

Dictamen nº: **365/17**
Consulta: **Alcaldesa de Moraleja de Enmedio**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **14.09.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de septiembre de 2017, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Moraleja de Enmedio, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de *“Servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Moraleja de Enmedio”*, suscrito con la empresa COFELY ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, *“la empresa”* o *“la contratista”*).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

A dicho expediente se le asignó el número 288/17, 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 (en adelante, ROFCJA).

El expediente remitido consta de los siguientes documentos:

-Documento n° 1: Contrato administrativo de servicios de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Moraleja de Enmedio suscrito con la empresa junto con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, PCAP) y el de Prescripciones Técnicas Particulares.

-Documento n° 2: Certificado del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio de 4 de mayo de 2017 sobre el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato.

-Documento n° 3: Alegaciones de la contratista al Acuerdo del Pleno de 23 de mayo de 2017.

-Documento n° 4: Informe jurídico de la Secretaría General del Ayuntamiento de 9 de junio de 2017.

-Documento n° 5: Propuesta de 9 de junio de 2017 de la Alcaldía al Pleno, de contestación de las alegaciones de la contratista.

-Documento n° 6: Certificado del Acuerdo del Pleno de 16 de junio de 2017, sobre propuesta de resolución.

Con fecha 3 de julio de 2017, con suspensión del plazo para emitir el dictamen, se requirió al Ayuntamiento para que completara el expediente con la remisión de determinados documentos citados en el mismo que no habían sido acompañados. El 9 de agosto se atendió el requerimiento y se reanudó el plazo de emisión de dictamen.

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M.^a Dolores Sánchez Delgado 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 14 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen, a continuación, los hechos que se consideran de interés para la emisión del presente dictamen.

Previa licitación mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 25 de abril de 2013 se adjudicó el contrato de *“Servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Moraleja de Enmedio”* a la contratista por un importe 190.865,00 € anuales, IVA excluido, y un plazo de ejecución de quince años sin posibilidad de prórroga.

El contrato administrativo mixto de suministro y servicios se formalizó el día 27 de mayo de 2013. La cláusula segunda de este contrato establecía su objeto que *“comprende el servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Moraleja de Enmedio y del consumo energético, con la inversión en las instalaciones del municipio que se indican en el pliego de prescripciones técnicas y en la oferta suscrita por la sociedad contratista, de conformidad con las especificaciones y características expuestas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el referido pliego de prescripciones técnicas. El servicio tiene como finalidad las siguientes prestaciones obligatorias:*

- Prestación P1: Gestión energética.

- *Prestación P2: Mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior.*

- *Prestación P3: Garantía total.*

- *Prestación P4: Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía.*

- *Prestación P6: Trabajos complementarios”.*

En la cláusula decimotercera se establecía: *“En lo relativo a la resolución del contrato se estará además de lo dispuesto en el TRLCSP, a lo especificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

Es la cláusula 47 del PCAP la que se ocupaba de las *“Causas de resolución”*, que determinaba:

«Son causas de resolución del contrato, además de las previstas en el TRLCSP, las siguientes:

- *El hecho de incurrir el contratista en cualquiera de las causas de prohibición para contratar con la Administración Pública estipuladas en el artículo 60 del TRLCSP o en los presentes pliegos durante la ejecución del contrato, cuando a criterio del Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio puedan derivarse perjuicios para el interés público.*
- *Será también motivo de resolución del contrato el hecho que el adjudicatario no haga efectivo el correspondiente pago del suministro eléctrico a la compañía y, por tanto, incumpla con su obligación de estar al corriente del pago del servicio.*
- *El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en los pliegos que rigen la contratación, en el contrato o demás*

documentos que forman parte del mismo, sin perjuicio de lo que (se) dispone la cláusula “penalizaciones” del presente pliego».

TERCERO.- Las vicisitudes en la ejecución del contrato se reflejan en el certificado del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio de 4 de mayo de 2017 por el que se dispone el inicio del procedimiento de resolución del contrato (Documento nº 2 del expediente administrativo) y del que resultan los siguientes hitos:

Según ese certificado, la relación contractual mantenida entre el Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio y la contratista con motivo de la adjudicación del contrato que nos ocupa es objeto de investigación judicial en el Procedimiento Diligencias Previas 85/2014 seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, de la Audiencia Nacional. En dicho procedimiento se dictó Auto de 9 de junio de 2015 que se acompañó a requerimiento de esta Comisión y del que se transcribía el siguiente párrafo: *“Pueden extraerse determinadas conclusiones preliminares que pondrían de manifiesto cómo la adjudicación del contrato objeto de investigación, podría haber sido decidida de antemano, mediante un concertó (sic) establecido entre determinados cargos y funcionarios públicos del Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio con determinados responsables de la empresa COFELY y D.M.V. a cambio de determinadas contraprestaciones económicas y prebendas que son objeto de investigación (...)”.*

De conformidad con la resolución que da inicio al procedimiento, la empresa contratista presentó en el Ayuntamiento los siguientes escritos (que no fueron remitidos a esta Comisión junto con el expediente y algunos de los cuales se han incorporado después a instancias de la Comisión):

- El 10 de junio de 2015 solicitó la resolución y liquidación del contrato. Ante el silencio del Ayuntamiento, se interpuso un recurso contencioso-administrativo (procedimiento nº 168/2016) que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 15, cuya vista se celebró el 15 de marzo de 2017 y está pendiente de sentencia. También está pendiente de resolución la prejudicialidad penal alegada en el juicio por la Administración municipal.

