

Dictamen nº: **33/17**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **26.01.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de enero de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde-presidente de Valdemoro, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la instalación y explotación de paneles y carteles publicitarios en el término municipal de Valdemoro*”, suscrito con la empresa TEX PUBLICIDAD EXTERIOR, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de enero de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, sobre resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 7/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y

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

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, 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 26 de enero de 2017.

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

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de abril de 2014, el contrato denominado *“Concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la instalación y conservación de soportes de información municipal e instalación y explotación de paneles y carteles publicitarios en el término municipal de Valdemoro”* fue adjudicado a la entidad T.P.E., S.L. por un canon de 12 euros por cada metro cuadrado de publicidad comercial instalada y por un plazo de vigencia de 25 años sin posibilidad de prórroga.

En la cláusula primera del contrato suscrito por ambas partes, el 23 de abril de 2014, el concesionario se *“compromete a realizar la CONCESIÓN DE USO PRIVATIVO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO PARA LA INSTALACIÓN Y CONSERVACIÓN DE SOPORTES DE INFORMACIÓN MUNICIPAL E INSTALACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PANELES Y CARTELERAS PUBLICITARIAS EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE VALDEMORO, según se detalla en el estudio económico-financiero, Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y en la oferta presentada por el adjudicatario, teniendo todo ello carácter contractual”*. En su cláusula segunda se recoge que *“El pago del canon se liquidará anualmente con efectos de 31 de diciembre y se abonará dentro del mes de enero siguiente de cada año de vigencia de la concesión (...)”*.

Por su parte, el Pliego de Condiciones que rige la concesión, en su cláusula vigesimoprimera dice: *“La ejecución de la concesión se realizará por cuenta del concesionario con sus propios medios técnicos y personales, haciéndose único destinatario del resultado cumpliendo, siempre y en todo momento, con las condiciones establecidas en este Pliego por el Ayuntamiento”*, y entre las obligaciones del concesionario recogidas en la cláusula vigesimoctava, su apartado f) señala: *“La explotación será de absoluta responsabilidad del concesionario, por lo que las consecuencias que pudieran derivarse de cualquier incumplimiento de la normativa legal, fiscal, contable o del propio pliego, será imputada exclusivamente al concesionario”*.

La Junta de Gobierno en sesión ordinaria celebrada el día 16 de marzo de 2016 adoptó, entre otros, el acuerdo de inicio de expediente de resolución del contrato por causa imputable al concesionario, por incumplimiento de su oferta.

El 11 de abril de 2016, el concesionario presentó escrito de alegaciones, manifestando su desacuerdo con el expediente de resolución de la concesión, por considerar que la imposibilidad de cumplimiento venía motivada por *“la falta de actuación por parte del Consistorio”*, añadiendo que, *“Durante los meses que suceden a la adjudicación (...) se encontró de plano, con la dificultad de que muchas de las parcelas municipales que fueron aprobadas por el ayuntamiento estaban (y así continúan) ocupadas por publicidad de terceras personas, que no cuentan con licencias municipales y que hacen uso gratuito del suelo objeto de concesión”*. Manifestaba también en su escrito, la imposibilidad de instalación y explotación de paneles y carteles publicitarios, *“ya que por ejemplo, se encuentran en medio de una calle o de un bosque, en el cual entendemos que no es viable la instalación (...) este inconveniente también se ha puesto de manifiesto en más de una oportunidad, dando alternativas que no ha sido tenidas en cuenta, de*

hecho ni siquiera han sido contestadas por los servicios técnicos de este Ayuntamiento”. Además, alegaba que había emplazamientos que debían ser modificados por no ajustarse a la normativa aprobada recientemente y con respecto a los monopostes de 8x1.15 *“se ha avisado al consistorio y a las que no se han obtenido respuesta, que esta medida es imposible de fabricar (...)”*, y concluía que *“la falta de finalización es evidente que se debe a un problema que es de fuerza mayor para T.P.E.”*, solicitando al consistorio realizara las gestiones necesarias para remover los obstáculos que impedían a la concesionaria el cumplimiento del contrato, adjuntando fotografías y diversos requerimientos al consistorio.

