

Dictamen nº: **263/17**  
Consulta: **Consejero de Medio Ambiente, Administración  
Local y Ordenación del Territorio**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **22.06.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de junio de 2017, sobre la consulta formulada por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de suministro denominado “*Adquisición de una barredora-baldeadora de calles del municipio de Torres de la Alameda*”.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 31 de mayo de 2017, el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato de adquisición de una barredora-baldeadora de calles del municipio de Torres de la Alameda.

En dicha fecha ha comenzado el cómputo del plazo de treinta días para la emisión del dictamen conforme a lo 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 (ROFCA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 22 de junio de 2017.

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

1. El Pleno del Ayuntamiento de Torres de la Alameda, en sesión ordinaria de 29 de octubre de 2014, solicitó incluir en el PRISMA 2008-2011, la actuación consistente en el suministro de una barredora-baldeadora cuyo importe ascendía a 181.379 euros, IVA incluido.

En el acuerdo se recogían las características de la barredora entre las que se encontraba una capacidad neta de la tolva de 4 m<sup>3</sup>.

Por Resolución de la directora general de Administración Local de 30 de noviembre de 2015, se aprobó el alta del suministro en el PRISMA 2008-2011 con sujeción a la disponibilidad presupuestaria en los términos establecidos en el artículo 5 del Decreto 68/2008, de 19 de junio.

2. Por Orden de 30 de marzo de 2016 se acordó el inicio del procedimiento de contratación del contrato de suministro *“Adquisición de una barredora-baldeadora de calles del municipio de Torres de la Alameda”*.

El pliego de cláusulas administrativas particulares fue informado favorablemente por la letrada jefe adjunta del Servicio Jurídico en la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio el 13 de abril de 2016.

En el citado pliego se recogía que el contrato se adjudicaría mediante procedimiento abierto con criterio único precio.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se definía como objeto del contrato la adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles en el municipio de Torres de la Alameda, conforme a las características especificadas en el pliego de prescripciones técnicas particulares (cláusula 1). En la cláusula 21, al contemplar las penalidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales, el párrafo quinto preveía que la Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, pudiera optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades.

Por lo que se refiere a la extinción y cumplimiento del contrato, la cláusula 32 disponía que se entendería cumplido cuando, transcurrido el plazo de vigencia total del contrato, hubiera sido cumplido conforme a los términos del mismo y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto, previéndose un acto formal de recepción de los bienes dentro del mes siguiente a la finalización de su objeto. En la cláusula 37 se trataba lo tocante a su resolución, contempladas como causas de tal efecto las recogidas en los artículos 85, 223 y 299 del TRLCSP, así como la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración, el incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, la obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la

Administración, el incumplimiento por el contratista de la obligación de confidencialidad y la sanción al mismo por incumplimiento culpable de la Ley 8/2005, de 23 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid. Para el caso de que la resolución se debiere a un incumplimiento culpable del contratista, se contemplaba el deber de éste de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, que se haría efectivo en primer término sobre la garantía constituida sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad en el importe que excediera de la garantía incautada.

Por lo que se refiere al pliego de prescripciones técnicas (PPT), su cláusula segunda incluía las características técnicas mínimas que debía reunir la máquina, entre ellas una capacidad neta de la tolva de al menos 4.000 l con descarga baja por basculación y descarga alta por elevación con altura de 2.000 mm. El plazo máximo de la entrega, al igual que en el PCAP, se fijaba en 90 días (cláusula tercera), si bien en la cláusula quinta, bajo la rúbrica de *“Vigilancia y Comprobación”*, se atribuía dicha función en el momento de la recepción del suministro a los técnicos de la Dirección General de Administración Local, disponiendo que *“con antelación a dicha recepción, la empresa adjudicataria deberá haber presentado a los técnicos de esa Dirección General las fichas o manuales del bien a suministrar en los que se reflejen el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares”*.

Se presentaron dos ofertas. Una de la empresa DG Maquinaria DULEVO por un importe de 149.000 euros y otra por la mercantil Sistemas y Vehículos de Alta Tecnología, S.A. (SVAT), por importe de 141.000 euros, siendo propuesta esta última como adjudicataria por la Mesa de Contratación.

La oferta presentada figura al documento 15 del expediente administrativo. En la misma, el representante de la empresa se manifiesta enterado de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, comprometiéndose a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones cuando fuera requerido para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato.

Con fecha de registro de entrada de 27 de junio de 2016 DG Maquinaria DULEVO presenta un escrito en el que manifiesta que consideran que la maquinaria ofertada por SVAT incumple los requisitos exigidos en el PPT.

