

Dictamen n°: **64/18**
Consulta: **Consejero de Políticas Sociales y Familia**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **15.02.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de febrero de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Políticas Sociales y Familia, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de gestión de servicio público, modalidad concierto, denominado “*Acogimiento residencial de menores extranjeros no acompañados, 27 plazas (3 lotes)*”, lotes 1 y 2, suscrito con la entidad, Asociación Dianova España (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de enero de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen formulada por el consejero de Políticas Sociales y Familia, sobre el expediente de resolución del contrato de gestión de servicio público citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 1/18, 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).

Al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFCJA, el 18 de enero de 2018 esta Comisión Jurídica Asesora solicitó que se completara el expediente, lo que ha sido debidamente cumplimentado el 8 de febrero de 2018.

Ha correspondido su ponencia, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 15 de febrero de 2018.

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

1.- Tras el correspondiente procedimiento de licitación, mediante las Órdenes número 340/2017 y 341/2017 del consejero de Políticas Sociales y Familia, de idéntica fecha, 17 de marzo de 2017, se adjudicaron a la contratista, respectivamente, los lotes 1 y 2 del contrato de gestión de servicio público, modalidad concierto, denominado *“Acogimiento residencial de menores extranjeros no acompañados, 27 plazas (3 lotes)”*.

El 18 de abril de 2017 se formalizan los contratos.

El contrato correspondiente al lote 1, comprende 9 plazas en el Centro Carabaña, número de registro centro C-6264, por un precio de 413.964,38 euros (IVA exento) una vez adecuado el precio a la fecha de inicio prevista para 1 de mayo de 2017 y un plazo de ejecución desde el 1 de mayo de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, prorrogable por periodos como máximo de 2 años, hasta un máximo de 6 años.

El contrato correspondiente al lote 2, comprende 9 plazas en el Centro San Martín de la Vega número de registro de centro C-6371, por un precio de 413.964,38 euros (IVA exento) una vez adecuado el precio a la fecha de inicio, prevista para 1 de mayo de 2017 y un plazo de ejecución desde el 1 de mayo de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, prorrogable por periodos como máximo de 2 años, hasta un máximo de 6 años.

En la cláusula primera de ambos contratos, la contratista se compromete a llevar a cabo la ejecución del contrato con estricta sujeción a lo establecido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, documentos en los que se determina y detalla el objeto del contrato y que acepta plenamente.

En la cláusula tercera de ambos contratos la entidad contratista para responder del cumplimiento de los contratos ha constituido garantía en efectivo por importe de 24.770,00 euros.

A tenor de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), el objeto del contrato, a adjudicar por procedimiento abierto, mediante pluralidad de criterios, consistía *“en el acogimiento residencial de 27 menores extranjeros no acompañados, de 13 a 17 años (hasta el día inmediatamente anterior al cumplimiento de los 18 años) atendidos con cargo a la Dirección General de la Familia y el Menor”*.

Conforme al punto 5 de la cláusula primera y cláusula cuarta del PCAP los medios para la prestación del servicio eran los previstos en el apartado IV del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Respecto a la resolución del contrato, la cláusula 37 del PCAP, dentro del capítulo dedicado a la extinción del contrato, contemplaba su

resolución, además de por las causas recogidas en los artículos 85, 223 excepto sus letras e) y f) y 286 del TRLCSP, por las consistentes en:

- La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.

- El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en la cláusula 24.

- La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.

- El incumplimiento de la obligación del contratista de respetar el carácter confidencial respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.

- El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha Ley.

En cuanto a las consecuencias de la resolución, el penúltimo párrafo de la cláusula prevé que *“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada”*.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) en su cláusula II, apartado 1, establecía el perfil de los menores.

“Los menores atendidos por cuenta de la Dirección General de la Familia y el Menor (en adelante, DGFM) se ajustarán al siguiente perfil:

- a) Edad: de 13 a 17 años (hasta el día inmediatamente anterior al cumplimiento de los 18 años).*
- b) Sexo: masculino.*
- c) Con medida de protección adoptada por la Comunidad de Madrid.*
- d) Menores extranjeros no acompañados con necesidad de atención especializada, a los que se pretende facilitar su proceso de integración educativa, social, cultural y laboral a la sociedad española”.*

Y en la cláusula III, apartados a) a z) del PPT se describían las tareas y particularidades técnicas de la definición del servicio, destacándose las siguientes, a efectos de emisión del presente dictamen:

“a) La guarda de los menores, consistente en “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” (art.154 del Código Civil) Se deberá, por tanto, asegurar la cobertura de las necesidades de la persona menor de edad y su plena satisfacción moral y material, en un contexto que garantice sus derechos, favorezca la asunción de sus obligaciones y las condiciones adecuadas para su desarrollo, socialización e integración y adaptación psicosocial.