El secretario general emitió informe jurídico el 4 de mayo de 2016, y la viceinterventora, emitió informe el 30 de mayo de 2016. En este informe se considera, que concurre causa de extinción anticipada de la concesión *“al estar prevista en la cláusula vigésima tercera del pliego de condiciones como obligación esencial la ejecución de las mejoras ofertadas y al haber asumido en su oferta T.P.E. el compromiso de reducción de la implantación en un plazo máximo de 12 meses, ya transcurridos puesto que el contrato se formalizó el 23 de abril de 2014”*.

Se recabó dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora que dictó el Acuerdo 5/2016 de devolución del expediente *“al considerar incompleto y faltar en el mismo documentación esencial para pronunciarse sobre la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento”*.

El 4 de enero de 2017 se recibe nuevamente en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, expediente de resolución del contrato que nos ocupa, del que forma parte la siguiente documentación:

Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de noviembre de 2016 por el que se acuerda:

1°.- La caducidad del expediente de resolución iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno en sesión ordinaria de 16 de marzo de 2016.

2°.- Iniciar expediente de resolución por causa imputable al concesionario conforme a lo previsto en la cláusula 23 del pliego de prescripciones administrativas, por incumplimiento de su oferta, *“hechos puestos de manifiesto en su informe por el Técnico Municipal de fecha 25 de octubre de 2015 y que se incorpora a este expediente, y relatado en la parte expositiva, lo que conllevaría indemnización de daños y perjuicios”*.

3°.- Conservar todos los actos e informes que obran en el procedimiento caducado.

4°.- Otorgar audiencia al concesionario.

5°.- Solicitar informe de los servicios municipales respecto de las alegaciones que pudieran presentarse por el concesionario.

6°.- Solicitar dictamen de esta Comisión Jurídica, con suspensión del plazo para resolver.

El 11 de noviembre de 2016 se notificó al concesionario el citado Acuerdo.

Dentro del plazo para alegaciones la mercantil adjudicataria, presentó un escrito el 22 de noviembre de 2016, reproduciendo literalmente las alegaciones presentadas en el expediente de resolución declarado caducado.

El 28 de noviembre de 2016 el secretario general emite informe reiterándose en el emitido con fecha 4 de mayo de 2016.

El 14 de diciembre de 2016, la viceinterventora se reitera en el informe emitido el 30 de mayo de 2016.

Consta en el expediente que el 15 de diciembre de 2016, el concejal de Urbanismo, Servicios y Deportes formuló la siguiente propuesta:

“PRIMERO.- Desestimar las alegaciones efectuadas por doña A.R.S. en representación de la concesionaria T.P.E., S.L.

SEGUNDO.- Resolver la concesión de uso privativo bienes de dominio público para la instalación y conservación de soportes de información municipal e instalación y explotación de paneles y carteles publicitarios en el término municipal de Valdemoro, adjudicada a la empresa T.P.E. SL, por causa imputable al concesionario, conforme a lo previsto en la cláusula 23 del pliego de prescripciones administrativas, por incumplimiento de su oferta, la empresa ha instalado 11 ubicaciones de un total de 63 previstas en su oferta.

En estas ubicaciones se han instalado un total de 37 postes, de un total de 197 previstos en la oferta. Con respecto a la señalización publicitaria la empresa ha instalado este tipo de señalización en 58 ubicaciones del municipio de un total de 135 previstas en la oferta presentada.

El plazo de implantación según la oferta será de un año y el contrato se formalizó el 23 de abril de 2014, incumpléndose la oferta presentada y que fue objeto de valoración en lo relativo al plazo de implantación.

TERCERO.- Incautar la garantía depositada por la concesionaria en metálico, sin perjuicio del posterior inicio de expediente a efecto de determinar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento y determinar la indemnización procedente”.

Consta que el 16 de diciembre de 2016, el alcalde de Valdemoro resuelve solicitar dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución.

El 27 de diciembre de 2016 se registró de entrada en la Comunidad de Madrid el escrito de solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que fue recibido en este órgano consultivo el 4 de enero de 2017.

Se ha incorporado al expediente, la documentación completa presentada en su oferta por el concesionario, previa solicitud cursada por el Ayuntamiento de Valdemoro a la Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción nº 6 (folios 175 a 728), así como; el informe del técnico municipal de 25 de octubre de 2015 (folio 24).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. 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 del sector público*”.

La solicitud de dictamen del alcalde de Valdemoro se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA) (*“Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”*).

SEGUNDA.- Tal como se indicó por esta Comisión Jurídica en el citado Acuerdo 5/2016, en cuanto al procedimiento a seguir, la normativa de patrimonio de las administraciones públicas no establece un procedimiento general más allá de las particularidades que pueden recogerse en las normas sobre propiedades especiales.