El 29 de junio la mesa de contratación se ratifica en su decisión de admitir la oferta de SVAT al considerar que no es admisible la reclamación puesto que en esa fase procedimental, SVAT ha presentado correctamente la documentación.

Con fecha 6 de julio de 2016 se constituyó la garantía definitiva por importe de 7.075 euros en forma de aval del Banco Popular Español, S.A.

Mediante la Orden de 27 de julio de 2016, el consejero competente adjudicó el contrato a la empresa SVAT por un importe de 171.215 euros, IVA incluido.

Con fecha 5 de agosto se suscribió el contrato administrativo, en cuya cláusula primera el contratista se comprometía a llevar a cabo la ejecución del suministro *“con estricta sujeción a lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares, documentos en que se determina y detalla el objeto del contrato”*.

Igualmente, en la cláusula tercera se establecía la obligación de cumplir el contrato en el plazo total de noventa días a partir del siguiente al de formalización del contrato.

En punto a la resolución, únicamente se advertía en su cláusula tercera que:

*“En caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto se aplicarán las previstas en el artículo 212 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.*

3. El 8 de septiembre de 2016 DULEVO interponía recurso de reposición contra la adjudicación al entender que la oferta de la empresa adjudicataria incumplía los requisitos del PPT. Con fecha 14 de octubre de 2016 se dicta Orden desestimatoria del recurso al entender que solo en el momento de la recepción del suministro la Administración puede verificar si se cumplen las especificaciones de los pliegos.

4. Con fecha 24 de enero de 2017, el jefe de la Sección de Obras e Infraestructuras III, con el visto bueno de la jefa del Servicio de Obras e Infraestructuras, suscribió un informe en el que se daba cuenta del cruce de correos electrónicos que se había producido entre la Administración contratante y el contratista respecto de las características técnicas de la barredora.

Como conclusión el informe afirmaba que la capacidad de la tolva no cumplía los requisitos del PPT puesto que la misma estaba parcialmente ocupada por depósitos de agua sin que se pudieran

computar como capacidad neta otras partes de la máquina. Por ello entiende que la maquinaria no cumple los requisitos del pliego.

5. Por Orden 171/2017, de 7 de febrero se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato. La citada Orden es notificada a la contratista y a la avalista concediendo plazo para alegaciones. En la notificación consta como causa de resolución el *“incumplimiento de las características técnicas de la máquina objeto de la licitación descritas en la cláusula segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

Por escrito de 24 de febrero remitido por fax con esa misma fecha y sin registro de entrada la contratista afirma que el suministro cumple con los requisitos técnicos del PPT. Reclaman que se les indique qué normativa o legislación están incumpliendo, rechazando asimismo la incautación de la garantía definitiva.

Solicitado informe sobre las alegaciones del contratista al jefe de Sección de Obras e Infraestructuras, éste destacó, con fecha 9 de marzo, la inexistencia de documentación aportada por la contratista que sirviera para aclarar el incumplimiento del pliego de condiciones técnicas que se le imputaba por lo que mantenía el incumplimiento del artículo 225.4 del TRLCSP.

El 15 de marzo se solicitó informe del Servicio Jurídico en la Consejería, acordándose formalmente la suspensión del plazo del procedimiento a los referidos efectos lo que se notifica tanto a la contratista como a la avalista.

El 24 de marzo emite informe el Servicio Jurídico, mostrándose en el mismo favorable a la propuesta remitida. En esta última fecha se levantó formalmente la suspensión del procedimiento notificándose a la contratista y a la avalista.

El 29 de marzo el jefe de Sección de Obras e Infraestructuras emitió informe en contestación al del Servicio Jurídico en el que precisa que la causa de resolución aplicable es la prevista en el artículo 223 f) del TRLCSP puesto que la capacidad de la tolva es una característica esencial puesto que una menor capacidad obliga a realizar más viajes al punto de vertido, retrasando considerablemente los trabajos.

Por nueva Orden de 12 de abril de 2017 se acordó suspender de nuevo el procedimiento para solicitar el informe de la Intervención. La solicitud es notificada a la contratista y al avalista

La interventora general de la Comunidad de Madrid , en informe de 25 de mayo de 2017, destaca que a raíz del dictamen 182/17, de 4 de mayo, de esta Comisión relativo a un expediente similar y que consideró aplicable no el artículo 223 f) del TRLCSP sino el apartado h) en cuanto el Pliego preveía como causa de resolución el incumplimiento parcial, el Área de Contratación de la Consejería en memoria de 18 de mayo consideró conveniente modificar la propuesta de resolución siguiendo el criterio del citado dictamen sin necesidad de comenzar de nuevo el procedimiento o conceder plazo de alegaciones puesto que el fondo no varía y, por esa misma razón, no hay necesidad de informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

La Intervención General concluye que procede informar favorablemente la propuesta de resolución contractual.

