

Dictamen nº: **191/16**

Consulta: **Consejera de Economía, Empleo y Hacienda**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **09.06.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 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 del servicio de “*Vigilancia y Seguridad de los edificios adscritos a la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura. Lote 1 (Empleo)*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Economía, Empleo y Hacienda el día 13 de mayo, sobre expediente de resolución del contrato “*Vigilancia y Seguridad de los edificios adscritos a la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura. Lote 1 (Empleo)*”, suscrito con la mercantil Magasegur (en adelante, “*la contratista*”).

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 296/16, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone 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 (ROFCJA), cuyo vencimiento se fijó el 23 de junio de 2016.

Ha correspondido su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 9 de junio de 2016.

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

1.- Por Orden de 5 de junio de 2013 de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura fueron aprobados los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares que habían de regir el contrato de servicios de Vigilancia y Seguridad de los edificios adscritos a la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura para su adjudicación por procedimiento abierto con criterio precio estando dividido en tres lotes.

Los lotes 1 (sedes empleo) y 3 (sedes cultura) fueron adjudicados a la contratista. En concreto el lote 1 fue adjudicado por un precio total (IVA incluido) de 4.363.050,74 euros con un plazo de duración de 24 meses, de 1 de enero de 2014 a 31 de diciembre de 2015.

El contrato fue formalizado el 31 de diciembre de 2013.

2.- Con fecha 29 de mayo de 2014 se modificó el contrato incrementándose el precio en 248.847,08 euros.

El 29 de diciembre de 2015 se formaliza la prórroga del contrato por un plazo de seis meses, desde el 1 de enero hasta el 30 de junio de 2016 con un precio de 1.173.711,72 euros.

3.- Por escrito de 18 de marzo de 2016 (registrado ese mismo día) la contratista afirma que, ante la situación financiera de la empresa que ha

llevado a solicitar ante los Juzgados de lo Mercantil de Murcia el inicio de actuaciones para lograr un acuerdo de refinanciación con sus acreedores al amparo del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, “*(...) manifiesta su imposibilidad de ejecutar la prestación de los servicios contratados y de las obligaciones esenciales del contrato (...) por lo que solicita la resolución del contrato y renuncia a su ejecución desde el próximo 1 de abril de 2016*”.

Consta en el expediente una copia del acta del acto de conciliación realizado ese mismo día en el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid entre la contratista y representantes de sus trabajadores en el que se recoge expresamente que “*La empresa se obliga en este acto a renunciar con fecha de efectos de 1 de abril de 2016 y de forma irrevocable a los contratos de seguridad que mantiene con la Administración pública origen del presente conflicto*”.

4.- Por Orden de 21 de marzo de 2016 se acuerda el inicio del expediente de resolución contractual al amparo del artículo 223.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

La citada Orden es notificada a la contratista y a la empresa Millenium Insurance Company Limited en cuanto prestadora del seguro de caución que constituye la garantía definitiva, concediendo un plazo de diez días para alegaciones.

5.- Con fecha 31 de marzo de 2016 formula alegaciones la empresa contratista en el que considera que hasta la fecha ha venido ejecutando todas las prestaciones del contrato.

Destaca que, según doctrina del Consejo de Estado, una obligación del contratista se considera incumplida (sic) cuando la insolvencia es culpable; se extingue la personalidad jurídica del contratista; se demora

injustificadamente la ejecución del contrato o se incumple injustificadamente dentro del plazo de inicio de los contratos adjudicados de urgencia o bien se incumplen las obligaciones esenciales por motivos imputables exclusivamente al contratista.

Considera que el mero hecho de solicitar el concurso no supone sin más el que exista un incumplimiento culpable que exigiría acreditar que ha existido tal incumplimiento bien dentro del procedimiento concursal o bien ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Afirma que solo puede incautarse la garantía cuando el concurso haya sido declarado culpable, entendiendo aplicable el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y considera que el periodo de consultas con los acreedores exige la paralización de sus operaciones de tráfico ordinario.

Cita diversas resoluciones de órganos consultivos según las cuales la solicitud de concurso no es causa automática de resolución y solicita una resolución de mutuo acuerdo.

Consta un informe firmado el 7 de abril de 2016 por el secretario general técnico de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda contestando esas alegaciones afirmando, en síntesis, que la resolución no se debe al concurso sino a la voluntad de la empresa de no prestar el servicio.

Considera procedente la resolución por incumplimiento del contratista y rechaza que pueda existir una resolución por mutuo acuerdo.

El 29 de marzo de 2016 presenta alegaciones la aseguradora en las que considera aplicable la causa de resolución del artículo 223.b) del TRLCSP por lo que solo procede la incautación de la garantía si el concurso es calificado como culpable y ello solo en cuanto sea necesario para cubrir los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado a la

Administración, daños que considera inexistentes por cuanto, al no prestarse el servicio, la Administración no ha de pagar el precio del contrato.

El 6 de abril de 2016 el secretario general técnico de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda contesta afirmando que la resolución no se debe a la situación concursal de la contratista sino al incumplimiento del contrato y afirma que tal incumplimiento sí ha generado un coste económico que se determinará posteriormente.

6.- El 8 de abril de 2016 se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

La letrada-jefe en la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda emite informe el 14 de abril en el que considera procedente la resolución contractual y entiende que no procede la incautación automática de la garantía sino su retención a expensas de la liquidación de daños y perjuicios.

Al solicitarse dicho informe se procede a suspender el plazo para resolver al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), notificándose la suspensión a la contratista y a la aseguradora, procediéndose a levantar la suspensión al recibirse el citado informe.

7.- Con fecha 6 de mayo de 2016 la interventora delegada jefe en la Consejería eleva el expediente de resolución para informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

El 12 de mayo de 2016 la interventora general de la Comunidad de Madrid emite informe favorable a la propuesta de resolución.

8.- Consta en el expediente un “borrador de Orden de resolución” que se limita a acordar la resolución del contrato “(...) como consecuencia del reconocimiento por parte de la empresa de la imposibilidad de continuar la prestación de los servicios contratados y de las obligaciones esenciales inherentes al mismo, tal y como se manifiesta en el escrito presentado por la empresa con fecha 18 de marzo de 2016, en el que se renuncia a continuar la ejecución del mismo” y a acordar la retención de la garantía definitiva.

9.- El 20 de mayo de 2016 se solicita a la Consejería que aporte una propuesta de resolución y que informe si se ha suspendido el plazo para resolver.

Por escrito de 24 de mayo, el secretario general técnico de la Consejería informa que la propuesta de resolución es el borrador de orden de resolución al que se ha hecho referencia y que por Orden de 20 de mayo de 2016 se suspendió el plazo para resolver notificándose a la contratista y a la aseguradora adjuntándose copias de las notificaciones por fax.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer 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. Igualmente se ha dado audiencia a la entidad aseguradora que presta la garantía definitiva habiendo igualmente presentado alegaciones.

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 Orden de 21 de marzo de 2016.

De este modo, no cabe duda de que, en las fechas actuales, el plazo para resolver no ha expirado, máxime cuando, además, el procedimiento fue suspendido para solicitar el informe a la Abogacía General y se ha suspendido nuevamente al solicitar el dictamen de esta Comisión según consta en escrito del secretario general técnico recibido en esta Comisión el 25 de mayo de 2016.

Debe hacerse una referencia a la necesidad de que en el expediente conste una propuesta de resolución tal y como exige el artículo 19 del ROFCJA. La propuesta de resolución no debe limitarse a ser un borrador de una orden 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 el acuerdo de inicio; 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 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas que establece como objeto del contrato la ejecución de los trabajos descritos en el apartado 1 del anexo I, esto es, *“(...) la prestación del servicio de vigilancia y seguridad de distintos edificios adscritos a la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura”*.

La Administración considera que procede la aplicación de esa cláusula de resolución habida cuenta que la contratista presentó un escrito en el que manifestaba su imposibilidad de seguir prestando los servicios contratados, solicitando la resolución y renunciando a la ejecución desde el 1 de abril de 2016.

En definitiva, son dos las cuestiones a examinar. En primer lugar, si la declaración de la contratista en cuanto a su voluntad de abandonar la ejecución de un contrato en vigor encaja en la causa de resolución del artículo 223 f) del TRLCSP tal y como plantea la Administración y, en segundo lugar, la incidencia del concurso de acreedores, tal y como plantean la contratista y la entidad aseguradora.

CUARTA.- En cuanto a la primera cuestión, 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.

La Orden de inicio del procedimiento cita un antiguo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que consideraba, bajo la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 que la renuncia del contratista a ejecutar el contrato suponía el incumplimiento de una obligación esencial como es el propio objeto del contrato.

La Ley de Contratos del Sector Público de 2007 recogió expresamente la doctrina jurisprudencial en cuanto a que la resolución del contrato solo procedía en caso de incumplimiento de obligaciones esenciales.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en diversos dictámenes como el 503/11, de 21 de septiembre, consideró que por tales habían 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 mismo Consejo 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”.

Pues bien, en este caso además de la expresa voluntad de la contratista de incumplir el contrato es patente que la Administración ve frustrada la finalidad del contrato como es dotar de seguridad a una serie de dependencias públicas que se ven abocadas bien a quedarse sin seguridad o bien a contratar a otra empresa por el periodo incumplido con los costes que ello genera.

Desde el momento en que la contratista ha manifestado expresamente que no piensa cumplir el contrato desde el 1 de abril de 2016 procede resolver de inmediato este contrato puesto que así lo exige el interés público al cual debe atenerse la Administración conforme el artículo 22 del TRLCSP.

En cuanto a la influencia de la situación de concurso en la que se encuentra la contratista conviene recordar que el artículo 223.b) del TRLCSP considera causa de resolución la declaración de concurso del contratista pero el artículo 224 añade que es la apertura de la fase de liquidación la que determina la resolución del contrato de tal forma que – apartado 5º- *“En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución”.*

En el caso que nos ocupa no existe como tal declaración de concurso sino que la contratista tan solo afirma que ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación con los acreedores al amparo del artículo 5 bis de la Ley Concursal.

Ha de recordarse que el artículo 67.1 de la Ley Concursal establece que “*Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial*”.

Por ello la citada comunicación carece de trascendencia alguna sobre la resolución del presente contrato administrativo toda vez que el TRLCSP configura como posible causa de resolución la declaración de concurso y la resolución obligatoria en caso de apertura de la fase de liquidación.

Al no existir ninguna de estas dos situaciones y haberse producido el incumplimiento ha de aplicarse, lógicamente, el criterio cronológico para el caso de concurrencia de causas de resolución, recogido en dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid como el 408/09, de 22 de julio y el 289/11, de 1 de junio, siguiendo en este sentido la doctrina del Consejo de Estado, por más que, como decimos, no consta en el expediente que se haya declarado el concurso.

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 transscrito, 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 no ha

llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista sino que expresamente remite esa determinación a un procedimiento posterior.

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

Por todo lo anterior, entendemos procedente acordar 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 mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato administrativo de servicios “*Vigilancia y Seguridad de los edificios adscritos a la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura. Lote 1 (Empleo)*”, estándose, en cuanto a la garantía

prestada por la contratista, a lo señalado en la precedente consideración jurídica.

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 9 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 191/16

Excma. Sra. Consejera de Economía, Empleo y Hacienda

Carrera de San Jerónimo, 13 – 28014 Madrid