

Dictamen n<sup>o</sup>:           **481/12**  
Consulta:               **Consejera de Educación y Empleo**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **26.07.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de julio de 2012, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, relativo al proyecto de resolución del contrato de servicios titulado “*Vigilancia y seguridad del Instituto de Educación Secundaria Antonio Machado de Alcalá de Henares*”.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- Con fecha 4 de agosto de 2011, se publicó en el BOCM convocatoria del contrato de servicios denominado “*Vigilancia y seguridad del Instituto de Educación Secundaria Antonio Machado de Alcalá de Henares*”.

2.- El contrato se adjudicó a la entidad A, mediante Orden de fecha 26 de septiembre de 2011, y fue suscrito el 27 de octubre siguiente con un precio de adjudicación de 163.445,48 €.

El contrato tiene por objeto la prestación de vigilancia y seguridad en las dependencias escolares, y un plazo de ejecución del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013.

3.- Con fecha 28 de diciembre de 2011 se recibe escrito de la empresa adjudicataria en el que manifiesta su renuncia al contrato por entender que

la información aportada por la empresa B que anteriormente venía prestando el servicio, y por el órgano de contratación, no se ajusta a la realidad.

Aduce la adjudicataria en su escrito, que el 23 de diciembre de 2011 recibe de la empresa saliente una relación de los trabajadores a subrogar, comprobándose posteriormente, a través del Ministerio de Interior, que dos de los cuatro trabajadores no tienen la condición de vigilantes de seguridad, condición recogida en la cláusula 2ª del pliego de prescripciones técnicas.

B, como empresa saliente, alega ante las explicaciones solicitadas por la adjudicataria que: existe un documento posterior denominado “*Datos del personal de vigilancia a subrogar*”, que igualmente existe una sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid que les obligó a contratar al personal no habilitado, provenientes de la anterior empresa adjudicataria C y que la Consejería de Educación y Empleo tenía conocimiento de tales circunstancias.

Ese mismo día, la empresa remite fax en el que aporta la sentencia anteriormente referida.

4.- El 24 de enero de 2012 la empresa presenta escrito en el que solicita la devolución de la garantía definitiva constituida.

**SEGUNDO.-** 1.- Mediante Orden de 26 de marzo de 2012, se autoriza el inicio del expediente de resolución de contrato por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales con incautación de la garantía definitiva depositada por la empresa por importe de 6.925,66 €.

2.- Con fecha 17 de abril de 2012, la empresa presenta escrito en el que se opone a la resolución por incumplimiento de sus obligaciones esenciales.

3.- Con fecha 11 de mayo de 2012, se dicta orden mediante la que se acuerda la suspensión del procedimiento de resolución de contrato, hasta la emisión de informe por el Servicio Jurídico.

4.- El Servicio Jurídico en la Consejería de Educación, con fecha 24 de mayo de 2012, informa favorablemente el proyecto de orden de resolución del contrato.

5.- Con fecha 31 de mayo de 2012, se dicta orden mediante la que se acuerda la suspensión del procedimiento de resolución de contrato, hasta la emisión de informe de fiscalización por la Intervención General.

6.- La Intervención General, con fecha 22 de junio de 2012, informa favorablemente el proyecto de orden de resolución del contrato.

7.- Finalmente, con fecha 16 de julio de 2012, se dicta orden mediante la que se acuerda la suspensión del procedimiento de resolución de contrato, hasta la emisión del preceptivo dictamen por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**TERCERO.-** En este estado del procedimiento por la consejera de Educación y Empleo, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo a fin de que se emita el dictamen a que se refiere el artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de su Ley reguladora, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 26 de julio de 2012.

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f).4º Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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*”.

Por la precitada remisión es aplicable al presente supuesto el artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), ya que el contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones y resulta la norma de contratación pública aplicable por ser la vigente en el momento de adjudicación del contrato.

Por ello resulta preceptivo el informe de este Consejo Consultivo al tratarse de un procedimiento de resolución de contrato administrativo con oposición del contratista.

**SEGUNDA.-** La resolución de los contratos administrativos constituye una de las prerrogativas de la Administración en esta materia, “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley*” como establece el artículo 194 LCSP.