- El 6 de julio de 2015 el contratista comunicó la suspensión de la ejecución del contrato a partir del día 8 de julio.

- El 13 de julio de 2015 anunció la suspensión inmediata de las prestaciones objeto del contrato, excepto la prestación P1 que seguiría prestándose hasta el 8 de septiembre de 2015.

- El 9 de septiembre de 2015 reiteró la proximidad del vencimiento del plazo para la suspensión de la prestación definitiva de la prestación relativa al suministro de energía P1.

- El 17 de septiembre de 2015 informó sobre la comunicación de la extinción de los contratos con las comercializadoras de gas y electricidad efectuada por su parte el 15 de septiembre de 2015.

- El 9 de noviembre de 2015 informó que se había procedido a comunicar a las empresas distribuidoras que los contratos con las comercializadoras se encontraban extinguidos y que el contrato administrativo de eficiencia energética firmado con el Ayuntamiento estaba suspendido por falta de pago; que la contratista no iba a abonar ninguna de las facturas de consumo de energía eléctrica y gas que hiciese el Ayuntamiento en los puntos de suministro de los que era titular; que se había instado a las distribuidoras a formalizar un cambio de titularidad de los puntos de suministro a favor del Ayuntamiento; que la contratista les requería para que en el caso de que el cambio de

titularidad no fuera fructífero por la oposición del Ayuntamiento, se procediese al corte del suministro o a la inutilización de los *cups* de los que fuera titular.

Por su parte, el 7 de octubre de 2015 el Ayuntamiento inició un expediente de revisión de oficio del acuerdo adoptado por el Pleno Municipal de 25 de abril de 2013 de adjudicación del contrato a la empresa, procedimiento que está también suspendido en tanto se resuelva el procedimiento penal seguido en la Audiencia Nacional.

El 7 de diciembre de 2015 IBERDROLA CLIENTES S.A.U. comunicó al Ayuntamiento que la contratista había solicitado la baja de los suministros a través de los cuales se prestaba el alumbrado público del Ayuntamiento con la advertencia de que, si no se suscribían los contratos de suministro eléctrico con una empresa comercializadora, se procedería a la suspensión del suministro en enero de 2016. Por ello, se facultó de manera transitoria a la Alcaldía-Presidencia para la firma de los acuerdos necesarios con la comercializadora correspondiente para garantizar la prestación del servicio público y hasta la adjudicación del contrato correspondiente.

La contratista interpuso contra el Ayuntamiento cuatro recursos contencioso-administrativos que se siguen en distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en reclamación de facturas por falta de atención y pago de la prestación de los diferentes servicios. La situación de esos procedimientos judiciales es la siguiente:

- En el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 29 (PO 133/2015): Reclamación de facturas impagadas por importe de 109.128.34 €. El Ayuntamiento se personó y planteó un incidente de prejudicialidad penal, con solicitud de suspensión desestimada. La sentencia estimó

parcialmente la demanda con diligencia de firmeza en proceso de ejecución.

- En el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 10 (PO 107/2015). Reclamación de facturas impagadas por importe de 75.121,64 €. El Ayuntamiento se personó y planteó un incidente de prejudicialidad penal, con solicitud de suspensión desestimada. La sentencia, firme, desestimó la demanda.

- En el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 16 (PO 63/2015): Reclamación de facturas impagadas por importe de 229.593,98 €. El Ayuntamiento se personó y planteó un incidente de prejudicialidad penal, con solicitud de suspensión desestimada. La sentencia estimó la demanda que está pendiente de resolución en apelación.

El certificado de 4 de mayo de 2017 -del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio de 4 de mayo de 2017 por el que se acordaba el inicio del procedimiento de resolución del contrato- mencionaba que el Ayuntamiento había verificado y comprobado las prestaciones objeto del contrato que se hubieran podido efectuar por parte de la contratista y de las que habían presentado las correspondientes facturas para su abono, sin que se hubiese producido pago alguno por parte del Ayuntamiento hasta la fecha. Dichas facturas por prestaciones realizadas se relacionaban en el informe del Ingeniero Industrial de 14 de julio de 2016 y ascendían a 65.268,15 €. Este informe, incorporado al expediente a instancias de esta Comisión, se refiere a facturas correspondientes a la prestación P1 de gestión energética y por el periodo comprendido del 12 de marzo de 2015 al 31 de octubre de 2015 (8 facturas mensuales), pero también reconoce que *«al no disponer de la totalidad del contrato mixto denominado "Servicio de Gestión Integral de la instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Moraleja de Enmedio" con sus respectivas plicas del contrato, no se ha*

podido verificar la validez de dichas facturas, por lo que no se ha podido justificar que los importes de las facturas relacionadas con la prestación anteriormente expuesta sean correctas, por falta de documentación necesaria».

