

Dictamen nº: **670/12**
Consulta: **Director de la Agencia de Protección de Datos**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **19.12.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de diciembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente sobre resolución del contrato de “*Servicio de limpieza de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid para los años 2010 y 2011*” celebrado con la entidad A, (en adelante el contratista), al amparo del artículo 13.1, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, en relación al expediente de resolución del contrato “*Servicio de limpieza de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid para los años 2010 y 2011*” celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. 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 19 de diciembre 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 del director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de 9 de diciembre de 2009 se autorizó la celebración del contrato “*Servicio de limpieza de la sede de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid para los años 2010 y 2011*”. Los anuncios de licitación fueron publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 21 de diciembre de 2009 con un presupuesto de licitación de 54.724,80 euros.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas por los que había de regirse el meritado contrato fueron aprobados por resolución del director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de 10 de diciembre de 2009 para su adjudicación por procedimiento abierto con criterio único.

La adjudicación del contrato se acordó mediante Resolución del director de la Agencia de Protección de Datos de 24 de febrero de 2010, a favor de A en la cantidad de 45.804,92 euros.

Con fecha 1 de marzo de 2010 se firmó el meritado contrato por el director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid y el representante de la entidad contratista.

Dicho contrato fue prorrogado para el año 2012 mediante resolución de 7 de noviembre de 2011 y modificado por cambio de sede de la Agencia mediante resolución de fecha 1 de febrero de 2012, con eficacia hasta el 31 de diciembre de 2012.

La sede de la Agencia de Protección de Datos, sita en C/ Gran Vía 43, plantas 3ª y 10ª constituye el lugar de prestación del servicio objeto del contrato. Durante el mes de agosto de 2012, la trabajadora que presta sus servicios en la planta 3ª procedió a disfrutar sus vacaciones reglamentarias, según ella misma comunicó, por lo que era de obligación de la empresa contratista proceder a la sustitución de la misma, de forma que el servicio se continúe prestando de forma interrumpida. Sin embargo, durante la totalidad de dicho mes no se realizó sustitución alguna por la empresa contratista. Además, la trabajadora que presta sus servicios en la planta 10ª comenzó a disfrutar su periodo vacacional en el mes de septiembre, sin que se produjera tampoco la necesaria sustitución de la misma.

Mediante escrito de 6 de septiembre de 2012 se le comunicó a la empresa contratista las anomalías que se estaban produciendo en el servicio, con advertencia del incumplimiento y requiriéndola para que adoptaran las medidas oportunas.

Por resolución del 20 de septiembre de 2012, el director de la Agencia de Protección de Datos acordó el inicio del expediente de resolución del contrato denominado “*Servicio de limpieza de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid para los años 2010 y 2011*” celebrado con la empresa contratista, con incautación de la garantía.

La citada resolución se notificó a la contratista el 28 de septiembre de 2012 y a la entidad aseguradora el día 1 de octubre de 2012.

La empresa contratista, que informa de su cambio de denominación, presenta escrito de alegaciones el día 4 de octubre de 2012. En él manifiesta la grave situación financiera que atraviesa la empresa, que presta servicios de limpieza principalmente a las Administraciones Públicas, por el retraso en el pago de las facturas correspondientes a los servicios prestados. En concreto, en el caso de la Agencia de Protección

de Datos de la Comunidad de Madrid, la empresa contratista alega que estaban pendientes de pago las facturas correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre. Por ello, considera improcedente la incautación de la garantía propuesta porque su incumplimiento deriva del incumplimiento de la Administración.

Por su parte, la entidad aseguradora presenta escrito de alegaciones el día 9 de octubre de 2012, oponiéndose a la resolución del contrato con incautación de la garantía.

Con fecha 10 de octubre de 2012 se recibe en la sede de la Agencia escrito en el que se informa del cambio de denominación de la empresa contratista.

Mediante escrito fechado el día 10 de octubre de 2012, la trabajadora de esa empresa, B.M.R., que presta servicios como limpiadora en la sede de esta Agencia, manifiesta que:

“Que ante los continuos incumplimientos del pago de sus salarios por la empresa A, durante el año 2012, ha decidido cesar en la prestación de sus servicios desde el día 15 de octubre de 2012, en tanto la empresa no le abone los salarios pendientes a que está obligada”.

Ante esta nueva circunstancia, se remitió a la empresa escrito informando de esta nueva situación, y requiriendo a la empresa para que procediera a la sustitución de la trabajadora con la advertencia de que *“de no producirse dicha sustitución durante la semana del 15 al 19 de octubre del presente año se entenderá por este Ente Público que renuncian a la prestación del servicio a que están obligados por contrato, con las consecuencias que de ello puedan derivarse”.*

Trascurrida la semana del 15 al 19 de octubre se constata que no ha existido actuación alguna por la empresa al respecto.

Paralelamente, desde el día 5 de noviembre de 2012 la otra trabajadora que venía prestando servicios como limpiadora, D.C.M. comunicó a la Agencia que le ha sido concedida baja médica por incapacidad laboral. Por esta Agencia se intentó notificar esta circunstancia a la empresa, de forma que procedieran a sustituir a la trabajadora en situación de incapacidad, sin que fuera posible lograr la notificación por parte del servicio de correos.

La no sustitución de ninguna de las trabajadoras ausentes implica que actualmente y desde el día 5 de noviembre no se está prestando ningún servicio de limpieza en la sede de la Agencia.

Con fecha 14 de noviembre de 2012, se emite informe por la letrada coordinadora del Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, favorable a la resolución del contrato con incautación de la garantía.

Con fecha 16 de noviembre de 2012, el director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid 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).4^o 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”.

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

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), 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 registrarán 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 registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establece que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de diciembre de 2011 y, a su vez, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público entró en vigor el 30 de abril de 2008.

En el presente caso, dado que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por resolución del director de la Agencia de Protección de Datos

de la Comunidad de Madrid el día 24 de febrero de 2010, resulta de aplicación la LCSP, y, por tanto, lo establecido en los artículos 196.4, 206 y ss. LCSP.

En materia procedimental, sin embargo, resulta aplicable la normativa vigente al inicio del procedimiento de resolución contractual, que está constituida por el TRLCSP. Además, habrá de tenerse en cuenta, en defecto de una normativa que desarrolle el procedimiento de resolución de contratos, lo establecido 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 (RLCAP).

SEGUNDA.- En el procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el procedimiento de resolución contractual se de audiencia al contratista, siendo asimismo 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.

Por su parte, 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”.*

Por tanto, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico que ha sido emitido y la concesión del trámite de audiencia al contratista y a la entidad aseguradora.

En el presente caso, se ha observado dicho trámite, y han efectuado alegaciones tanto la empresa contratista (4 de octubre de 2012), como la entidad avalista (9 de octubre de 2012).

En el trámite de audiencia, el representante de la empresa contratista pone en conocimiento de la Administración el cambio de denominación de la misma.

Como señala el informe del Servicio Jurídico, consta el cambio de denominación y sus datos correspondientes en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 19 de septiembre de 2012 (Datos registrales T aaa, F bbb, S ccc, H M ddd, I/A, eee).

En cuanto al plazo en que debe tramitarse el procedimiento de resolución del contrato, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio por la Administración, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento

(dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 339/09, de 10 de junio, 447/09, de 16 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 479/09, de 7 de octubre, 129/10, de 19 de mayo, 140/11, de 6 de abril y 515/12, de 19 de septiembre).

Este rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, sin embargo, tanto en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo al Consejo Consultivo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5.c) LRJ-PAC, según el cual:

“5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

(...)

c. 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”.

Por tanto, para que se suspenda el plazo máximo para resolver el procedimiento por solicitud de dictamen al Consejo Consultivo resulta imprescindible que se comunique a los interesados en el mismo, tanto la suspensión del procedimiento por la petición de dictamen como la recepción del mismo (dictámenes 336/10, de 13 de octubre, 140/11, de 6 de abril, 546/11, de 5 de octubre y 221/12, de 18 de abril de 2012).

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de, que habiéndose iniciado de oficio

el procedimiento de resolución el 20 de septiembre de 2012, el plazo para resolver concluye el 20 de diciembre de 2012.

