la empresa adjudicataria de sus obligaciones laborales en materia salarial con infracción de las cláusulas 31 y 33 del PCAP. En este sentido invoca el artículo 223 letra f) del TRLCSP: *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

Como ya hemos expuesto la cláusula 31 del PCAP establece como condición especial de ejecución del contrato *“la sujeción del mismo al cumplimiento, como mínimo, de las determinaciones del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad referidas a condiciones de trabajo, sin que la empresa adjudicataria pueda minorar estas condiciones derivadas de dicha norma convencional a los trabajadores adscritos al contrato”*. La citada cláusula otorga a esta condición especial de ejecución el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos previstos en el

artículo 223.f) del TRLCP, de manera que su incumplimiento se configura como causa de resolución del contrato. Por su parte la cláusula 33 del PCAP precisa que el cumplimiento de la normativa laboral y, en particular, la relativa a las condiciones de trabajo del personal (salario, jornada, descansos, vacaciones...) se considera obligación contractual esencial a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP. También la cláusula 41 del PCAP, referida a la resolución contractual, menciona, en lo que aquí nos interesa, como causa de resolución del contrato el incumplimiento de la normativa laboral y en particular la aplicable a las condiciones de trabajo del personal de la empresa adscrito al servicio.

Resulta del expediente examinado que la empresa reconoce no aplicar al personal que presta el servicio las condiciones de trabajo establecidas en el Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad, sino su propio convenio colectivo de empresa, lo que según los informes que obran en el expediente supone una rebaja salarial en torno al 33% con respecto a la retribución prevista en aquel convenio, sin perjuicio de las reducciones aplicadas de modo específico en los conceptos retributivos que varían en función de la situación de cada trabajador. La adjudicataria se opone a la resolución contractual pues considera que resulta prevalente su convenio de empresa en base a la modificación introducida en el artículo 84 del ET por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero. Considera que en otro caso se estaría produciendo una injerencia de la Administración en la gestión de la empresa convirtiéndose en fiscalizadora de los derechos laborales del personal y además sostiene que la Administración aceptó su oferta a pesar de que la misma era concedora que era insuficiente para cumplir con las condiciones salariales fijadas en el Convenio Colectivo estatal.

Establecida pues la postura cada de una de las partes, estamos en condiciones de analizar si procede la resolución contractual planteada.

Como es sabido, el artículo 118.1 del TRLCSP establece la posibilidad de que los órganos contratación puedan establecer condiciones especiales de ejecución del contrato, con una doble limitación, que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. El mencionado precepto se pronuncia en los siguientes términos:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”.

El apartado 2 del mencionado artículo 118 recoge tres posibilidades ante el incumplimiento de una condición especial de ejecución. La primera que se le atribuya el carácter de obligación contractual esencial, en cuyo caso su incumplimiento será causa de resolución del contrato al amparo del artículo 223.f) del TRLCSP. En segundo lugar, que no se configure como obligación contractual esencial, de manera que su incumplimiento lleve aparejado la imposición de penalidades previstas en los pliegos o en el documento contractual conforme el artículo 212.1 del TRLCSP. Por último el incumplimiento de una condición especial de

ejecución podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e).

En este caso no cabe duda que el cumplimiento de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo estatal se ha establecido en los pliegos como condición especial de ejecución y al amparo de las cláusulas 31 y 33 del PCAP que cita la Administración consultante, se ha configurado como obligación contractual esencial, de manera que su incumplimiento ha de llevar aparejada la resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP.

Frente a las alegaciones de la empresa contratista relativas a la aplicación preferente de su convenio de empresa, cabe recordar, como hace, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015), *“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 (propuesta para tomar parte en una licitación) 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 ahora el argumento de la empresa adjudicataria de la prevalencia del convenio colectivo de empresa al amparo del artículo 84 del ET, pues la presentación de su oferta supuso la aceptación incondicionada de todas las cláusulas del pliego entre ellas la que impone aplicar el convenio colectivo estatal a las condiciones de trabajo de los trabajadores afectos al servicio.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 215/2016, de 6 de julio, respecto a la misma empresa e idénticos argumentos a los que ahora se sostienen, diciendo: *“Se ha obligado contractualmente a respetar esas concretas e individualizadas condiciones laborales de esos determinados trabajadores. Esto no significa que la Administración se inmiscuya en las relaciones laborales entre la contratista y sus empleados. La contratista puede acordar el convenio de empresa que considere y este será de aplicación a todos sus trabajadores; pero, si en una comparación (conforme al artículo 3.3 ET, de conjunto y en cómputo anual respecto a los conceptos cuantificables) entre ese convenio y los derechos laborales reconocidos con anterioridad de los trabajadores subrogados, estos resultan más favorables, entonces serán los que se aplicarán porque la contratista se ha comprometido contractualmente a respetarlos”.*

