

Dictamen nº: **580/20**
Consulta: **Consejera de Cultura y Turismo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **22.12.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 22 de diciembre de 2020, sobre la solicitud formulada por la consejera de Cultura y Turismo de la Comunidad de Madrid al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato denominado “*Servicio de recogida, transporte y entrega de documentos entre centros bibliotecarios incluidos en el servicio de préstamos intercentros de la Dirección General de Patrimonio Cultural*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 6 de noviembre de 2020, la consejera de Cultura y Turismo de la Comunidad de Madrid ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato identificado en el encabezamiento de este dictamen.

A dicho expediente se le asignó el número 531/20, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y

Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, 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 22 de diciembre de 2020.

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

1.- Según se deduce del expediente, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y las Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de servicios de recogida, transporte y entrega de documentos entre centros bibliotecarios incluidos en el servicio de préstamos intercentros, promovido por la Dirección General de Patrimonio Cultural, fueron aprobados por Orden de fecha 4 de junio de 2019 (sin que conste por quién) para su adjudicación por el procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

Así, la cláusula 1.1 del PCAP señala que *“el presente contrato tiene por objeto la ejecución del servicio de recogida, traslado y entrega de libros y material bibliográfico entre centros de la red de bibliotecas de la Comunidad de Madrid, centros e instalaciones incluidos en el servicio de préstamo intercentros (PIC) relacionados en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas y de acuerdo con las estipulaciones fijadas en dicho pliego”*.

Y la cláusula 43 del PCAP refiere que *“son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 98, 211 y 313 de la LCSP, así como las siguientes (...) El incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones esenciales del contrato indicadas en este pliego.*

La resolución del contrato se acordará por el Órgano de Contratación de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento tramitado en la forma establecida por el artículo 109 del RGCAP.

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del adjudicatario, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 212 de la LCSP y 110 del RGLCAP y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 213 y 313 de la LCSP”.

2.- La adjudicación del contrato se realizó por Orden de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, de 11 de diciembre de 2019, según se deduce del expediente, si bien esta no figura en el expediente remitido, por la cantidad de 190.251,20 euros a la empresa MARSERVY FACILITY, S.L.

La garantía definitiva consta prestada el 2 de diciembre de 2019 por cuantía de 7.861,62 €, mediante un seguro de caución.

El contrato administrativo se formalizó el 13 de enero de 2020, fijando su cláusula tercera un plazo de ejecución de doce meses, a contar desde la fecha de su formalización.

3.- Por requerimiento de la Subdirección General del Libro de 11 de febrero de 2020, notificado el mismo día, se insta al contratista, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 22 del PCAP, para que aporte información relativa al cumplimiento del contrato.

Por la unidad promotora de la Subdirección General del Libro se emite informe el 26 de febrero de 2020, sobre el incumplimiento del

contrato, ya que *“el volumen de retrasos acumulados de envíos (del 90%, prácticamente en su totalidad) desde el inicio mismo de la ejecución del contrato, la falta de medios a disposición del contrato conforme a lo estipulado y la ausencia de respuesta a los requerimientos efectuados por la unidad promotora responsable del servicio, son determinantes para estimar incumplida la prestación principal del contrato, que es la recogida, transporte y entrega de libros y material bibliográfico entre los centros de la Red de Bibliotecas de la Comunidad de Madrid”*.

Por la directora general de patrimonio cultural, el 28 de febrero de 2020 se insta a la Secretaría General Técnica, la incoación del procedimiento para la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación principal, así como la suspensión del mismo y además, a la incautación de la garantía que proceda.

4.- Por orden del viceconsejero de Cultura y Turismo firmada el 11 de marzo de 2020, se acuerda la suspensión del contrato de servicio que nos ocupa, constando como motivo *“el grave incumplimiento de las prestaciones principales del contrato”*. No consta en el expediente la notificación al contratista.

TERCERO.- Del específico procedimiento de resolución del contrato, destacamos lo siguiente:

1.- Por orden del viceconsejero de Cultura y Turismo de 13 de marzo de 2020 se autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato adjudicado a la empresa MARSERVY FACILITY, S.L. por un importe total de 190.251,20 euros, por causas imputables al contratista de conformidad con el artículo 211, apartado 1. f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por incumplimiento de la obligación principal del contrato, y se le concede trámite de audiencia para que presente alegaciones.

La notificación de dicha orden al contratista es de fecha 3 de junio de 2020 y consta aceptada el 4 de junio de 2020.