CUARTO.- Ante la situación en la que se encontraba el contrato, el 15 de septiembre de 2016 se incoó un primer expediente de resolución del contrato basado en la causa de resolución prevista en el artículo 223.g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). El expediente concluyó en la propuesta de resolución aprobada por el Pleno el 22 de febrero de 2017 y fue remitido a la Comisión Jurídica Asesora.

El Dictamen núm. 145/17 de 6 de abril, después de exponer la tramitación que había de seguirse en los procedimiento de resolución de contratos, y señalar los trámites que se habían obviado en el expediente remitido, concluyó que el procedimiento estaba caducado.

No consta que se haya declarado su caducidad ni que se haya comunicado al contratista, pese a haberse requerido esta información.

QUINTO.- Posteriormente, el Pleno del Ayuntamiento acordó la incoación de un nuevo expediente de resolución de contrato mediante el ya citado Acuerdo de 4 de mayo de 2017, que reproducía el acuerdo de incoación del anterior expediente.

El acuerdo de incoación ponía de manifiesto lo siguiente:

- Existe una voluntad concurrente de ambas partes de resolver el contrato de servicios energéticos, lo que no exime al Ayuntamiento de tener que prestar los servicios públicos de competencia obligatoria como

resulta ser el alumbrado público, mediante ejecución directa o indirecta.

- La ejecución del contrato está suspendida por haberse declarado así en el procedimiento de revisión de oficio instado por el Ayuntamiento –procedimiento también suspendido en tanto se resuelva el procedimiento penal-. También el contratista suspendió el 15 de septiembre de 2015 la ejecución del contrato mediante la extinción de los contratos con las comercializadoras de gas y electricidad.

- La suspensión de la ejecución de las prestaciones, *“querida y provocada por ambas partes, puede conseguirse mediante la resolución del vínculo contractual”*.

En estas circunstancias, siguiendo el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de abril de 2016 referido a un contrato similar de la misma empresa contratista con otro Ayuntamiento, se aplicaba al presente caso lo manifestado por el órgano consultivo en aquel contrato y se invocaba como causa de resolución la prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP.

En este caso, se manifestaba que si el procedimiento penal se seguía porque la adjudicación del contrato había sido decidida de antemano y concertada a cambio de prebendas y contraprestaciones económicas, resultaba evidente que el contrato no podía ni debía seguir prestándose sin producir una lesión grave en el interés público, por lo que, para salvaguardar ese interés público, habría que resolver el contrato.

Se sostenía que la resolución en nada afectaría a la terminación del expediente de revisión de oficio, el cual tendría lugar con la sentencia firme del procedimiento penal y la producción de los efectos y

consecuencias tanto administrativas como civiles o penales, a los que diera lugar.

En cuanto a los efectos de la resolución (indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar al contratista salvo que la causa de resolución fuera imputable al contratista, *ex* artículo 225.6 del TRLCSP), podrían suspenderse cautelarmente hasta que hubiera pronunciamiento judicial en el procedimiento penal *“y a resultas del mismo proceder a la liquidación definitiva del contrato en su caso; y sin perjuicio de las prestaciones efectivamente llevadas a cabo por la empresa, que el Ayuntamiento justificadamente reconoce y que deberá proceder a su pago”*.

En cuanto a la garantía, e independientemente de la indemnización de daños y perjuicios a la Administración que pudiera resultar, procedería también la suspensión de la incautación o devolución de la misma, a expensas de una posible sentencia condenatoria que, en su caso, considerase la comisión de una infracción penal.

Por ello, se proponía:

- Iniciar un expediente de resolución del contrato administrativo por la causa descrita en el artículo 223.g) del TRLCSP: *“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos”*.

- Iniciar un procedimiento para la determinación de la cuantía económica que pudiera corresponder a la empresa (3 % del importe de la prestación dejada de realizar) y suspender su pago hasta que existiese un pronunciamiento firme de los tribunales que determinara si la causa de resolución era imputable al contratista, momento en el que

procedería la liquidación definitiva del contrato que en su caso pudiera corresponder.

- Iniciar un procedimiento contradictorio sobre la devolución o incautación de la garantía constituida, con audiencia a la contratista y a la avalista por diez días naturales, *“hasta que se determine por parte de los tribunales Sentencia Judicial firme en el correspondiente procedimiento”*.

Del inicio del procedimiento de resolución del contrato se dio traslado a la contratista, que presentó alegaciones.