El 29 de mayo se procede a notificar el levantamiento de la suspensión a la contratista y al avalista.

Con esa misma fecha se acuerda la suspensión para solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora notificándose la suspensión al contratista y al avalista.

Consta un borrador de propuesta de resolución del contrato que opta por la resolución del contrato conforme el artículo 223 h) del TRLCSP al haber incumplido el contratista las exigencias del pliego.

Recibida la solicitud en esta Comisión Jurídica Asesora, por parte del secretario de la misma se pidió el 9 de junio con suspensión del plazo para emitir dictamen, la ampliación de la documentación incluida en el expediente administrativo mediante la aportación de determinados documentos que, formando parte del expediente, no habían sido remitidos. Con fecha 16 de junio se recibió la documentación solicitada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano

competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

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

**SEGUNDA.-** El contrato se adjudicó mediante Orden de 27 de julio de 2016 y se formalizó el 5 de agosto, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 7 de febrero de 2017, en virtud de Orden del consejero competente, acordada en virtud de delegación por el director general de Administración Local), lo que supone igualmente la aplicación en el caso analizado del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio 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*”.

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito, no obstante ser notificada de la incoación del procedimiento según está acreditado al documento 50 bis del expediente administrativo.

En el procedimiento se ha emitido informe por el Servicio Jurídico en la Consejería que tramita el procedimiento de resolución contractual. También se ha emitido informe por la Intervención General, de carácter favorable basándose en lo recogido en el Dictamen 182/17, de 4 de mayo, de esta Comisión.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista. Esta, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen.

En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, la propuesta de resolución, aunque de redacción concisa, cumple con tal exigencia de motivación, en particular por su remisión

al informe de 21 de noviembre de 2016, del Área de Obras e Infraestructuras Locales, garantizando así el conocimiento por el interesado de las razones del actuar administrativo haciendo posible su impugnación en vía judicial con las debidas garantías y su control en sede judicial, siendo así que, además, ese informe aparece unido al expediente de la contratación haciendo posible su conocimiento por el interesado con carácter previo a la formulación de alegaciones.

No obstante, sería deseable que las propuestas de resolución remitidas a esta Comisión no se limitasen a la cita de los preceptos aplicables remitiéndose a otros informes obrantes en el expediente sino que contuviesen una motivación específica sobre la concurrencia de la causa de resolución invocada y sobre las alegaciones de los interesados en el procedimiento.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será 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, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 7 de febrero de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, ya que la Administración que suscita la consulta ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que señala que el

plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias:

*“...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 el caso examinado, la aplicación de esta salvedad se relaciona con la suspensión formalmente acordada al solicitar informe al Servicio Jurídico y a la Intervención General y al pedir dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

No obstante, para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. Así lo ha hecho el órgano de contratación, notificando por correo certificado a contratista y avalista, según consta en los antecedentes de hecho, las distintas suspensiones.

**TERCERA.-** Conforme al TRLCSP, vigente a la fecha de adjudicación del contrato y aplicable a sus efectos conforme se ha expuesto anteriormente, son causas de resolución del contrato, además de las previstas en su artículo 224 y de las que se señalen para cada categoría de contrato en dicha ley, las establecidas expresamente en cada contrato (artículo 223, letra h).

En el caso objeto del dictamen, sustancialmente idéntico al analizado en nuestro Dictamen 182/17 según se deduce de la memoria de la propuesta de resolución, el órgano que plantea la

consulta promueve la resolución del contrato por el incumplimiento de la obligación contractual esencial de realizar el suministro conforme a las características previstas en el PPT, en relación con la cláusula 1 del PCAP, que contempla como objeto del contrato la adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles en el municipio de Torres de la Alameda conforme a las características especificadas en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Ahora bien, como ya dijimos en el citado Dictamen, los hechos por los que se ha seguido el procedimiento de resolución encuentran mejor acomodo a juicio de este órgano consultivo en una causa de resolución expresamente prevista en el PCAP, cuya cláusula 21, en sede de penalidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales, prevé en su párrafo quinto que la Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, pueda optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades.