En el presente supuesto nos encontramos ante una concesión demanial por la que se otorga el uso privativo de bienes de dominio público a un concesionario que asume la obligación de instalación y conservación de soportes de información municipal y explotación de paneles y carteleras publicitarias en el término municipal de Valdemoro.

La naturaleza de la concesión demanial ha dado lugar a prolongados debates doctrinales que propugnaban, respectivamente, su naturaleza de acto administrativo o de contrato. La doctrina clásica entendía que las concesiones demaniales eran actos administrativos, siendo, por tanto, unilaterales. Sin embargo, esta calificación resulta hoy cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de que la concesión demanial da lugar a un vínculo estable, con derechos y deberes para ambas partes, sin perjuicio de las facultades legales de

revocación que, por razones del interés público que está llamada a proteger, conserva la Administración titular del bien.

Tal circunstancia ha llevado a parte de la doctrina moderna a afirmar el carácter contractual de las concesiones demaniales, apoyándose para ello, además, en que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, (en adelante, RBEL) establece que la concesión demanial se otorgará con arreglo a ciertas normas específicas y *“a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales” (artículo 78.2 RBEL)*; argumento al que hoy cabría añadir la precisión contenida en el artículo 94 de la Ley 33/2003 cuando señala que *“en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Lo cierto es que en el caso que nos ocupa, habiendo sido calificado jurídicamente el uso privativo de bienes de dominio público como concesión demanial, ha de estarse a lo dispuesto en el contrato de la concesión, pliego de condiciones y pliego de prescripciones técnicas particulares.

Así, en la cláusula segunda del pliego de condiciones que rige la concesión, se indica que *“en lo no previsto en el Pliego de Condiciones serán de aplicación la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en lo que respecta a los artículos básicos), el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, el 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, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, y demás normativa en vigor que resulte de aplicación”.

Con base en esa remisión del pliego, parece lógico seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa tal y como ha realizado el Ayuntamiento, garantizando así además una mejor defensa de los derechos de los interesados.

Al haberse adjudicado el contrato el 10 de abril de 2014, resulta de aplicación la normativa de contratos contenida en 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) y Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 2 de octubre (en adelante, RGLCAP).

TERCERA.- La resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”.*

Por su parte, el artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el procedimiento se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, así como informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211 del TRLCSP dispone, que es

preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Conforme la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista, que ha formulado alegaciones reiterando literalmente las alegaciones presentadas en su día en el procedimiento de resolución declarado caducado. Igualmente se ha emitido informe tanto por el secretario general como por la intervención municipal, sin que resulte necesario audiencia del avalista o asegurador al haberse constituido la garantía en metálico.

Por último, en cuanto al requisito temporal, en el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato ha surgido de la Junta de Gobierno Local que inició el expediente de resolución contractual por Acuerdo de 9 de noviembre de 2016.

De este modo, y puesto que el plazo para resolver es de tres meses, no cabe duda de que, en las fechas actuales, el plazo para resolver no ha expirado, máxime cuando, además, el procedimiento fue suspendido tal y como se recoge en el citado Acuerdo de 9 de noviembre de 2016, para solicitar el dictamen de esta Comisión, suspensión que ha sido notificada al contratista.

CUARTA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren o no las causas de resolución del contrato, en los términos manifestados en el acuerdo de inicio.

La causa de resolución en la que se apoya la corporación municipal es el incumplimiento por parte del contratista de la obligación esencial de ejecución de las mejoras ofertadas, obligación

esencial prevista en la cláusula vigesimotercera del pliego de condiciones como causa de extinción anticipada de la concesión:

“VIGESIMOTERCERA.- EXTINCIÓN ANTICIPADA DE LA CONCESIÓN.

Además de las establecidas en el artículo 100 de la LPAP y en la condición vigesimonovena, son causas de extinción anticipada de la concesión considerándose obligaciones esenciales a los efectos de la misma:

b) La ejecución de las mejoras ofertadas”.

Así pues, en primer término es preciso establecer la distinción entre el concepto de variante y de mejora, ambos regulados en el artículo 147 TRLCSP, a cuyo tenor: *“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. 2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. 3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios”.*

Por otra parte, el artículo 145.3 del TRLCSP dispone que: *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna*

propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.