En ellas se puso de manifiesto que el Ayuntamiento empezó a incumplir su obligación contractual de abonar las facturas por los servicios prestados y efectivamente aprovechados ya desde septiembre de 2013 por lo que se presentaron reclamaciones extrajudiciales de pago que fueron desatendidas por el Ayuntamiento lo que ocasionó la interposición, entre los meses de febrero y marzo de 2015, de dos recursos contencioso-administrativos que estaban pendientes de resolución final.

Ante los reiterados impagos y dado que la situación era ya inviable desde un punto de vista económico, presentó al Ayuntamiento un escrito de solicitud de resolución, suspensión y liquidación del contrato por falta de pago, al amparo de lo establecido en los artículos 216.5 y 216.6 del TRLCSP y procedió a la suspensión de la ejecución de la prestación P1. Ante el silencio administrativo se presentó recurso contencioso-administrativo (del que está conociendo el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid, cuya vista se celebró el 15 de marzo de 2017 y está pendiente de sentencia)

Discrepaba por completo de la causa de resolución alegada por el Ayuntamiento pues la verdadera causa de resolución debería radicar en

la establecida en el apartado e) del artículo 223 del TRLCSP, consistente en *“la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216”* toda vez que consideraba acreditado el flagrante incumplimiento del pago de las prestaciones ejecutadas y efectivamente aprovechadas, que se había producido un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento y una manifiesta voluntad de impago de facturas, lo cual vulneraba los principios de equidad, buena fe y confianza legítima.

Consideraba necesario proceder a la liquidación del contrato una vez resuelto, y al pago de los daños y perjuicios y del beneficio dejado de percibir, así como de los intereses de demora.

Subsidiariamente, en caso de acordarse la resolución del contrato por la causa del artículo 223.g) TRLCSP, debían abonársele los servicios prestados, las inversiones no amortizadas y los daños ocasionados (3% del importe de la prestación dejada de realizar). Además, procedía la devolución de la garantía porque no se había producido ningún incumplimiento por su parte, sino todo lo contrario, pues era el Ayuntamiento el que había incumplido sus obligaciones de pago y debería indemnizarle por todos los daños irrogados.

La secretaria general del Ayuntamiento emitió un informe de fecha 9 de junio de 2017 en el que propuso al Pleno la desestimación de las alegaciones presentadas por el contratista, informe cuyas conclusiones hizo suyas la alcaldesa mediante acuerdo de 9 de junio de 2017 y que fue elevado al Pleno.

El Pleno por Acuerdo de 20 de junio de 2017 aprobó el informe de la secretaria general en sus propios términos, y propuso:

- Desestimar las alegaciones presentadas por la empresa.

- Continuar con el expediente de resolución del contrato administrativo por la causa del artículo 223.g) del TRLCSP.

- Determinar la cuantía económica que pudiera corresponder a la empresa según el artículo 225.5 del TRLCSP (indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar), y solicitar los informes técnicos necesarios.

- Suspender la indemnización hasta que existiese un pronunciamiento firme de los tribunales que determinara que la causa de resolución no era imputable al contratista.

- Desestimar la devolución de la garantía y acordar iniciar un procedimiento contradictorio sobre la devolución o incautación de la garantía constituida con audiencia a la mercantil y a la avalista *“hasta que se determine por parte de los tribunales Sentencia Judicial firme en el correspondiente procedimiento”* (sic) -se supone que lo que se pretende es suspender también este procedimiento hasta que haya sentencia penal firme-.

- Solicitar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

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, por tratarse de un expediente de resolución de un contrato

administrativo tramitado por el Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio a solicitud de su alcaldesa, remitido a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato fue adjudicado bajo la vigencia del TRLCSP por lo que esta es la legislación aplicable, tanto en cuanto a las cuestiones materiales como a las formales y de procedimiento.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, además de acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, además, ante la falta de desarrollo reglamentario, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y concretamente su artículo 109, dedicado al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente 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*”. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211.3.a) 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.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales.

En relación con el plazo para tramitar el expediente de resolución del contrato, la normativa contractual no establece regulación alguna al respecto por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que el expediente se inició después de la entrada de vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) resulta de aplicación el plazo general de tres meses, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente, previsto en el artículo 21.3 aunque este plazo se puede suspender en el caso de que sea necesario solicitar informes preceptivos, como estipula el artículo 22.2.d), *“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”*.

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.

Todos estos trámites y la posibilidad de suspensión del procedimiento se pusieron de manifiesto al Ayuntamiento por nuestro Dictamen 145/17, recaído en el anterior procedimiento de resolución

contractual incoado, en el que se concluyó que el procedimiento había caducado.