El procedimiento para su ejercicio viene establecido en el art. 195 del mismo texto y en el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre (RGCAP), y exige la necesidad de audiencia al contratista e informe del servicio jurídico, además del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Se han emitido los informes correspondientes en el procedimiento de resolución, e igualmente se ha otorgado trámite de audiencia al contratista, que formuló su oposición.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni la Ley de Contratos del Sector Público, ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen nada al respecto. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007, 13 de marzo de 2008 y 9 de septiembre de 2009, ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Ley de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

El plazo para la tramitación del expediente de resolución se establece así en tres meses. Dicho plazo debe computarse desde la fecha de la orden de inicio de tramitación del procedimiento de resolución, que es de 26 de marzo de 2012. No ha transcurrido el plazo de caducidad para la tramitación del expediente de resolución pues éste se ha encontrado suspendido desde el 11 al 31 de mayo de 2012 (a fin de la emisión de informe por el Servicio Jurídico), desde el mismo 31 de mayo a 12 de julio de 2012 (a fin de la emisión de informe de fiscalización por la Intervención General), y desde el 16 de julio de 2012 hasta el momento actual para la emisión de informe por este Consejo Consultivo.

Los períodos de suspensión han sido decretados mediante las correspondientes órdenes, que igualmente han sido notificadas en su momento a la adjudicataria.

No ha transcurrido por tanto el plazo de caducidad para la tramitación del expediente de resolución del contrato.

Además no cabe duda de la posibilidad de suspender el procedimiento para la emisión de informes preceptivos (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7<sup>a</sup>, de 11 de abril de 2011, Recurso de Casación núm. 1436/2008).

**TERCERA.-** En cuanto a la existencia de causa de resolución del contrato, debemos partir que el contrato administrativo, como todo contrato, se rige por las cláusulas pactadas en el mismo, a través del Pliego que constituye la ley del contrato y a las que deben someterse las partes en su ejecución.

La LCSP regula las causas de resolución de los contratos en los artículos 206 y siguientes, y específicamente para el de servicios en los artículos 284 y 285. Reglamentariamente la regulación se encuentra en los artículos 109 y siguientes del RGCAP.

La Ley concede a la Administración facultades para interpretar, modificar y resolver los contratos en los términos de su artículo 194 LCSP siempre *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley.”* Constituye así una prerrogativa administrativa, que, como garante del interés público existente en todo contrato, el órgano de contratación puede ejercer con sujeción a las leyes.

Respecto a las causas de resolución, el artículo 206 LCSP en su redacción vigente en la fecha de adjudicación del contrato establecía que son causas de resolución del contrato:

*“Son causas de resolución del contrato:*

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis .*
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*

*d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96 .*

*e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.*

*f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.*

*g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I .*

*h) Las establecidas expresamente en el contrato.*

*i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley”.*

La orden de inicio de resolución del contrato se basa en “*el incumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo*” como causa de resolución, y el procedimiento de resolución se inicia a petición de la empresa adjudicataria, que, alega una serie de motivos que se analizarán posteriormente, manifiesta la renuncia a la continuación en la ejecución del contrato mediante su escrito de 28 de diciembre de 2011.

Se encuentra admitido que la renuncia del adjudicatario a la ejecución del contrato constituye un incumplimiento de las obligaciones del mismo, pues aún no recogida dicha causa expresamente en los pliegos o en el contrato, resulta claro que dicha voluntad afecta al objeto del contrato, a su ejecución.

Así resulta además a la luz del artículo 281 LCSP cuando establece que: *“el contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación”*.

Ello ha sido además admitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 27/99 de 30 de junio, y puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2011.

El contrato se adjudicó con fecha 26 de septiembre de 2011, se firmó el 27 de octubre y tiene un plazo de ejecución desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013. La adjudicataria presentó su escrito con fecha 28 de diciembre de 2011, es decir antes del período de ejecución del contrato, si bien el expediente de resolución no se inicia hasta el 26 de marzo de 2012 mediante la orden al efecto.

De todo ello y de la documentación aportada al expediente se deduce que, si bien la adjudicataria comunica la renuncia al contrato con anterioridad al período de ejecución, el procedimiento de resolución se inicia vigente dicho período, y no aparece acreditado en el expediente que la empresa haya paralizado materialmente y de modo unilateral sus obligaciones contractuales.

Ello no obsta a considerar que existe causa de resolución del contrato, aunque no abandono unilateral por parte del adjudicatario, causa que no es otra que la manifestación, mediante solicitud, de renuncia a continuar con su ejecución, solicitud que debe ser resuelta por la Administración.

Sentado lo anterior procede examinar si, conforme los antecedentes de hecho relatados en el expositivo existen causa o circunstancia que ampare la renuncia del adjudicatario o bien debe resolverse el contrato por incumplimiento del contratista.