(...)

n) Una atención INDIVIDUALIZADA A CADA MENOR APLICANDO DE FORMA GENERAL, un Proyecto Educativo Individual y, de forma particular, en el caso de menores entre 16 y 18 años, un proyecto individual de preparación/transición a la vida adulta, que se realizará de forma coordinada con el resto de los Servicios públicos

que intervienen en el caso, con el objetivo de facilitar al menor su adaptación laboral, cultural y social al entorno.

(...)

p) La coordinación con los profesionales y los equipos de las distintas instituciones que participen en el proceso de intervención educativo, rehabilitador y terapéutico a realizar con el menor.

q) En general, todas aquellas atenciones, cuidados y apoyos que debe recibir el menor para conseguir el máximo desarrollo de sus capacidades y su integración efectiva en el medio cultural y social.

(...)

u) El adjudicatario comunicará a la DGFM (Área de Protección del Menor y Área de Coordinación de Centros) cualquier incidencia grave, de tipo judicial (denuncias, citaciones judiciales) sanitario (intervenciones, ingresos hospitalarios, accidentes ...), y cualquier otra que pueda ser relevante para el seguimiento y la intervención con el menor”.

2.- Con fecha 7 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno un escrito presentado por la contratista en el que comunicaba que desde la puesta en marcha de *“ambos recursos, la dirección y coordinación del servicio de la Asociación Dianova España ha venido informando en repetidas ocasiones al área de coordinación de centros de la Dirección General de la Familia y el Menor de la dificultad extrema de la prestación de los servicios, a consecuencia directa de los perfiles de los menores atendidos, no adecuados para el objeto del contrato, al ser menores que han producido daños y conductas delictivas de manera reiterada y continuada, no solo contra los propios trabajadores y trabajadoras del centro, sino contra las instalaciones donde residen, y lo más grave, contra el entorno de los centros, con agresiones, actos violentos, amenazas, etc., presentándose informes y denuncias de tales comportamientos casi con periodicidad diaria”.*

En virtud de todo lo expuesto solicitaba la rescisión de los contratos invocando la causa de resolución prevista en el artículo 223, g) 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 (en adelante, TRLCSP), por la imposibilidad de prestación del servicio, con efectos, desde el día 15 de septiembre de 2017 *“siendo esta fecha la última en la que prestarán los servicios de manera efectiva”*.

3.- El 4 de octubre de 2017 el director general de la Familia y el Menor emitió informe en el que indicaba que desde el inicio de la puesta en marcha del recurso era conocedora de las dificultades de la entidad contratista en la prestación del servicio concertado como consecuencia del comportamiento de los menores *“comunicándose incidentes violentos contra el equipo educativo, daños en las instalaciones del centro y altercados de orden público en el municipio tanto por parte de los menores como por parte de los vecinos hacia los menores”* y había mantenido reuniones de carácter previo y durante la breve ejecución del servicio, dado que *“es de sobra conocido la dificultad de trabajar con este perfil de menores y como consecuencia de ello, se fueron derivando a algunos menores que presentaban problemas de adaptación a otros recursos de la Red de Protección para facilitar el normal desarrollo del servicio”*, si bien, considera que la Administración Pública ha de velar por los grupos especialmente vulnerables, entre los que se encuentran los menores extranjeros no acompañados *“y este es el interés público que hay que proteger, salvaguardado la seguridad e integridad de todas las personas implicadas en su atención”* y resalta la necesidad social de crear recursos específicos para atender a estos menores cuya demanda se ha multiplicado en los últimos tiempos motivada por los actuales movimientos migratorios.

Tras afirmar que los menores que residían en ambos centros se han trasladado a otros dispositivos de la Red de Protección de la Comunidad

de Madrid considera que se trata de un incumplimiento culpable de la contratista de las obligaciones esenciales del contrato por falta de diligencia en la prestación del servicio, falta de iniciativa y de capacidad resolutoria para afrontar las dificultades del contrato y en virtud de lo expuesto, propone iniciar el procedimiento de resolución de los contratos por incumplimiento culpable de la contratista.

4.- Mediante Orden del consejero de Políticas Sociales y Familia de 16 de octubre de 2017 se inicia el procedimiento de resolución de los contratos por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. En la Orden, los efectos de la resolución del contrato se contemplan a partir del día 15 de septiembre de 2017, se acuerda la retención de la garantía como medida cautelar y se confiere trámite de audiencia a la contratista.

5.- Figura en el expediente administrativo, que la citada Orden de inicio del procedimiento para la resolución de los contratos se notificó a la contratista que formuló alegaciones en escrito presentado el 27 de octubre de 2017 reiterando su petición de rescisión del contrato dado el perfil de las personas usuarias del contrato, por la causa prevista en el artículo 223 g) del TRLCSP, sin indemnización.

El día 20 de noviembre de 2017 el director general de la Familia y el Menor emitió informe sobre las alegaciones presentadas por la contratista. Considera que el contratista es responsable de la correcta ejecución del contrato siendo su primera obligación prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones convenidas. Invoca respecto a la no continuidad en la prestación, un informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y un Dictamen del Consejo de Estado en los que se interpreta que la renuncia expresa del contratista a la ejecución de un contrato debidamente formalizado debe considerarse causa de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial del

mismo, *“de manera que el cese en el contrato, por iniciativa del contratista, impide que el contrato alcance su fin, que no es otro que los usuarios del servicio, esto es, los menores extranjeros no acompañados, reciban alojamiento, protección, acompañamiento y atención integral, de acuerdo con lo exigido en el contrato”*.

6.- El 27 de noviembre de 2017 se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento en solicitud de informe del Servicio Jurídico, lo que se notifica a la contratista.

El 4 de diciembre de 2017 emite informe el Servicio Jurídico en la Consejería de Políticas Sociales y Familia en sentido favorable a la resolución de los contratos.

7.- El 5 de diciembre se suspende nuevamente el plazo para recabar informe de la Intervención General notificándose a la contratista.

El 19 de diciembre de 2017 la interventora general informa favorablemente la propuesta de resolución de los contratos.

8.- El 29 de diciembre de 2017 el secretario general técnico por delegación del consejero de Políticas Sociales y familia resuelve suspender el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y la recepción del mismo y comunicar la suspensión a la contratista. Consta en el expediente que se ha realizado dicha comunicación a la contratista.

8.- Consta en el expediente administrativo una propuesta de resolución por la que se acuerda la resolución de los contratos por incumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales esenciales, con efectos a partir del día 15 de septiembre de 2017. En la propuesta también se acuerda la retención de la garantía como medida cutelar hasta la resolución de un nuevo procedimiento

contradictorio, con audiencia del contratista, para la valoración de los daños y perjuicios que se deriven de la resolución contractual.

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.a) del ROFCJA.

SEGUNDA.- En cuanto a la normativa aplicable, tanto respecto al procedimiento a seguir como al fondo del asunto, al tratarse de contratos adjudicados mediante las órdenes 340/17 y 341/17, de 17 marzo y de un procedimiento de resolución iniciado para ambos contratos por orden 1612/17, de 16 de octubre, resulta de aplicación lo dispuesto en 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 (en adelante, TRLCSP). 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 (en adelante, RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en 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*”.

El artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*” así como un informe del Servicio Jurídico. 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que en nuestro caso nos encontramos con que la contratista comunicó su decisión de no continuar el servicio con cita del artículo 223.g) del TRLCSP y deja de realizar el servicio, iniciando la Administración un procedimiento de resolución de los contratos.

Una vez iniciado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia el procedimiento de resolución de los contratos, se ha dado audiencia a la entidad contratista que mostró en alegaciones su conformidad a la resolución pero se oponía y discrepaba con la causa de resolución invocada por la Consejería que esgrime como causa de resolución el

incumplimiento por parte del adjudicatario de las obligaciones contractuales esenciales, por lo que existiendo oposición del contratista a la causa de resolución de los contratos, corresponde emitir dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

Se han incorporado al procedimiento, el informe la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de conformidad con los artículos 211.2 del TRLCSP, 109 del RGLCAP y 4.1 h) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y también ha emitido informe la Intervención General de la Comunidad de Madrid, si bien no se ha dado traslado de estos informes a la contratista.

Respecto a dichos informes, se observa que se han incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia pese a que el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC, ha de cumplimentarse *“instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”*, si bien se considera que dichos informes no introducen ningún hecho nuevo que pudiera causar indefensión a la contratista puesto que se limitan a incidir en la misma causa de resolución y efectos consignados en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato. En todo caso, el informe del servicio jurídico puede incorporarse después ex artículo 82. 1 de la LPAC.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (artículo 21.3 y 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta Ley.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado

por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En este caso el procedimiento se inició mediante Orden de 16 de octubre de 2017. Resulta del expediente que el 29 de diciembre de 2017 se ha acordado la suspensión del procedimiento para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora y consta, tras el complemento del expediente solicitado por este órgano consultivo, que dicha suspensión ha sido comunicada a la contratista, por lo que cabe entender que el procedimiento no ha caducado.