Así mismo, se intentó la notificación de esta orden a la entidad aseguradora del adjudicatario del contrato, constando en el Boletín de Oficial del Estado de 18 de junio de 2020 la publicación de la notificación realizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

2.- El 10 de junio de 2020 se presenta telemáticamente por el administrador único de la empresa adjudicataria un modelo de solicitud dirigido a la Consejería de Cultura y Turismo, firmado digitalmente por aquel, el 10 de junio de 2020 (documento 10 del expediente) al que se adjunta el poder acreditativo de la representación con que actúa y el escrito de alegaciones.

En dicho escrito (documento 11) figura como primera alegación: *“Sin mostrar conformidad en que hayan existido graves incumplimientos en las prestaciones principales del contrato, y dado el deterioro de las relaciones entre ambas partes, no mostramos oposición en lo que respecta a la resolución del contrato”*. Asimismo, se insta a la Administración a que fije fecha de finalización del servicio, y en la alegación segunda se interesa *“que de conformidad con el artículo 213.5 LCSP, en el acuerdo de resolución de contrato se contenga pronunciamiento expreso de devolución de la garantía constituida”*.

Se emite informe de la Dirección General de Patrimonio Cultural relativo a las alegaciones efectuadas por el contratista. En dicho informe, firmado por la subdirectora general del Libro el 17 de junio de 2020, no se menciona la *“no oposición del contratista a la resolución del contrato”*, y se refiere al *“incumplimiento de las condiciones del contrato”* y a que procede la incautación de la garantía.

3.- Se ha emitido informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Cultura y Turismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.1.h) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sobre el proyecto de orden por la que se procede a la resolución del contrato de *“servicio de recogida, transporte y entrega de documentos entre centros bibliotecarios incluidos en el servicio de préstamo intercentros de la Dirección General de Patrimonio Cultural”*.

El informe señala en cuanto a las causas de incumplimiento:

“Por todo ello, dado que, una vez analizado el expediente, queda acreditado que la empresa, aún a requerimiento de la Administración, no procedió al cumplimiento de las obligaciones previstas en los pliegos y en el contrato, que conforme a la cláusula 43 del PCAP el incumplimiento de las obligaciones del contrato da lugar a la resolución del mismo, unido a la causa de la letra f) del artículo 211.1 de la LCSP, se considera justificada la resolución anticipada del contrato de servicios (...)” (consideración jurídica segunda, último párrafo).

Y en cuanto a las alegaciones del contratista: *“De la normativa anterior resulta que el expediente de resolución ha sido tramitado correctamente, por cuanto se ha concedido al contratista por el plazo de 10 días, habiendo presentado la entidad escrito en el que manifestaba al respecto de la resolución del contrato”* (consideración jurídica tercera penúltimo párrafo).

4.- Una vez emitido informe por la Intervención Delegada en la Consejería de Cultura y Turismo, por la Interventora Delegada Jefe el 22 de septiembre de 2020, se solicitan las siguientes actuaciones interesadas:

“1. En cuanto a la solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, se infiere del expediente -así

se detalla en el proyecto de Orden de resolución sometida a informe- el propósito del órgano de contratación de solicitar dicho dictamen.

Pues bien, habida cuenta de las alegaciones efectuadas por la contratista en el escrito de 10 de junio de 2020, se solicita justificación de los motivos que hacen preceptivo la intervención del órgano consultivo de la Comunidad de Madrid.

2. Se observa que el escrito de alegaciones está fechado pero no firmado. Dada la separación entre la identificación y la firma electrónica (...) se solicita su subsanación de forma que quede acreditada la voluntad de la empresa respecto del procedimiento resolutorio.

3. En cuanto a la propuesta de orden de resolución del contrato, se recuerda la necesidad de dar cumplimiento al artículo 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Como declara la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en diversos Dictámenes, entre ellos el 191/16, de 9 de junio y el 415/16, de 22 de septiembre, la propuesta de resolución debe recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento, no solo para permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen, sino también para no causar indefensión al contratista. (Dictamen 435/16)".

5.- Se remite al contratista el requerimiento para subsanar defecto de forma en la firma de las alegaciones, y su administrador único presenta el mismo escrito de alegaciones de 10 de junio de

2020, con su firma digital de 29 de septiembre de 2020 (documento 21).

6.- Por el jefe de Área de Contratación de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura y Turismo, se contesta en informe de 1 de octubre de 2020, a las actuaciones interesadas:

“Respecto a la justificación de los motivos que hacen preceptiva la intervención del órgano consultivo de la Comunidad de Madrid queda acreditada en el expediente y a través de las alegaciones presentadas por la empresa que la misma no muestra conformidad con que haya habido graves incumplimientos como sostiene la Dirección General de Patrimonio Cultural a través del informe de ejecución de fecha 16 de febrero de 2020 (...).”

“En este mismo sentido se pronuncia el servicio jurídico en la Consejería de Cultura y Turismo a través de su informe de fecha 7 de julio de 2020, poniendo de manifiesto la existencia de oposición del adjudicatario a la resolución contractual por causa imputable al contratista con incautación de garantía.

Considerando todo lo anterior y conforme a Ley 7/2015, de 28 de diciembre, artículo 5 apartado 3 f) d., y al existir oposición del contratista a la resolución contractual por causa imputable al mismo resulta preceptiva la intervención del órgano consultivo.

Se adjunta orden de resolución contractual adaptada a la petición de la Intervención de la Comunidad de Madrid, añadiendo adecuada motivación y expresión de todos los antecedentes necesarios, y de la documentación que sirve de apoyo a la misma, reseñando los hitos del procedimiento de los que se da cuenta”.

7.-Por la Interventora General se emite informe de fecha 23 de octubre de 2020 (documento 23) que en su apartado II relativo a los

trámites procedimentales, verifica el cumplimiento del trámite de audiencia y reproduce la literalidad del escrito de alegaciones del contratista. Respecto del dictamen de este órgano consultivo, señala:

“En cualquier caso y en lo que se refiere a la solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, el contratista, en su alegación segunda, solicita expresamente la devolución de la garantía constituida. (...)” En el Acuerdo 9/16, de 1 de diciembre, la CJA de la Comunidad de Madrid, manifiesta que:

«Resulta indudable que la discrepancia que aparece en el expediente, va referida a la cuantía de la indemnización a satisfacer, esto es, a los efectos de la resolución del contrato, por lo que se advierte la peculiaridad de que en el caso examinado, no concurre el presupuesto necesario para que esta Comisión Jurídica Asesora emita su dictamen con carácter preceptivo al no existir “oposición” del contratista a la resolución del contrato” (el subrayado es nuestro). Y añade: “Así, al quedar circunscrita la intervención necesaria de este órgano consultivo a aquellos expedientes de resolución contractual en los que los motivos de oposición planteados por el adjudicatario cuestionen la procedencia de la resolución del contrato, lógicamente vinculada a la concurrencia y operatividad de una o varias causas de resolución que pudieran haber sido invocadas, resulta procedente devolver el expediente para que, a la vista de los informes y el resto de documentación obrante en el mismo, la Administración resuelva sobre la solicitud efectuada por el contratista”.»

Y concluye que *“se fiscaliza favorablemente la propuesta de resolución del contrato de servicios titulado (...) por incumplimiento de la obligación principal del contrato, imputable a la empresa contratista”.*

8.- Por orden del viceconsejero de Cultura y Turismo de 5 de noviembre de 2020 se acuerda la suspensión del procedimiento de resolución del contrato para solicitar el preceptivo dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid por el tiempo que medie entre la solicitud y la recepción del dictamen. Consta la notificación al contratista el día 6 de noviembre de 2020.

Y en ese estado del procedimiento se remite el expediente administrativo, junto con la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza 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”*, y ha sido formulada por el órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

Este dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 11 de diciembre de 2019. De esta forma, resulta de aplicación la

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Cultura y Turismo, conforme establece el artículo 41. i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de las posibles delegaciones.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 190 LCSP/17 que señala: *“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”*.

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario, en este aspecto de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al procedimiento para la resolución de los contratos, que señala:

“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”.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista y conforme al RGCAP que se dé audiencia al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia del contratista, que ha formulado alegaciones en las que, por un lado, señala que no está conforme con que se le impute un incumplimiento del contrato, pero por otro lado, manifiesta de forma clara que “...*dado el deterioro de las relaciones entre ambas partes, no mostramos oposición en lo que respecta a la resolución del contrato*” y solicita que se fije fecha de finalización del servicio y que se le devuelva la garantía.

Así mismo, al proponerse la incautación de la garantía, se ha dado audiencia a la entidad aseguradora que prestó el seguro de caución en el que se materializó la garantía definitiva.

Se ha emitido el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, que se pronuncia sobre la aplicación de la causa del artículo 211.1 f) de la LCSP/17 de incumplimiento del contrato.

También ha emitido informe la Intervención General de la Comunidad de Madrid requiriendo tres actuaciones interesadas a las

que se ha dado cumplimiento solo a la relativa a la justificación de la emisión de dictamen por este órgano consultivo y a la subsanación de la firma del escrito de alegaciones propiamente dicho, por el contratista.

Sin embargo, no se ha cumplido lo requerido de que se redacte una propuesta de resolución (titulada como tal y con la debida separación de los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho aplicables) pese a la mención por la Intervención del artículo 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC) y de diversos dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora sobre ello.

Lo que consta en el expediente es ya una Orden de resolución del contrato, pendiente solo de la fecha y firma.

Por informe de la Interventora General de 23 de octubre de 2020 se fiscaliza favorablemente la propuesta de resolución del contrato de servicios que nos ocupa.

Por último, el artículo 191.3 de la LCSP/17 dispone 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.

En el presente caso, el contratista señala en su escrito de alegaciones que él no ha incumplido las prestaciones principales del contrato. Por ello, se emite el presente dictamen por cuanto que la resolución del contrato no ha sido solicitada por el contratista sino acordada de oficio por la Administración, y porque de la interpretación conjunta de las dos alegaciones formuladas, resulta que está disconforme con que se le atribuya el incumplimiento

culpable del contrato, por lo que en definitiva, sí hay oposición a la causa por la que ha de resolverse el contrato, que sería el incumplimiento de la obligación principal.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de ocho meses para resolver el procedimiento determina su caducidad conforme al artículo 212.8 de la LCSP/17.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse *“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un 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. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”*.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar, como hemos dicho, el 13 de marzo de 2020 y consta que el procedimiento se ha suspendido al amparo de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la LPAC, para recabar el dictamen de este órgano consultivo, por Orden de 5 de noviembre de 2020, debidamente notificada al contratista al día siguiente.

Ello sin perjuicio de la suspensión de plazos administrativos establecida en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-

19; disposición derogada con efectos de 1 de junio de 2015, por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma. Por lo que se ha interrumpido el plazo de este procedimiento de resolución del contrato desde el día 14 de marzo hasta el 1 de junio de 2020, en que se ha reanudado su cómputo.

Por ello, el procedimiento no había caducado a la fecha en la que tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no la causa de resolución del contrato invocada por la orden remitida, que es la prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP/17, es decir, *“el incumplimiento de la obligación principal del contrato”*.

Con carácter previo, hemos de advertir que la resolución del contrato es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato. Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan solo en casos de incumplimientos graves.

Las sentencias de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) y 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de

la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

El artículo 223 f) del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, permitía la resolución del contrato cuando se incumplieran las obligaciones esenciales de aquel; y el vigente artículo 211.1.f) de la LCSP/17, cuando se produzca el incumplimiento de la obligación principal del contrato, o de determinadas obligaciones esenciales del mismo.

Hecha esta precisión, tal y como hemos señalado en el dictamen 46/19, de 7 de febrero, con cita a su vez de los dictámenes 191/16, de 9 de junio y 64/18, de 15 de febrero, entre otros, por “*obligaciones contractuales esenciales*” habrá 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 determina que no se alcance el fin perseguido.

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.

Para analizar si existe ese incumplimiento de la prestación principal del contrato, ha de partirse de los pliegos que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración, cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (recurso 1069/2016)-.

Es de recordar que los PCAP *“tienen carácter de ley inter partes”*. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) o la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2005 (Rec. 1607/2003) 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 el caso que nos ocupa, el contrato estaba en fase de ejecución y fue suspendido por Orden de 11 de marzo de 2020, ante el grave incumplimiento de las prestaciones principales del contrato, hasta la resolución del mismo; si bien no consta en el expediente la notificación al contratista, la cual debería haberse incorporado.

La cláusula 1.1 del PCAP define el objeto del contrato como la ejecución del servicio de recogida, traslado y entrega de libros y material bibliográfico entre centros de la red de bibliotecas de la

Comunidad de Madrid, incluidos en el servicio de préstamo relacionados en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) -anexo que no figura en el expediente remitido- y de acuerdo con las estipulaciones fijadas en dicho pliego.

Los PPT concretan las obligaciones de la empresa adjudicataria de contar con los medios de transporte suficientes, así como los medios materiales y humanos necesarios para el cumplimiento del contrato, entre otros la atención telefónica personalizada. Así mismo, establecen un compromiso de resolución de las incidencias que pudieran surgir en los centros y bibliotecas, así como la obligación de fijar un calendario de reparto de los materiales con unas rutas establecidas en los diferentes municipios a que se refiere el contrato.

Como hemos referido, el 11 de febrero de 2020 se notifica a la contratista un requerimiento solicitando con carácter urgente la aportación de la información necesaria para poder verificar el cumplimiento del contrato, el cual no fue respondido.

El informe técnico de la unidad promotora de fecha 26 de febrero de 2020, concreta cuáles son los incumplimientos hasta la fecha:

- De 2.356 avisos de envío documentados, un total de 2.181 avisos se encuentran retrasados, 39 en tránsito también retrasados respecto al compromiso de entrega cuando se recogieron, y solo se han entregado 12 bultos (sic) desde el inicio del contrato el 13 de enero del año 2020.

- Que los centros no pueden reanudar la gestión del servicio con normalidad debido a la falta de entrega de materiales, junto con la persistencia de diversas incidencias relacionadas con el acceso a la aplicación informática y la no recogida de los bultos pendientes.

- Que el contratista ha comunicado la disposición de una única furgoneta y de un conductor como medios materiales y humanos para la ejecución del contrato. Lo que, a la vista del volumen existente y de los compromisos del pliego y de la propia oferta de mejora de dicho contratista, se considera, insuficiente para la ejecución del mismo y la prestación del servicio.

- Que hasta la fecha no se ha recibido la información requerida sobre el calendario y las rutas que aseguren la adecuada prestación del servicio, con el consiguiente perjuicio para el ciudadano, usuario de las bibliotecas participantes.

Por tanto, entendemos que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 1.1 del PCAP, la obligación contenida en el punto 3 del PPT, y los tiempos de entrega del punto 2.1 del PPT, el objeto principal del contrato consistente en realizar el transporte de documentos, libros y demás material entre los centros y bibliotecas, mediante la recogida en unos y la entrega en otros, ha resultado incumplido.

Es significativo que el contratista, no solo no contesta al requerimiento de información, sino que en el escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, alude a un genérico “*deterioro de relaciones entre las partes*” manifestando su no oposición a la resolución. Además, no responde nada en concreto en defensa de la ejecución del contrato realizada hasta la fecha, mostrándose dispuesto “*a la devolución de libros y cualquier otro material que estuviese en su posesión*”.

Entendemos que la unidad promotora ha reflejado en el primer informe de incumplimiento del contrato y en el posterior emitido ante las alegaciones del contratista, con suficiente motivación, que el volumen de retrasos acumulados de envíos es de tal magnitud, que unido a la falta de medios a disposición del contrato (una furgoneta y

un conductor) en relación al número de centros y bibliotecas afectados en un total de 60 municipios, que justifica estimar incumplida la prestación principal del contrato. No obstante, hay datos contradictorios en los informes, ya que en el primero se manifiesta un grado de incumplimiento del 90% y en el segundo, del 95% aunque el contrato está suspendido.

En conclusión, la empresa licitó libre y voluntariamente a un contrato cuyo objeto era claro y preciso, y sin embargo, no lo ha cumplido; por lo que en definitiva, la decisión de la Administración de resolver el contrato está amparada en el PCAP siendo adecuada la invocación de la causa del artículo 211.1 f) de la LCSP/17.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar los efectos que se siguen de esta resolución.

En particular y por lo que se refiere a la garantía definitiva, debe recordarse que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato, en concreto en los efectos de la causa de resolución, cláusula 43 del PCAP: *“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”* y no a la regulación del procedimiento.

No obstante, el artículo 213.3 de la LCSP/17 establece *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

Así pues, en este caso, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro Dictamen

556/19, de 19 de diciembre o en el 74/20, de 27 de febrero, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños.

En este sentido, cabe hacer referencia a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017) conforme a la cual *“no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afecta al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio. La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente. La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110 d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”*.

En mérito a cuanto antecede esta Comisión Jurídica Asesora emite la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios indicada en el encabezamiento por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en este dictamen.

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 22 de diciembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 580/20

Excma. Sra. Consejera de Cultura y Turismo

C/ Alcalá, 31 – 28014 Madrid