Es de advertir al órgano consultante que, de haber agotado el plazo del que dispone este Consejo para la emisión de su dictamen –que expira el 28 de diciembre de 2012- el procedimiento de resolución contractual habría caducado, por cuanto no consta en el expediente remitido que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del plazo para la emisión del preceptivo dictamen de este Consejo, como permite el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC.

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 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 196 LCSP, dispone: *“La Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, podrá optar por la resolución del contrato o por las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

El apartado 4 del Pliego de prescripciones técnicas establece que el servicio lo realizarán dos limpiadoras con una jornada de cuatro horas diarias de lunes a viernes de 18 a 22 horas. Dicha cláusula constituye una prestación esencial del contrato.

El inicio del procedimiento de resolución se acuerda al tiempo de producirse el segundo de los incumplimientos, pues la empresa contratista no procedió a la sustitución de la trabajadora de la planta 3ª durante el mes de agosto ni, tampoco, durante el mes de septiembre cuando disfruta de sus vacaciones la trabajadora encargada del servicio de limpieza de la planta 10ª. Ante el segundo de los incumplimientos, acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato.

El contratista, por su parte, alega que su incumplimiento deriva de forma directa del incumplimiento de la Administración quien, *“de forma continuada desde el mes de julio, ha vulnerado los derechos del contratista, adeudando a esta fecha facturas correspondientes a servicios prestados en los meses de junio, julio y septiembre”*.

Según la propuesta de resolución, la factura correspondiente al mes de junio, presentada el día 2 de julio fue pagada el día 10 de agosto de 2012 y la factura de julio, presentada el día 31 de julio, fue satisfecha el día 28 de septiembre de 2012. Por tanto, el incumplimiento de la Administración se limitaría a los meses de agosto y septiembre, meses en los que consta que no se ha prestado el servicio de limpieza en la planta 3ª y 10ª de la sede de la Agencia y, por tanto, que se trata de una ejecución defectuosa que ha dado lugar al inicio del procedimiento de resolución del contrato.

Además, y aunque se hubiera procedido un incumplimiento de la Administración –lo que no ha sucedido en el presente caso– que la Administración incumpla sus obligaciones y pueda estar incurso en causa de resolución del contrato no implica que la empresa contratista pueda, sin más, dejar de prestar el servicio al que se había comprometido en virtud del contrato.

A propósito de esta cuestión ha señalado este Consejo Consultivo en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, con cita de los dictámenes 331/11 y 532/09, lo siguiente:

“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”.

Como tuvimos de ocasión de señalar en el citado Dictamen 373/12, 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 3ª, de 11 de octubre de 1982; 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989), 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 [...]”.*

Tanto la LCSP como el actual TRLCSP (artículo 216), atribuyen al contratista, ante la 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. No cabe pues 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 definitiva, acreditado en el expediente que, la empresa contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales, no procediendo a la sustitución de las trabajadoras que se encontraban de vacaciones y que, incluso, desde el día 5 de noviembre se ha producido el abandono unilateral del servicio, y que ello es imputable al contratista nada se opone a la resolución del contrato que propone la Administración consultante.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma. La propuesta de resolución consigna como tales efectos de la resolución contractual, la incautación de la garantía definitiva constituida en seguro de caución, por importe de 1.974,35 euros, al ser equivalente su cuantía con el daño a indemnizar por la falta de sustitución de una trabajadora durante los meses de agosto y septiembre.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 208.3 del LCSP, 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”.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en su Dictamen 656/12, de 12 de diciembre, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

En el presente caso, al haberse cuantificado los daños y perjuicios sufridos por la Administración por la falta de sustitución de una trabajadora durante el mes de agosto y mes de septiembre y considerar que su importe es equivalente al importe de la garantía constituida, procede la pérdida total de la misma.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato “*Servicio de limpieza de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid para los años 2010 y 2011*”, por incumplimiento del contratista al haber abandonado la

prestación del servicio por decisión unilateral con incautación de la garantía constituida al ser equivalente su cuantía con los daños y perjuicios que deben indemnizarse.

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, 19 de diciembre de 2012