También resulta rechazable el argumento expuesto por la empresa contratista de que la Administración conocía, por la oferta presentada, que la empresa no iba a cumplir con el convenio estatal. En este punto resulta relevante la cita del Informe 34/2001, de 14 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, reiteradamente citado por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (así por ejemplo la Resolución de 24 de octubre de 2015 del Tribunal

Administrativo Central de Recursos Contractuales), que expresa lo siguiente:

“hay que partir de la idea de que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo, por otra parte los precedentes anteriores, para la adjudicación de contratos tiene en cuenta los dos elementos básicos de la oferta de la Administración expresada en el presupuesto base de licitación y las ofertas de los licitadores expresadas en sus respectivas proposiciones económicas resultando como único requisito exigible, en este aspecto, que las proposiciones económicas no rebasen al alza el presupuesto base de licitación, deduciéndose tal requisito, aparte de las normas generales presupuestarias, de la dicción expresa del artículo 75.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala que en las subastas se realizará la adjudicación al licitador que, sin exceder del tipo expresado oferte el precio más bajo, precepto igualmente aplicable al concurso, en cuanto al factor precio, por aplicación del artículo 91 de la propia Ley.

Cumplido el requisito anterior la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos –a proposición económica, por un lado y los efectos del artículo 77 del citado Convenio Colectivo por otro– que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de

Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc.

(...) el rasgo característico fundamental de la regulación de bajas temerarias u ofertas anormalmente bajas en la terminología de las Directivas comunitarias y, precisamente por influjo de estas últimas es el de evitar el rechazo automático de las proposiciones incursas en presunción de temeridad efectuando, previamente a la adjudicación o rechazo, una verificación o comprobación de la susceptibilidad de cumplimiento y que la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso.

(...)

Resulta así que una oferta estará incursa en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones, por lo que, se insiste, no se alcanza a comprender como el cumplimiento o incumplimiento del artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad puede dar lugar a la presunción de temeridad, La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores y el resultado que se obtenga en orden a la existencia o no de presunción de temeridad ha de ser independiente la circunstancia del cumplimiento o incumplimiento del tan citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad”.

En relación con esta cuestión, en la contestación que se da por parte de la Consejería a las alegaciones formuladas por la empresa contratista se expone que la oferta de la adjudicataria no estaba incursa en baja temeraria o desproporcionada, por aplicación de lo dispuesto en el

artículo 152 del TRLCSP (“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”). En este caso, explica la Consejería, del examen comparativo de las ofertas presentadas, resultó que solo una oferta estaba incurso en baja temeraria, de manera que una vez recabada la justificación pertinente, dicha empresa retiró su oferta al considerar que había incurrido en un error. La oferta de la interesada no estaba incurso en baja temeraria y al ser la más ventajosa resultó la adjudicataria del contrato.

En definitiva, como resumen de todo lo expuesto cabe concluir que la presentación de la oferta por la empresa adjudicataria supuso la aceptación incondicionada de la totalidad de las cláusulas contractuales, entre ellas las que imponen como condición especial de ejecución la sujeción al cumplimiento de las determinaciones del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad. Resulta acreditado en el expediente que la empresa no está cumpliendo con dichas cláusulas en la ejecución del contrato y además ha manifestado su intención de no cumplirlo al considerar de aplicación su convenio colectivo de empresa. Configurado el incumplimiento de esa condición especial de ejecución como obligación esencial en el PCAP, su incumplimiento debe llevar aparejada la resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En cuanto a los efectos de la resolución 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 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 con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 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 72.1 de la LRJ-PAC (en análogos términos el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato denominado “*Servicio de vigilancia y seguridad no armada en las dependencias de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras*”, 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, 17 de noviembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 516/16

Excmo. Sr. Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid