

Dictamen nº: **373/12**
Consulta: **Alcalde de San Sebastián de los Reyes**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **20.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Sebastián de los Reyes a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*” celebrado con la entidad A (en adelante el contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de mayo de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*” celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 20 de junio de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Por Resolución de la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes de 8 de junio de 2010 se acordó el inicio y tramitación del expediente de contratación denominado “*Servicio de Personal de Sala para el Aula de Estudio y Mediateca*” con un presupuesto de licitación de 66.673 euros (IVA no incluido) euros a adjudicar por el procedimiento abierto (folio 19 del expediente administrativo).

El 15 de julio de 2010 la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana dictó resolución por la que aprobaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas Particulares que habían de regir el citado contrato, aprobaba el gasto y el expediente de contratación y acordaba la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato (folio 45). El anuncio de la licitación fue publicado en el BOCM de 26 de julio de 2010 (folios 47 a 49).

Por Decreto nº 2575/2010, de 17 de septiembre de 2010, la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana acordó adjudicar provisionalmente el contrato a la entidad A, “*por el precio de 55.776 € y un IVA repercutido de 0 €, que supone una baja de 36,3%, en base al informe de fecha 9 de septiembre de 2010 emitido por la Directora de Promoción y Planificación*” (folios 97 y 98). La adjudicación provisional, una vez presentada la documentación requerida en la cláusula 18 del Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares y constituida la garantía definitiva por importe de 2.788 euros y satisfechos los gastos por anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (2.480 euros), fue elevada

a definitiva por Decreto nº 2798, de 5 de octubre de 2010 de la concejal delegada de Economía y Participación Ciudadana.

Con fecha 14 de octubre de 2010 se firmó el meritado contrato por el Alcalde de San Sebastián de los Reyes y el representante de la entidad contratista (folios 256 y 257).

El 7 de marzo de 2011 se firmó documento de rectificación del contrato por el Alcalde de San Sebastián de los Reyes y la empresa contratista por no haber contemplado el contrato inicial que el servicio prestado por la empresa contratista estaba sujeto al 18%, al haberse considerado en la oferta, al igual que el resto de los licitadores, que el citado servicio estaba exento de IVA.

El día 20 de marzo de 2012, la jefe de sección de Juventud del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes emitió informe en el que ponía de manifiesto la incomparecencia del personal encargado de prestar el servicio de Aula de estudio y Mediateca el día 18 de marzo y solicitaba que se identificara al personal que prestaría el servicio para el fin de semana siguiente, 24 y 25 de marzo. Según el citado informe: *"Ante estas circunstancias, emitimos informe, proponiendo al Servicio de Contratación para que de audiencia a la empresa y se pueda resolver el contrato de manera inmediata, si fuese posible en esta semana, siempre que la entidad A, no esté interesada en continuar"* (folios 290 y 291).

Por burofax remitido el 23 de marzo de 2012 dirigido al Secretario del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, la empresa contratista remite escrito en el que pone de manifiesto que desde diciembre de 2010 no le han sido satisfechas las facturas emitidas y que se le adeudan un total de 27.135,70 euros. En el citado escrito la empresa manifiesta:

«Son muchas las llamadas telefónicas y mensajes electrónicos remitidos a Vds. en los cuales mostrábamos nuestro disgusto con una situación que no podemos soportar por más tiempo.

Es por ello que nos vemos en la obligación de comunicarles que desde hoy mismo, la entidad A. no va a continuar prestándoles a Vds. el servicio contratado de “personal de sala para aula de estudio y mediateca del Ayuntamiento”, invocando su derecho del contratista a RESOLVER EL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN (artículo 224.7º del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público, TRCSP).

En consecuencia les emplazamos a que emitan Vds. el preceptivo Acuerdo de Resolución, que resuelva favorablemente la procedencia de la misma, acordando el reintegro del depósito constituido en garantía, cuyo importe ascendió a DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO (2.788.- euros, antecedente III. Contrato aaa de 14/10/10), ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 225.4 TRCSP.

Adicionalmente, les recordamos que la Corporación SE ENCUENTRA EN MORA frente a la entidad A, por lo que de no abonar la total suma adeudada que se detalla más arriba de forma inmediata, nos veremos en la obligación de reclamárselo judicialmente, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 217 TRCSP” (folios 295 y 296).

El citado burofax fue recibido por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes el día 26 de marzo de 2012, según se hace constar por nota escrita manualmente. El sello del registro de entrada es de 27 de marzo de 2012. No obstante, copia del escrito se remitió por correo electrónico a la jefa de sección de Juventud del Ayuntamiento, quien da traslado del citado correo al Servicio de Contratación, también por vía de correo electrónico.

Decía así el mensaje: “*Acabo de recibir en mi dirección de correo electrónico a las 18:57 horas de la tarde, este correo en el que se adjunta texto, que parece ser ha sido remitido mediante burofax al Ayuntamiento*” (folio 297).

El día 26 de marzo de 2012, la jefa de sección de Juventud emitió informe, a la vista del correo electrónico recibido en el que manifestaba: “*Procedo a revisar las facturas relacionadas en el texto, comprobando que según la documentación que existe en la Sección de Juventud e Infancia, las facturas de la serie bbb, con números ccc, ddd, eee, fff y ggg, se corresponden con la prestación del servicio de punto de información de Voluntariado con número de contrato menor hhh.*

Mediante llamada al centro joven, la mañana del sábado 24 y la tarde del domingo 25 de marzo, compruebo a través del personal de B, empresa adjudicataria del servicio de personal para el control de acceso del centro joven, que no se ha presentado ningún trabajador de A para la ejecución del servicio de aula de estudio y mediateca.

Ante estas circunstancias, emitimos informe, proponiendo al Servicio de Contratación para que proceda en la manera que corresponda; teniendo en cuenta que A, no va a seguir prestando el servicio contratado” (folios 301 y 302).

Con fecha 26 de marzo de 2012, el Jefe del Servicio de Contratación con el visto bueno del Concejal de Contratación emitió informe en el que desestimaba la solicitud de resolución del contrato formulada por la empresa contratista al considerar que en la fecha de emisión del informe no habían transcurrido los 8 meses desde la emisión de ninguna de las facturas reclamadas y reconocimiento de la prestación del servicio por el director del contrato, por lo que no concurría la causa de resolución instada por el contratista. Asimismo, tampoco se había comunicado la suspensión de la ejecución del contrato, como previene el artículo 216.5 TRLCSP ni que se

hubiera iniciado el procedimiento del artículo 217 TRLCSP para reclamar el pago y, en su caso, los intereses de demora. El informante reconocía que las facturas habían sido reconocidas dentro del Plan regulado en el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores y que existía un incumplimiento del contrato por la entidad A que no prestó el servicio contratado los días 18, 24 y 25 de marzo de 2012. El jefe del Servicio de Contratación consideraba que existía causa de resolución del contrato por el tercero de los incumplimientos (los dos primeros determinaban la imposición de penalidades) y acordaba:

“Especificadas las consecuencias del incumplimiento de la prestación en la citada cláusula, que pasan por la imposición de penalidades hasta el segundo incumplimiento, penalidades que se harán efectivas con cargo a la facturación mensual o con cargo a la fianza definitiva (art. 212.8 TRLCSP); y por la resolución del contrato con el tercero de los incumplimientos, resolución que llevará aparejada la incautación de la fianza definitiva que, por importe de 2.788 € ha sido depositada en este Ayuntamiento mediante aval de la entidad C el 4 de octubre de 2010, procedería:

De conformidad con lo dispuesto en el art. 84 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y previamente a la adopción del acuerdo de imposición de penalidades, otorgar trámite de audiencia a las mercantiles A y entidad avalista C a efectos de que, en el plazo de diez días, pueda tener vista en el expediente y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinente en defensa de sus derechos e intereses” (folios 304 y 305).

Con fecha 27 de marzo de 2012, el concejal delegado de Contratación, Desarrollo Local y Festejos, a la vista del anterior informe, dicta Decreto

1044/12 por el que se acuerda dar audiencia al contratista previa a la resolución del contrato (folios 310 a 312).

Por escrito presentado por el representante de A el 19 de abril de 2004, la empresa contratista se opone a la resolución del contrato porque considera acreditado el incumplimiento de la Administración al haber transcurrido más de catorce meses desde la emisión de la factura iii, de 31 de diciembre de 2010 y remisión el día 11 de enero de 2011 sin que haya sido satisfecha (folios 321 a 323).

Por escrito presentado el 27 de abril de 2012, la entidad aseguradora también efectúa alegaciones y se opone a la resolución del contrato (folios 325 y 326).

Con fecha 3 de mayo de 2012, la jefa de sección de Juventud e Infancia emite informe en el que calcula los perjuicios económicos causados al Ayuntamiento en 1.693,75 euros “*dejando a criterio del Jefe de Servicio de Contratación para que se calculen los costes económicos por daños morales derivados del incumplimiento y se añadan los gastos administrativos del personal de dicho Servicio*” (folios 329 a 332).

El 7 de mayo de 2012, el jefe de Servicio de Contratación, con la conformidad del Secretario del Ayuntamiento, emite informe (folios 333 a 337), en el que propone:

“*Resolver el contrato suscrito con la mercantil A que tiene por objeto la presentación del servicio de Personal de sala para Aula de estudio y Mediateca del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes por causas imputables al contratista, el abandono del servicio desde el 18 de marzo y hasta la fecha.*

“*Fijar daños y perjuicios ocasionados a esta Administración en 5.472,08 €, importe del sobrecoste de la prestación del servicio hasta el vencimiento del contrato y nueva adjudicación, y que resulta de haberse*

adjudicado actualmente por contratación menor por el precio de licitación, 20,08 €/hora, sin poder considerar con el nuevo prestatario del servicio la baja del 36,3% que ofertó el adjudicatario.

Otorgar plazo de QUINCE DÍAS a la mercantil A para que proceda al pago de 5.472,08 € en que se valoran los daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

Estando pendiente el pago de la facturación correspondiente al año 2012, y de no hacer manifestación en contrario en el periodo de pago voluntario, se procederá a compensar el importe de la indemnización con la facturación pendiente. De no procederse al abono de dicha cuantía en el plazo otorgado o no hacerse efectiva la compensación de deudas, se procederá a iniciar vía de apremio para el cobro con cargo a la garantía depositada y procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación”.

Con fecha 10 de mayo de 2012, el alcalde de San Sebastián de los Reyes firma la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado 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: (...) 4.º 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”.

La solicitud de dictamen por el alcalde de San Sebastián de los Reyes se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación definitiva a la contratista el 5 de octubre de 2010.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final duodécima de la LCSP había previsto su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de octubre de 2007, de manera que la nueva ley, estaba vigente desde el 30 de abril de 2008.

A su vez, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su Disposición Transitoria 7^a que “*Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

Por tanto, le resulta aplicable la LCSP en su redacción anterior a la Ley 2/2011.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 195.3 LCSP, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento seguido y por lo que respecta a su duración y la posible caducidad, debemos señalar que no consta la existencia de un acto formal de iniciación del procedimiento, siendo la concesión de un trámite de audiencia al contratista por medio de escrito de 27 de marzo de 2012 el primer acto del procedimiento de resolución contractual.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 631/11 se ha pronunciado sobre las consecuencias de la inexistencia de un acto formal de inicio del procedimiento y citaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 (Recurso 175/2004), donde se considera que la falta de un acto

formal de iniciación del procedimiento no es una irregularidad esencial. Por tanto, habrá de tenerse como acto de inicio del procedimiento y, por tanto, la fecha que habrá de tenerse en cuenta a los efectos de caducidad, la de concesión del trámite de audiencia, esto es, el 27 de marzo de 2012.

La aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha sido recogida por este Consejo en dictámenes como el 10/10, de 20 de enero de 2010, entre otros, en el que se recuerda que *"Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni la LCSP.- del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto"*.

Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado por la aplicación del artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

El artículo 44 de la LRJ-PAC alude a la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver que viene determinado por el artículo 42 de la

LRJ-PAC que fija dicho plazo en el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses (apartado 3).

Sin embargo, como se ha expuesto, este plazo puede interrumpirse conforme el apartado 5.c) del citado artículo 42 de la LRJ-PAC: *“Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*. Efectivamente, y dado que en determinadas ocasiones el plazo establecido por el legislador puede resultar excesivamente breve en atención a circunstancias o incidencias de difícil previsión, la propia Ley 30/1992 ha permitido, en su artículo 42.5, la posibilidad de suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución en determinados supuestos. Entre ellos, figura el que se refiere a la necesidad de solicitar informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, en cuyo caso opera la suspensión por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

En el presente caso, no consta que, tras la solicitud del dictamen a este Consejo Consultivo se haya acordado la suspensión del procedimiento de resolución del contrato. Por tanto, el procedimiento caducaría el próximo 27 de junio de 2012.

Por su parte, tanto el artículo 112 del TRLCAP, como el artículo 224 del TRLCSP, atribuyen la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley. El artículo 109 del 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 (RGCAP), regula el procedimiento y dispone:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista.

En el ámbito procedural, al encontrarnos ante una entidad local, resulta también de aplicación el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), que exige la emisión de informes del secretario y el interventor municipales. En el caso sometido a dictamen figura en el expediente un informe de 7 de abril de 2012, emitido por el jefe de Servicio de Contratación con la conformidad del Secretario que puede considerarse emitido por el Secretario. No aparece, sin embargo, el informe del interventor municipal.

TERCERA.- En lo que respecta al fondo de la cuestión, esto es, la resolución del contrato, la Administración consultante la sustenta en el incumplimiento por el contratista de la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato que, en relación con las penalidades, dispone: “*Las que procedan según Ley por ejecución defectuosa o demora en los plazos de ejecución. El cumplimiento defectuoso llevará aparejada sanción por importe del 10% del presupuesto de contrato a que afecte la prestación. El tercer incumplimiento llevará aparejada la resolución del contrato. La demora en la prestación llevará aparejada la sanción prevista en el artículo 196.4 de la Ley de Contratos del Sector Público*”. El inicio del procedimiento de resolución se acuerda al tiempo de producirse el tercero de los incumplimientos, pues la empresa contratista no prestó el servicio los días 18, 24 y 25 de marzo de 2012.

El contratista, por su parte, alega en el trámite de audiencia que con fecha 23 de marzo de 2012, mediante burofax, solicitó la resolución del contrato por demora de la Administración de más de ocho meses. Al efecto, dice aportar –como documentos 1y 2- copia de la factura iii de 31 de diciembre de 2010, recibida por el Ayuntamiento el día 11 de enero de 2011, y a la que se acompañaba un cuadrante mensual de asistencia del empleado asignado al Ayuntamiento. Los citados documentos no aparecen en el expediente remitido por el Ayuntamiento a este Consejo Consultivo.

La resolución por causa imputable al contratista determina la obligación de este de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, indemnización que 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. Además, la resolución por culpa del contratista determina que quede incurso en prohibición para contratar con la Administración, de conformidad con el artículo 60.2.a) TRLCSP.

La resolución del contrato por causa imputable a la Administración determina, de acuerdo con el 208.2 LCSP, determinará “... *con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista*”. Además, no habría incautación de la garantía ni quedaría incurso el contratista en prohibición para contratar.

Se trata, por tanto, de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista.

Sobre la concurrencia de varias causas de resolución, este Consejo Consultivo en sus dictámenes 505/09 y 532/09, ha recogido la doctrina reiterada del Consejo de Estado, según la cual, resulta improcedente pretender la extinción de un contrato administrativo en dos causas de resolución y que, en tales supuestos debe aplicarse siempre la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1252/2009, de 23 de julio declara que «*en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”*».

Sin embargo, esta doctrina no resulta de aplicación en el caso de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista, donde la concurrencia de culpas atempera o excluye la responsabilidad, según los casos, la responsabilidad del contratista.

Tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han puesto de relieve la falta de pronunciamiento de las normas sobre contratación

administrativa sobre aquellos supuestos de concurrencia de incumplimientos de las partes contratantes en la determinación de los efectos propios de la resolución de los contratos.

El Consejo de Estado en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, emitido al Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se hizo eco de la necesaria regulación de esta cuestión puesto que, según señalaba, “*no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento*”.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso de casación 30/2001), señala:

“Pues si bien es cierto, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 112, cuando regula y define las causas de resolución del contrato, lo hace, a salvo el supuesto de mutuo acuerdo, enumerando por separado, las causas derivadas de la actuación o culpa del contratista, de aquellas que lo son por la actuación o culpa de la Administración, y que no hace, al menos referencia expresa, a la posible concurrencia de culpas de parte del contratista y de la Administración, sin embargo, además de que es ciertamente difícil, que la Ley resuelva directa y acabadamente, toda la amplia gama de posibilidades de la actuación de la Administración y el contratista en la resolución del contrato, y estando, como están obligados los órganos judiciales, a resolver todas las cuestiones planteadas, artículo 1 del Código Civil, es claro, que la Sala de Instancia estaba obligada a resolver la cuestión planteada, de acuerdo, en primer lugar, con las normas, que regulan la resolución de los contratos, artículos 112 y siguientes de la Ley y después en su caso, con el resto del ordenamiento artículo 4 del Código Civil, y que, por ello, la solución así

dada era un verdadero y real juicio en derecho y no un arbitraje de equidad, como la parte recurrente refiere.

De otra parte se ha significar, que como la sentencia recurrida, no acuerda ni la incautación de la fianza, a que se refiere el artículo 114.4, de la Ley 13/95 de 18 de junio, ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista a que también se refiere el citado artículo 114.3, es claro, que ni está apreciando la culpa exclusiva de la Administración, ni la del contratista, pues según el citado articulo, el incumplimiento de la Administración genera la obligación de indemnización a favor del contratista de los daños y perjuicios causados, y, el incumplimiento culpable del contratista genera la incautación de la fianza”.

En el caso que nos ocupa, la primera de las causas alegadas de resolución del contrato es la invocada por el contratista consistente en la demora en el pago del precio por más de ocho meses, en el burofax remitido el 23 de marzo de 2012. En dicho escrito la empresa contratista, después de realizar una relación de catorce facturas impagadas, por un total de 27.135,70 euros, manifiesta que la primera de las facturas no satisfechas por la Administración por importe de 2.419 euros fue emitida el día 31 de diciembre de 2010. Dice textualmente el escrito remitido al Ayuntamiento:

«Son muchas las llamadas telefónicas y mensajes electrónicos remitidos a Vds. en los cuales mostrábamos nuestro disgusto con una situación que no podemos soportar por más tiempo.

Es por ello que nos vemos en la obligación de comunicarles que desde hoy mismo, A. no va a continuar prestándoles a Vds. el servicio contratado de “personal de sala para aula de estudio y mediateca del Ayuntamiento”, invocando su derecho del contratista a resolver el contrato por incumplimiento de la administración (artículo 224.7º del Real

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público).

En consecuencia les emplazamos a que emitan Vds. el preceptivo Acuerdo de Resolución, que resuelva favorablemente la procedencia de la misma, acordando el reintegro del depósito constituido en garantía, cuyo importe ascendió a dos mil setecientos ochenta y ocho euros...».

De la relación de facturas remitidas, solo la primera, la número iii – emitida el 31 de diciembre de 2010- cumpliría el requisito del plazo de ocho meses previsto por la ley como causa de resolución. El resto, emitidas a partir del 31 de julio de 2011, no podrían considerarse incursas en la causa de resolución del artículo 206.e) LCSP, a la fecha del escrito de denuncia del incumplimiento de la Administración.

Sobre esta primera factura el Ayuntamiento alega, sin embargo, que “*no había sido presentada, por error del contratista*”. Sin embargo, no existe duda alguna que el servicio se prestó en diciembre de 2010 y que la Administración tenía conocimiento de su existencia, pues así se hizo constar en una anotación manuscrita al margen en el escrito presentado por el interesado donde se puede leer: “*Si, pero no registrada en Ayuntamiento*”. Por tanto, resulta de aplicación el artículo 200.4 LCSP, cuyo inciso final dispone: “*Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación*”.

En consecuencia, debe concluirse que el día 23 de marzo de 2012, la Administración estaba incursa en la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.e) LCSP.

Ahora bien, que la Administración estuviera incursa en causa de resolución del contrato no implicaba que la empresa contratista pudiera, sin más, dejar de prestar el servicio al que se había comprometido en virtud del contrato. Por tanto, el abandono del servicio que comunicaba en su carta de 23 de marzo de 2012, supone también un incumplimiento del contratista.

Como ya ha señalado este Consejo Consultivo en su dictamen 331/11 y 532/09, “*los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la suspensión o resolución en los casos previstos en la legislación de contratos, debiendo el contratista instar tal suspensión o resolución, pero sin que este pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o retraso por el órgano de contratación de las suyas*”.

Con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3^a, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo dictamen n.^o 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos: “*El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras*”. Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), “*el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la*

Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]”.

Por tanto, la empresa contratista debía haber continuado la prestación del servicio –en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa– hasta que la Administración, previa tramitación del procedimiento oportuno, hubiese acordado la resolución del contrato. En consecuencia, el cese en la prestación del servicio supone un incumplimiento culpable de sus obligaciones contractuales. Incumplimiento que, además, ha generado daños a la Administración al tener que contratar los servicios de otra empresa para que atienda a los jóvenes del municipio que acuden al aula de estudio y mediateca. Dicho incumplimiento debe tenerse en cuenta al tiempo de determinar los efectos de la resolución del contrato.

Si la empresa contratista hubiese continuado la prestación del servicio, a pesar del incumplimiento de la Administración, tendría derecho –de conformidad con el 208.2 LCSP AL “*pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista*”. Sin embargo, al cesar unilateralmente en la prestación del servicio, e incumplir el contrato, esta conducta deberá tenerse en cuenta en la resolución del contrato, atemperando o excluyendo la responsabilidad de la Administración.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de junio de 2002 (recurso de casación 3008/1997), señala que “*las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330])*”.

En el presente caso, el incumplimiento culpable del contratista que se produce con el abandono por decisión unilateral del servicio excluye la responsabilidad de la Administración.

Debe partirse de la premisa tanto la LCSP como el actual TRLCSP, atribuyen al contratista, ante de demora en el pago del precio por más de ocho meses, la posibilidad de instar la resolución del contrato ante el órgano de contratación, que es el competente para acordar la resolución del mismo, siguiendo el procedimiento legalmente establecido. La normativa contractual solo atribuye al contratista ante la demora en el pago del precio en más de cuatro meses, la posibilidad de acordar unilateralmente la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar, con un mes de antelación, tal circunstancia a los efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión.

Por ello, el abandono unilateral del servicio sin esperar a la resolución del procedimiento instado por el contratista, debe tener una consecuencia, porque si no carecería de sentido la exigencia del mismo y la ley habría permitido la resolución automática o por decisión unilateral del contratista.

El contratista –en aras del interés general al que responde el contrato administrativo– tiene obligación de continuar con el cumplimiento del contrato, hasta que el órgano de contratación acuerde la resolución del mismo.

En consecuencia, la conducta culpable del contratista, que con el abandono unilateral del servicio ha causado un daño a la Administración, a juicio de este Consejo Consultivo, excluye la responsabilidad de la Administración y determina que proceda la incautación de la garantía constituida.

El importe de la garantía constituida se entiende suficiente para indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración, pues

también debe tenerse en cuenta, al tiempo de la liquidación del contrato, los daños y perjuicios causados al contratista por la morosidad de la Administración.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicio de “*Personal de Sala para Aula de Estudio y Mediateca*”, por incumplimiento del contratista al haber abandonado la prestación del servicio por decisión unilateral y sin esperar a la tramitación del procedimiento de resolución solicitado, con 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 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, 20 de junio de 2012