TERCERA.- Expuestas las consideraciones procedimentales procede estudiar si concurre o no causa de resolución de los contratos.

La Consejería de Políticas Sociales y Familia sin poner en duda las dificultades que ha podido encontrarse la contratista para el ejecución del contrato, puesto que reconoce la existencia de reuniones durante la breve ejecución del contrato y derivó a algunos menores que presentaban

problemas de adaptación, considera que dichas dificultades no conllevan la imposibilidad de prestación del servicio puesto que los pliegos que rigen los contratos definen con claridad el perfil y las condiciones de prestación del servicio de acogimiento residencial de menores extranjeros no acompañados e invoca como causa de resolución contractual la prevista en el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

De la documentación examinada se desprende que el PPT no solamente contempla con claridad el perfil de los menores extranjeros no acompañados al indicar que se trata de varones de edades comprendidas entre los 13 y 17 años, con medidas de protección adoptada por la Comunidad de Madrid y con necesidades de atención especializada, sino que también se describe claramente en el apartado III del PPT las tareas y particularidades técnicas para acoger, atender, educar e integrar a los menores de edad extranjeros no acompañados que por decisión de la Comisión de Tutela del Menor o decisión judicial, de modo temporal deban ser acogidos, así como los medios para su integración personal, social y cultural.

Detectadas las dificultades inherentes al perfil de los menores atendidos, la contratista, que según manifiesta en alegaciones, se trata de una ONG de acción social sin ánimo de lucro que presta servicios de acción social en ayuda de las personas que lo necesitan ya sea por su situación de vulnerabilidad social o de exclusión social o riesgo, comunica a la Administración, a los cinco meses y seis días desde el inicio de la ejecución del contrato, la imposibilidad de ejecutar el servicio, así como la fecha a partir de la cual cesará en su prestación.

Alega la contratista que es posible la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida para su ejecución dado el perfil de los menores atendidos, sin embargo tal como ya ha sido apuntado, de los

pliegos se deduce que el perfil de los usuarios del servicio así como las condiciones de prestación del mismo se encuentran perfectamente identificados en los pliegos. Además, el contrato de gestión de servicios públicos que nos ocupa se ejecutaba bajo la modalidad de concierto que a tenor del artículo 277 del TRLCSP el servicio público se presta por una *“persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”*.

Así pues, en el momento en el que la contratista pone en conocimiento de la Administración autonómica la fecha a partir de la cual deja de prestar el servicio, la contratista está incumpliendo la obligación esencial del contrato, que como no puede ser de otra forma consiste en el cumplimiento de su objeto en los términos convenidos tal como exige el artículo 279 del TRLCSP.

Respecto a la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales, tal como indicara en su día el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en diversos dictámenes como el 503/11, de 21 de septiembre y 212/14, de 21 de mayo y esta Comisión Jurídica Asesora en su dictamen 191/16, de 9 de junio, ha de entenderse aquel incumplimiento que impide alcanzar el fin perseguido por el contrato, determinando su resolución el incumplimiento de su objeto.

En nuestro caso, la finalidad del contrato se ve frustrada en el momento en el que la contratista comunica su decisión de resolver el contrato abandonado el servicio pese a su obligación de continuar en el mismo hasta que la Administración se pronunciara respecto a la resolución instada, viéndose así obligada a trasladar y atender a los menores en otros dispositivos de la Red de Protección de la Comunidad de Madrid.

Así pues, en el momento que la contratista ha manifestado expresamente que no piensa cumplir el mismo desde el 15 de septiembre de 2017 y ha dejado de prestar el servicio, se ha producido un incumplimiento culpable del contratista procediendo la resolución contractual puesto que así lo exige el interés público al cual debe atenderse la Administración conforme el artículo 22 del TRLCSP.

QUINTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En cuanto a los efectos de la resolución, 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) y a diferencia que lo que prevé el artículo 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de los contratos de Acogimiento Residencial de Menores Extranjeros No Acompañados, lotes 1 y 2, al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP.

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 15 de febrero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 64/18

Excmo. Sr. Consejero de Políticas Sociales y Familia

C/ O' Donnell, 50 – 28009 Madrid