Pues bien, sin que conste ni la declaración de caducidad y archivo de aquel procedimiento, se incoó otro procedimiento en el que vuelve a obviarse el informe de la Intervención y en el que, de la documentación remitida a instancia de esta Comisión, se desprende que no se hizo uso de la facultad de suspensión del procedimiento sino hasta el 31 de julio de 2017 y no consta que se comunicase al contratista. Si efectivamente se comunicó y, por tanto, se hizo efectiva la suspensión del plazo, es de hacer notar el exiguo plazo que restaría para dictar la resolución de este procedimiento una vez emitido nuestro dictamen. Si no se comunicó la suspensión a la contratista el procedimiento habría caducado antes de la entrada de la documentación complementaria en esta Comisión Jurídica Asesora.

La falta en el expediente administrativo de resolución del contrato del informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación Municipal o, en su caso, titular de la Asesoría Jurídica y de la Intervención Municipal constituyen vicios de anulabilidad y, por tanto, susceptibles de subsanación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LPAC, como así estableció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes del 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, y esta Comisión en el Dictamen 64/17 de 9 de febrero, entre otros.

En este caso no consta informe de la Intervención municipal por lo que dicha irregularidad en el procedimiento, aun no invalidante del mismo, deberá ser subsanada con carácter previo a la resolución del contrato ya que, en definitiva, los trámites administrativos se establecen como garantía de la actuación de las Administraciones Públicas.

Por otro lado, el informe de la Secretaría se ha emitido con posterioridad al trámite de audiencia del contratista.

En relación con el trámite de audiencia al contratista y avalista, era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que dicho trámite había de practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que pudieran incorporarse con posterioridad informes o documentos nuevos, de manera que si los informes citados añadían hechos nuevos o argumentaban cuestiones nuevas para la resolución, generaban indefensión al contratista y el avalista por lo que lo procedente era la retroacción del procedimiento (dictámenes 482/11, de 7 de septiembre, 514/11, de 21 de septiembre y 515/12, de 19 de septiembre).

Ahora bien, en cuanto que el informe de la Secretaría no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria sino que se limita a reproducir el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato y la causa de resolución allí consignada, debe considerarse que no se ha producido indefensión al contratista, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo Consultivo (así, los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros), y reiterada por esta Comisión en varios dictámenes, así, el Dictamen 62/16 de 5 de mayo, el Dictamen 516/16 de 17 de noviembre o el 561/16 de 22 de diciembre, entre otros.

No se ha dado trámite de audiencia al avalista puesto que la propuesta no propone la incautación de la garantía sino la incoación de un procedimiento contradictorio y será en dicho procedimiento en el que se dilucidará si procede dicha incautación y en el que habrá de oírse al avalista.

Por último, en relación con la propuesta de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha declarado en diversos Dictámenes, entre ellos el núm. 191/16, de 9 de junio, el núm. 415/16 de 22 de septiembre, el núm. 561/16 de 22 de diciembre o el 64/17 de 9 de febrero, entre otros, que 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.

La propuesta de resolución del presente expediente, al igual que el informe de la Secretaría, se limita a reproducir el acuerdo de inicio del procedimiento, a exponer el procedimiento a seguir (obviando trámites pese a que se habían señalado por nuestro Dictamen núm. 145/17) y a señalar los acuerdos a adoptar y refiriéndose a documentos que no se acompañaban con el expediente y que tuvieron que ser solicitados por esta Comisión.

En este caso, se fundaba la resolución del contrato en la causa del artículo 223.g) del TRLCSP (la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuar ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato).

La propuesta no se pronuncia sobre la resolución del contrato instada por el contratista. Se reconocía que había facturas impagadas por la Administración municipal pero no se señalaba la fecha del incumplimiento de los pagos. Reseñaba la existencia de una concurrencia de causas de resolución pero señalaba que la resolución del contrato formulada por el contratista sería objeto de

pronunciamiento por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que estaba conociendo del asunto y que serían también los tribunales los que se pronunciasen sobre las facturas pendientes de pago.

Justificaba la resolución contractual por la Administración en la defensa del interés público, y en la aplicación de *“la causa más garantista”* y –haciendo suyas las palabras del Consejo de Estado- en que *«no resulta mínimamente justificable continuar pagando unas facturas sobre las cuales presuntamente se incluían comisiones y adoptar una "posición pasiva a la espera del resultado de un proceso penal" como se recoge en el Dictamen del Consejo de Estado número 111/2016»*.

Por ello, dado que el Auto de 9 de junio de 2015, de la Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, concluyó preliminarmente que la adjudicación del contrato podría haber sido decidida de antemano a cambio de determinadas prestaciones y prebendas que estaban siendo investigadas *“resulta evidente que tal contrato no puede ni debe seguir prestándose sin producir una lesión grave en el interés público”*, por lo que, con apoyo en el citado Dictamen del Consejo de Estado nº 111/2016, de 21 de abril, proponía la resolución del contrato por la causa señalada en el artículo 223.g) del TRLCSP.

Además, se proponía determinar la cuantía económica que pudiera corresponder a la empresa según el artículo 225.5 del TRLCSP (indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar) y solicitar los informes técnicos necesarios; suspender la indemnización hasta que existiese un pronunciamento firme de los tribunales que determinara que la causa de resolución no era imputable al contratista; y acordar iniciar un procedimiento contradictorio sobre la devolución o incautación de la garantía constituida con audiencia a la mercantil y a

la avalista, *“hasta que se determine por parte de los tribunales Sentencia Judicial firme en el correspondiente procedimiento”*.

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren, o no, causas para resolver el contrato.

Según resulta del expediente, el contratista, de conformidad con el artículo 216 del TRLCSP, instó la resolución del contrato por falta de pago antes de que el Ayuntamiento procediese a revisar de oficio el procedimiento de adjudicación del contrato, es decir, se alegaba, al parecer, un incumplimiento previo de la Administración.

La Administración, en su propuesta de resolución, no menciona nada sobre la resolución de contrato instada por el contratista, que no se tramitó.

Como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, y ha reiterado esta Comisión Jurídica Asesora en nuestro Dictamen núm. 270/17 de 29 de junio, de existir un incumplimiento por parte de la Administración, no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de causas de resolución – que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido, como se mantuvo en nuestros núm. 332/16, 290/17, 297/17 y 310/17-, sino que se trataría de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista.

En este caso, el contratista alega que ya desde septiembre de 2013 la Administración había incumplido su obligación de pago, aunque no inició el procedimiento de resolución del contrato hasta el 10 de junio

de 2015 (el día siguiente del Auto de la Audiencia Nacional, de 9 de junio, de 2015) y suspendió la ejecución de parte del contrato desde el 8 de julio y en su totalidad desde el 8 de septiembre de 2015, por falta de pago de la Administración por un plazo superior a los seis meses, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 216 del TRLCSP. Según este artículo, si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista puede proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley (artículo 216.5 del TRLCSP). Y si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendría derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originasen (artículo 216.6 del TRLCSP).

Consideraba, por tanto, que la causa de resolución aplicable debía ser la consignada en el artículo 223.e) del TRLCSP (la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 2016).

La Administración no se pronunció sobre la suspensión del contrato instada por el contratista e incumplió el procedimiento a seguir, señalado en el artículo 220 del TRLCSP:

“1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”.

Tampoco se pronunció la Administración sobre la resolución del contrato instada por el contratista pese a la obligación que impone el artículo 21.1 de la LPAC.

La resolución en caso de demora en el pago del precio, de conformidad con el artículo 224.1 del TRLCSP, habría de haber sido acordada por el órgano de contratación a instancia del contratista, de acuerdo con el procedimiento correspondiente, surtiendo efectos el contrato hasta que no se resolviese. El artículo 225 del TRLCSP dispone a tal efecto que hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista está obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado.

La Administración municipal reconoce que hay facturas impagadas aunque no señala la fecha del incumplimiento de los pagos. Estas cuestiones las deja en manos de los Tribunales de Justicia, que ya están conociendo tanto de la resolución contractual instada por el contratista como sobre los incumplimientos de pago de facturas.

No obstante, el hecho de que dichas cuestiones estén en vía judicial no es óbice para que la Administración se pronuncie sobre ellas puesto que la Administración está obligada a resolver expresamente en todos los procedimientos.

En cualquier caso, como hemos sostenido en el reciente Dictamen 310/2017 de 27 de julio, entre otros, una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso pudiera dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara, *“pues podría darse el caso de que una*

hipotética estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente” (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007).

En consecuencia, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado, ni se ha adoptado medida alguna en el mismo que impida acabar este expediente, es posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable a la empresa contratista y la decisión final que se adopte será recurrible con independencia del mencionado recurso contencioso; pero, como es obvio, esta resolución administrativa podrá ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si es impugnada en sede judicial, es entonces cuando podrá hacerse valer por el juzgado correspondiente la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por la empresa contratista.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte el Ayuntamiento en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución pretendida por la contratista, pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento.

CUARTA.- Respecto a la causa de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, el expediente se centra en el procedimiento de resolución por la causa del artículo 223.g) del TRLCSP (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una

lesión grave al interés público de continuar ejecutando la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato). La propuesta alude al Dictamen del Consejo de Estado 111/2016 y aplica lo que allí se resolvió.

Sin embargo en el supuesto que se enjuiciaba en dicho Dictamen había diferencias que no se han tenido en cuenta por la propuesta de resolución. Allí se daba cuenta de la suspensión de la ejecución del contrato en el curso de un procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato. El procedimiento de revisión fue suspendido hasta la resolución de un procedimiento penal pendiente sobre prevaricación o cohecho en la adjudicación de aquel contrato, y el Consejo de Estado –al que no se le había pedido dictamen sobre dicha revisión- consideraba que era posible suspender la revisión hasta que no hubiera un procedimiento penal firme. El objeto del dictamen era el procedimiento de resolución del contrato instado por el contratista por impago de la Administración y concluía que no era posible resolver el contrato por esta causa puesto que el impago de facturas por la Administración derivaba de la suspensión del contrato como consecuencia de la revisión de oficio.