**CUARTA.-** El contratista fundamenta la causa de su renuncia en un incumplimiento de los deberes de información respecto del personal que viene obligado a asumir, pues dos de los trabajadores de la plantilla que presta servicios para la empresa saliente no son vigilantes de seguridad y por tanto no se cumple ni la normativa de seguridad privada ni el pliego.

El punto 19 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge la obligación de informar sobre las condiciones de los trabajadores a subrogar y se indica que *«el adjudicatario se subrogará en todas las obligaciones que conlleva asumir como propio al personal que preste servicio de seguridad en las referidas sedes de la Consejería de Educación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del vigente Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad (B.O.E. 10 de junio de 2005)»*

En función de ello y en cumplimiento del artículo 104 LCSP la Comunidad de Madrid requirió a la anterior adjudicataria la información necesaria sobre las obligaciones laborales que se derivan del nuevo contrato y las incorporó al Pliego. Dicho precepto establece 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 ello y en primer lugar, no existe incumplimiento de la Administración contratante respecto de los deberes de información que le corresponden, pues facilitó y publicitó en el nuevo concurso la información que le suministró la empresa que venía ejecutando el contrato.

**QUINTA.-** La cuestión se centra por tanto en determinar si la empresa adjudicataria tiene obligación de continuar con la ejecución del contrato, una vez que ella ha constatado y alegado que dos de los trabajadores subrogados no son vigilantes de seguridad, y por tanto si la renuncia que trata de ejercer es o no ajustada a derecho.

El pliego de prescripciones técnicas del contrato establece en el apartado 2º.1 *“Desarrollo del servicio. Medios humanos”*, que: *“El personal que preste el servicio serán vigilantes de seguridad sin arma, que reúnan los requisitos establecidos en la vigente Ley de Seguridad Privada o el que, de acuerdo con la legislación vigente, venga a sustituirlo como categoría básica en las funciones de vigilancia y seguridad”*.

En función de ello se alega por la adjudicataria que, al no cumplir dos de los trabajadores subrogados estos requisitos, no puede seguir ejecutándose el contrato, pues ello vulnera tanto el propio pliego como la normativa de seguridad privada recogida en la Ley 23/1992 de 30 de julio.

A este respecto, aún cuando en principio pudiera pensarse que ello supondría cuando menos una causa de resolución de contrato por imposibilidad de continuar su ejecución, debemos analizar la esencial existencia de las resoluciones judiciales del ámbito laboral que, respecto a estos trabajadores, se han incorporado al expediente.

Así, debemos remontarnos al momento en que la adjudicataria del contrato de vigilancia en las instalaciones no era la empresa actual ni la saliente, sino la anterior. Esta empresa C dejó de prestar sus servicios con

fecha 1 de febrero de 2010, fecha en la que se hizo cargo de la ejecución del contrato, mediante adjudicación, la empresa B.

B, hoy empresa saliente del contrato, ya planteó este problema respecto a dos trabajadores que no tenían la habilitación necesaria para ser vigilantes de seguridad, y por tanto no cumplían los requisitos establecidos en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, así como lo regulado a este respecto en el Real Decreto 2634/1994 y en la Ley 23/1992 de Seguridad Privada.

Por estas razones, esta empresa entonces adjudicataria y que se hizo cargo por subrogación de los trabajadores de la anterior, procedió al despido de los dos mencionados.

Los trabajadores despedidos instaron ante la jurisdicción laboral demanda de despido, que fue tramitada ante el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid, Autos 306/2010, y en los que fue dictada Sentencia de 10 de septiembre de 2010.

En dicha Sentencia el Juzgado estima la demanda de despido, lo entiende improcedente, y condena a la empresa a la readmisión de los trabajadores o al abono de la correspondiente indemnización.

Recoge la Sentencia jurisprudencia de la propia jurisdicción social (Sentencia del Tribunal Supremo en recurso para unificación de doctrina de fecha 15 de diciembre de 1997, y S. del Tribunal de Justicia del País Vasco de 1 de diciembre de 2004, recurso 2336/2004, así como comunitaria (SS. TJCE 1999/308 y 1999/309).

En síntesis se sostiene que:

*“ (...) si el convenio colectivo aplicable establece que en determinadas condiciones debe producirse una subrogación empresarial y ésta no se admite por la empresa cesionaria alegando una hipotética falta de*

*titulación de un trabajador, esa causa de inadmisión, no contemplada en convenio, no puede amparar el rechazo a la subrogación empresarial. La citada Sentencia de esta Sala dictada en recurso 2364/00 examinó precisamente el problema que se acaba de indicar: la negativa de una empresa de seguridad que se negó a subrogarse como empleadora de un trabajador de la previa empresa contratista basándose en la falta de titulación de dicho trabajador”.*

Y, en definitiva, concluye la Sentencia que “(...) cuando la empresa cedente comete irregularidades en la contratación laboral, tanto si afectan a la contrata suscrita con la empresa principal como al contrato de trabajo, éstas deben ser asumidas por la cesionaria”.

Por tanto, expuesto lo anterior, desde un punto de vista laboral la cuestión está resuelta.

Y resuelta en dicho ámbito también debe considerarse solucionada en el plano administrativo, habida cuenta que las condiciones de la subrogación en cuanto a los trabajadores que son asumidos por la empresa adjudicataria son reguladas conforme la legislación laboral. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, /1995 de 13 de febrero de 2001, recurso de casación número 2612/1995. En ésta última el alto tribunal considera que:

*“A mayor abundamiento y de acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala (como ya hemos señalado en sentencias de 9 [ RJ 1999, 3741] y 10 de abril [ RJ 1999, 3745] y 3 de mayo de 1999 [ RJ 1999, 4299] ), la cuestión no puede ser estimada, pues la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero ( LCEur 1977, 67), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas en la redacción de la Directiva 98/50/CE ( LCEur*

*1998, 2285) del Consejo de 29 de junio, los derechos reconocidos a los trabajadores por la Directiva 77/187/CEE, adaptada a nuestro ordenamiento por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo texto debemos sujetarnos, son unos derechos de contenido netamente laboral, que forman parte del status del trabajador y deben hacerse valer ante los órganos del orden jurisdiccional social, según lo establecido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril ( RCL 1995, 1144 y 1563), pero a todo ello se une una razón fundamental para denegar la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y es que en el presente estado de la cuestión, la terminación de una contrata para la limpieza de edificios y locales no implica el automático traspaso de los trabajadores a la empresa que asume una nueva contrata. Este resultado no lo impone norma legal alguna, ni en el derecho interno, ni en el derecho comunitario. La transferencia sólo tendría lugar si concurren ciertos condicionamientos, que enlazan con las características del cambio empresarial, o con lo prevenido en alguna regla especial, por lo común incluida en un pacto colectivo”.*

No entra por tanto en la esfera de la contratación administrativa el resolver si determinados trabajadores que no cumplen los requisitos del Pliego deben o no ser asumidos por la empresa adjudicataria. Dicha cuestión como decimos, pertenece al ámbito laboral, y conforme su normativa y en su jurisdicción ha de ser resuelta.

Por todo lo expuesto, en la cuestión sometida a dictamen, la renuncia de la empresa adjudicataria a la ejecución del contrato, basada en la falta de habilitación adecuada de dos trabajadores para desempeñar la actividad de vigilante de seguridad, no se entiende amparada por causa legal que la justifique, y por tanto se considera un incumplimiento del contratista.

SEXTA.- La orden de resolución del contrato decreta la incautación de la garantía definitiva.

El artículo 208, apartados 3 y 4 LCSP establece que:

*“3. 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.*

*4. 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. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.*

De la redacción de este precepto en combinación con lo dispuesto en el artículo 90 LCSP, debemos concluir que se permite la incautación de la garantía con independencia de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a la Administración, siempre que la causa de resolución sea imputable al contratista. Así el artículo 90 LCSP establece que: *“La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista”.*

De ello se considera, siempre referido a la fecha que nos ocupa en cuanto la redacción de los preceptos aplicables de contratación pública, que la incautación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista, que permite así

resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución total o parcial de un contrato.

Así lo sostuvimos en nuestro Dictamen número 175/12 de 21 de marzo de 2012, e igualmente lo vienen apuntando diversos Consejos Consultivos autonómicos como el de Extremadura en su dictamen 85/2011 de 17 de febrero, o el de Castilla la Mancha 75/2011 de 30 de marzo.

Atendidas las circunstancias fácticas del caso, la incautación de la garantía se encuentra justificada, habida cuenta que el contratista ha dejado de cumplir con su obligación esencial de ejecución del contrato al renunciar al mismo, sin que pueda achacarse a otra conducta administrativa o extraña la existencia de causa de incumplimiento.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

## CONCLUSIÓN

Resulta procedente la resolución del contrato “Vigilancia y Seguridad del Instituto de Educación Secundaria “Antonio Machado” de Alcalá de Henares, suscrito con la empresa A, así como la incautación de la garantía a la empresa adjudicataria.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 26 de julio de 2012