Consideramos como ya hiciera el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 290/14, de 25 de junio, en relación con la misma contratista y tipo de incumplimiento, que esta cláusula resulta aplicable al caso objeto del presente dictamen, ya que la ejecución de la prestación consistente en el suministro se cumpliría por parte del contratista con la entrega de la máquina barredora, pero solo de un modo parcial en tanto en cuanto dicha máquina no reúne los requisitos exigidos en la documentación contractual.

La propia contratista, en su oferta, demuestra ser consciente de la relevancia de las características señaladas en el PPT en relación con el bien mueble a suministrar, al manifestarse expresamente enterada de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas,

comprometiéndose a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones - cuando fuera requerido para ello- en cualquier momento durante la vigencia del contrato.

Como también se ha señalado, el PPT, en su cláusula segunda contemplaba entre las características técnicas mínimas que debía reunir la máquina una capacidad neta de la tolva de al menos 4.000 litros.

Sobre el referido aspecto, el informe de 24 de enero de 2017 del jefe de Sección, puso de manifiesto que, del croquis del producto a suministrar que había sido facilitado por la contratista en cumplimiento de su compromiso de acreditar las características técnicas del producto previamente a su entrega, se deducía que a la capacidad de la tolva se le sumaban una serie de volúmenes tales como la cinta y bandeja que ocupaban 1,16 m<sup>3</sup> a lo que se suma que el depósito adicional de agua incluido en el interior de la tolva reduce también su capacidad de almacenamiento.

La contratista no puede alegar válidamente el desconocimiento del motivo del que se desprende la resolución del contrato, aunque el informe de 21 de noviembre de 2016 no esté incluido formalmente en el expediente de la resolución del contrato sino en el expediente de contratación. Así se deduce, en primer lugar, del hecho de haber tenido conocimiento material de la disconformidad de la Administración con las características del producto en virtud de los correos electrónicos previos de los que se da cuenta en el referido informe.

Por otra parte, la Orden de inicio del expediente de resolución contractual de la que se le dio traslado para alegaciones recogía expresamente como causa del procedimiento resolutorio el *“incumplimiento de las características técnicas de la máquina objeto de*

la licitación descritas en la cláusula segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas.” Además, aun cuando no conste en el expediente de contratación, la contratista debió tener trámite de audiencia en el recurso de reposición interpuesto por la otra empresa licitadora, tal y como exige el artículo 112 de la LRJ-PAC.

La relevancia de preservar la capacidad mínima de la tolva fijada en el PPT es recordada en el informe de 29 de marzo de 2017, del jefe de Sección en relación con el informe del Servicio Jurídico en la Consejería, cuando destaca que una hipotética disminución de la posibilidad de acumular el producto del barrido obligaría al realizar más viajes al punto de vertido de los desechos, disminuyendo la efectividad de los trabajos de limpieza de la vía pública.

La ejecución del contrato exige, por lo tanto, que el suministro se adecue “*estrictamente*” a las prescripciones técnicas particulares, lo que no ocurre con la máquina barredora que se pretende suministrar tal y como ha quedado puesto de manifiesto en los informes técnicos incorporados al procedimiento.

Esta falta de sujeción a los requisitos del PPT supone un incumplimiento parcial que, de conformidad con la cláusula 21 del PCAP otorga a la Administración la opción entre imponer penalidades o resolver el contrato, resultando que se ha optado por lo segundo.

Se cumple, pues, la causa de resolución invocada en el artículo 223. h) TRLCSP, ya que nos encontramos con una causa de resolución expresamente prevista en el contrato. Conviene aclarar que, aunque la causa de resolución aplicada sea distinta a la prevista por la Administración, no por ello se ocasiona en el caso examinado indefensión a la contratista, puesto que se basa en los mismos hechos, y sobre éstos ha tenido oportunidad de alegar y probar cuanto ha tenido por conveniente.

En cualquier caso, la validez de la resolución que, en su caso, sea dictada, estará condicionada a su conclusión dentro del plazo máximo de tres meses para resolver, conforme a lo expuesto al tratar sobre la caducidad del procedimiento.

**CUARTA.-** Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

El artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

*“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 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 este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios

producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

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

Manifestada pues la postura mayoritaria contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista sino que expresamente remite esa determinación a un procedimiento posterior. Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para

valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

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

De esta forma, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede acordar la resolución del contrato de suministro para la *“Adquisición de una barredora-baldeadora compacta para la limpieza de calles del municipio de Torres de la Alameda”*.

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 junio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 263/17

Excmo. Sr. Consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio

C/ Alcalá nº 16 - 28014 Madrid