Concluía el dictamen que, existía una voluntad concurrente de la entidad local y de la adjudicataria en desvincularse del contrato, y que las razones de interés público que dieron lugar a la adjudicación del contrato ya no existían porque la Administración pretendía revisar la adjudicación del contrato -que estaba suspendido-, y también el contratista reclamaba la resolución del contrato, por lo que instaba al Municipio a iniciar un expediente de resolución del contrato por la causa del artículo 223.g) del TRLCSP puesto que la permanencia del contrato podía producir una lesión grave en el interés público ya que en el procedimiento penal que se seguía había indicios de pago de

comisiones en las facturas y, por otro lado, la Administración Local había de seguir prestando los servicios públicos objeto del contrato.

En cuanto al contrato que nos ocupa, lo cierto es que sobre la ejecución de este contrato penden un procedimiento penal en el que se está dilucidando si su adjudicación fue concertada de antemano (no si existen comisiones en el pago de las facturas, como en el caso dictaminado por el Consejo de Estado en el dictamen 111/2016), lo que, de confirmarse, daría lugar a la nulidad de su adjudicación, con los efectos *ex tunc* que llevaría aparejada; un procedimiento de revisión de oficio que está suspendido por prejudicialidad penal y un recurso contencioso-administrativo –pendiente de sentencia- en el que se está enjuiciando la resolución del contrato a instancias del contratista, que alega el incumplimiento de la Administración de su obligación del abono de las prestaciones recibidas, al amparo del artículo 216.6 del TRLCSP. Como consecuencia de esta situación, la ejecución del contrato está suspendida: el contratista suspendió su ejecución antes de instar su resolución, de acuerdo con el artículo 216.5 del TRLCSP, y la Administración municipal la suspendió por el procedimiento de revisión de oficio del expediente de contratación.

En esta tesitura y ante la necesidad y obligación de la Administración municipal de prestar esos servicios que fueron objeto del contrato –servicios de alumbrado público (artículo 26. 1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local)- se hace necesario resolver el contrato al efecto de que puedan volver a contratarse esos servicios mediante el correspondiente expediente de contratación, lo que no podría hacerse estando pendiente y suspendido el contrato anterior.

La Administración esgrime el interés público al considerar que no puede ejecutarse un contrato en el que está en entredicho su

adjudicación, y ciertamente iría contra el interés público la ejecución de un contrato ilícitamente adjudicado. Pero esta premisa está pendiente de resolución en vía penal y mientras que no haya un pronunciamiento judicial firme que así lo determine, no podría fundamentar la resolución del contrato ya que se estaría conculcando el derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24 de la Constitución Española.

En cuanto a la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados, dijimos en nuestro Dictamen núm. 315/17 de 27 de julio que es una causa de resolución que fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para aquellos supuestos en los que se pretendía modificar un contrato pero la modificación no podía llevarse a cabo porque no existían los requisitos legales para ello, y, no siendo modificable el contrato, existía imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o existía la posibilidad de lesión grave para el interés público en caso de continuarse su ejecución.

Así, se resaltaba por el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley) -y se reiteró en el Dictamen 318/2012-, que el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de

servicios. Con la introducción de esta nueva causa de resolución contractual -ahora que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas- lo que se pretendía era permitir poner fin a los contratos en aquellos supuestos en los que no podían ser modificados pero tampoco ejecutados en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le fuera imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

El Consejo Consultivo de Aragón, en su Dictamen 213/2013 de 29 de octubre, no consideraba aplicable la causa establecida en el artículo 223,g) del TRLCSP en los casos en los que no existiese alguna circunstancia técnica sobrevenida que impidiera su ejecución:

“La ejecución del contrato, esto es, la prestación del servicio de limpieza por la empresa contratista, no es imposible, como manifiesta el Ayuntamiento. Es decir, no existe ningún obstáculo técnico o físico que impida la realización de la prestación en los términos inicialmente pactados”.

De lo expuesto, se desprende que no puede resolverse el contrato por la causa alegada por el Ayuntamiento pues no son causas técnicas las que impiden la ejecución del contrato.

QUINTA.- Respecto a la concreta causa alegada por el contratista esta Comisión no puede pronunciarse por falta de datos, que no han sido facilitados por el Ayuntamiento.

No obstante, como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora (en el Dictamen núm. 290/17 de 13 de julio, entre otros), el posible

incumplimiento de la Administración no autorizaba a la empresa contratista a dejar de prestar el servicio o incumplir sus obligaciones contractuales. Como ya hemos adelantado, la demora en el pago del precio, de acuerdo con el artículo 216 TRLCSP, si es superior a seis meses, faculta al contratista para resolver el contrato, con el abono de los intereses de demora y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originasen (artículo 216.6 del TRLCSP). Pero la resolución, de conformidad con el artículo 224.1 del TRLCSP, habría de ser acordada por el órgano de contratación a instancia del contratista, de acuerdo con el procedimiento correspondiente, surtiendo efectos el contrato hasta que no se resolviese. Esto supone, como se mantenía en el citado Dictamen núm. 290/17, que hasta que no se resuelva el contrato, la empresa contratista está obligada a cumplir todas las obligaciones asumidas con la firma del contrato.

En nuestro Dictamen 270/17, de 29 de junio, se sostuvo que, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3^a, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo dictamen n.º 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos: “*El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras*”. Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en

su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), *“el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]”*.

Por tanto, consideramos procedente la resolución del contrato porque la empresa contratista no cumplió las obligaciones que le imponía el contrato e incurrió en la causa de resolución consignada en el artículo 223.f) del TRLCSP: el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

Esta Comisión Jurídica Asesora, en los dictámenes núm. 191/16, 192/16, de 9 de junio, así como en el núm. 270/17 de 29 de junio, ha considerado, como en su día lo hizo el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 503/11, de 21 de septiembre, que por obligaciones esenciales habían 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 determinaría que no se alcanzase el fin perseguido por el contrato.

Por ello el mismo Consejo consideró en su Dictamen 212/14, de 21 de mayo, que el incumplimiento del objeto mismo del contrato determinaba la resolución.

Como señalaron los dictámenes núm. 191/16, de 9 de junio y 269/16, de 30 de junio, de esta Comisión Jurídica Asesora, el incumplimiento del objeto mismo del contrato conecta con el carácter esencial de las requisitos del 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.

En nuestro Dictamen 162/17, de 20 de abril, que reseñaba otros dictámenes anteriores (el núm. 564/16, de 22 de diciembre, y el núm. 209/16, de 16 de junio), se manifestó que el incumplimiento de la contratista del objeto mismo del contrato, esto es, de la propia prestación del servicio a que se obligó con la formalización del mismo, podía incardinarse en el artículo 223.f) del TRLCSP. Esta es la causa de resolución contractual que podría aplicarse también en este caso, sin que el incumplimiento previo de la Administración le autorizase al contratista a eludir sus obligaciones.

Cierto es que concurren incumplimientos en la Administración, tanto en cuanto que no ha seguido los procedimientos señalados en el TRLCSP ante las peticiones del contratista sobre suspensión y resolución del contrato, como en cuanto a la falta de pago de facturas ya que en el expediente se menciona la existencia de algunas sentencias que estimaron las demandas por las que se reclamaba el pago de facturas no satisfechas por la Administración.

Como destacan los dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora de 175/17, de 4 de mayo, y 270/17 de 29 de junio, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han puesto de relieve la falta de pronunciamiento de las normas sobre contratación administrativa sobre aquellos supuestos de concurrencia de incumplimientos de las partes contratantes en la determinación de los efectos propios de la resolución de los contratos.

El Consejo de Estado en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, emitido al Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se hizo eco de la necesaria regulación de esta cuestión puesto que, según señalaba, *“no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración,*

supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento”.

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

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

De otra parte se ha significar, que como la sentencia recurrida, no acuerda ni la incautación de la fianza, a que se refiere el artículo 114.4, de la Ley 13/95 de 18 de junio, ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista a que también se refiere el citado artículo 114.3, es claro, que ni está apreciando la culpa exclusiva de

la Administración, ni la del contratista, pues según el citado artículo, el incumplimiento de la Administración genera la obligación de indemnización a favor del contratista de los daños y perjuicios causados, y, el incumplimiento culpable del contratista genera la incautación de la fianza”.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, de resolverse el contrato por la causa consignada en el artículo 223.f) del TRLCSP, independientemente de la obligación de la Administración de abonar los servicios efectivamente prestados (ex artículo 216.1 del TRLCSP), parece procedente que, ante la concurrencia de culpas, tanto por la contratista como por parte de la Administración, no proceda la incautación de la garantía.

En todo caso, los efectos de la resolución del contrato estarían supeditados a la resolución del procedimiento judicial que determine si ha habido adjudicación ilegal del contrato, en cuyo caso, el contrato estaría viciado de nulidad con los efectos *ex tunc* que de ello se derivarían, y a la resolución contractual instada judicialmente por el contratista.

En atención a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Si la suspensión del procedimiento de resolución del contrato se hubiera notificado al contratista de forma que se haya suspendido efectivamente, procedería la resolución del contrato por la causa del

artículo 223.f) del TRLCSP, sin perjuicio de la incidencia de pronunciamiento judicial firme que determine si ha habido adjudicación ilegal del contrato, en cuyo caso el contrato estaría viciado de nulidad con los efectos *ex tunc* que de ello se derivarían, y de la resolución contractual instada judicialmente por el contratista.

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 14 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 365/17

Sra. Alcaldesa de Moraleja de Enmedio

Pza. de España, 1 – 28950 Moraleja de Enmedio