A la vista de dichos artículos, las variantes y mejoras han de cumplir idénticos requisitos en cuanto a su determinación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicación en el anuncio, etc., de acuerdo con el citado artículo 147 del TRLCSP. La diferencia pues, como indica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Acuerdo de 28 de julio de 2011, (Recurso nº 40, Resolución nº 43/2011), ha de concretarse en el contenido de las mismas. Así, mientras las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración.

En el supuesto que nos ocupa debe ser entendida la mejora en los términos expresados, puesto que el pliego de condiciones técnicas en su cláusula 10 contempla la valoración con hasta 10 puntos del “*compromiso expreso de reducción de plazo de implantación siendo el máximo de tiempo admisible en esta oferta de 18 meses*”, constatándose en el expediente el compromiso del concesionario de implantación de su propuesta técnica, en un plazo máximo de doce meses.

Asimismo, se observa en el informe del Técnico Municipal de fecha 25 de octubre de 2015 incorporado al expediente, el incumplimiento del plazo de implantación ofertado, cuando se expresa en los siguientes términos:

«Con respecto al estado en que se encuentra la instalación de señalización municipal informativa y orientativa, prevista dentro del contrato de “Concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la instalación de soportes de información municipal e instalación y explotación de paneles y carteleras publicitarias”, a día de hoy la empresa concesionaria ha instalado este tipo de señalización en 11 ubicaciones del municipio, de un total de 63 previstas en la oferta presentada.

En estas ubicaciones se han instalado un total de 37 postes, de un total de 197 previstos en la oferta presentada (Anejo 9).

Con respecto al estado en que se encuentra la instalación de señalización publicitaria prevista dentro del contrato de (...), a día de hoy la empresa concesionaria ha instalado este tipo de señalización en 58 ubicaciones del municipio, de un total de 135 previstas en la oferta presentada (Anejo10).

Por todo lo anterior y entendiendo que el plazo de implantación de la concesión sería de un año según la oferta presentada por T.P.E. y que el contrato se formalizó el 23 de abril de 2014, el 23 de abril de 2015 deberían estar colocadas todas las vallas publicitarias y de señalización informativa (...).».

Respecto a estos incumplimientos constatados por la Administración, el contratista, sin negar el incumplimiento del plazo de implantación de su propuesta técnica, alega que la no finalización del cumplimiento íntegro de la oferta viene motivado por las dificultades encontradas en las parcelas ocupadas por publicidad de terceras empresas, la existencia de emplazamientos inviables, así como la imposibilidad de fabricación de los monopostes de 8x1'15.

Frente a lo alegado por el contratista, del expediente examinado se deduce que el contratista en su oferta incluyó una propuesta técnica

con descripción de los soportes a instalar con planos e imágenes, un estudio de ubicaciones con descripción y planos de ubicación de los diversos soportes, paneles y vallas, una propuesta técnica de señalética municipal con descripción de los soportes a instalar, así como un inventario de ubicaciones con fotografías de soportes publicitarios existentes.

A lo dicho cabe añadir que la propia empresa en reuniones mantenidas con la Administración y en escritos dirigidos a la misma que constan en el expediente, ha manifestado sus dificultades para la ejecución del contrato.

En definitiva, de lo expuesto resulta claro que los incumplimientos alegados por la Administración se refieren a las prestaciones que pueden calificarse como esenciales del contrato, por aplicación de lo previsto en la cláusula 23 del pliego de condiciones que rige la concesión, lo que permite que la Administración pueda hacer uso de su facultad de resolución, sin que el motivo de la resolución haya quedado desmentido por las alegaciones de la empresa y concurriendo la causa de resolución establecida en la cláusula 23 del pliego de condiciones que rige el contrato.

En consecuencia, esta Comisión Jurídica Asesora considera que concurre la causa de resolución anticipada de la concesión, por incumplimiento del contratista de la obligación de implantación de su propuesta técnica en un plazo máximo de doce meses.

QUINTA.- Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo artículo 225.3 TRLCSP establece lo siguiente: *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se*

hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

La doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, recogida por esta Comisión Jurídica, entre otros, en su Dictamen 332/16 considera que, 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 concesionario, 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 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, 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 concesionaria 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 concesionario por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del concesionario para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

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

Por todo lo anterior, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del concesionaria 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 este Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato denominado “*Concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la instalación y explotación de paneles y carteles publicitarios en el término municipal de Valdemoro*”.

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 26 de enero de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 33/17

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro