

Dictamen n.º: **549/13**
Consulta: **Alcalde de Cercedilla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 13 de noviembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre la resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de agosto de 2013 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen, del Ayuntamiento de Cercedilla, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*, celebrado con la empresa A (antes B).

Correspondió su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de octubre de

2013, con el número de dictamen 428/13, en el que se concluía la necesidad de retroacción del procedimiento para cumplimentar correctamente el trámite de audiencia a la empresa contratista.

Concedido nuevo trámite de audiencia a la empresa contratista y formuladas alegaciones por escrito presentado el 17 de octubre en el Registro General del Ayuntamiento de Cercedilla, el Pleno Corporativo del citado Ayuntamiento en sesión celebrada el día 23 de octubre de 2013 acordó la solicitud de nuevo dictamen al Consejo Consultivo, la suspensión del procedimiento de resolución del contrato, de conformidad con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC., y su notificación al contratista y a la entidad avalista.

La nueva solicitud de dictamen ha tenido entrada en este Consejo Consultivo con fecha 29 de octubre de 2013 y ha sido objeto de deliberación en la Comisión Permanente de 13 de noviembre de 2013, siendo aprobado por siete votos a favor y dos votos en contra, con el voto particular que se recoge a continuación del dictamen.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

1. Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cercedilla de 3 de enero de 2008 se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que había de regir el contrato de gestión del servicio público denominado “*Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla*”. Con carácter previo, el día 19 de noviembre de 2007 se inició el expediente de contratación con autorización del gasto. Aprobados los pliegos, se dispuso la apertura del procedimiento abierto de contratación ordinaria mediante concurso con arreglo a los mismos, considerados como parte integrante del contrato.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el contrato establece en su cláusula 24^a, relativa al cumplimiento del contrato establece:

“24.1.- El contrato no se entenderá cumplido por el contratista hasta que no haya realizado la totalidad de su objeto, ejecutándose a su riesgo y ventura en los términos de la cláusula 7^a del presente pliego.

24.2.- El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato, autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento, o bien acordar la resolución del mismo.

24.3.- Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios.

24.4.- Las causas de resolución del contrato serán las determinadas en los artículos 111 y 167 del 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.

24.5.- El régimen de sanciones- penalidades al contratista y, sin perjuicio de lo anterior, por los incumplimientos que se produjeran en el presente Pliego y al de Prescripciones Técnicas de (sic) se ajustará a lo previsto en el punto 3 de este último: Régimen disciplinario.

24.6.- El contratista está obligado a guardar sigilo respecto de los datos antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato”.

En relación con los deberes del contratista, la cláusula 25^a PCAP dispone:

“El contratista tendrá, además de las obligaciones comprendidas 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, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y demás concordantes, aquellas que figuran en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas y, además, en concreto:

25.1.- Fiscalidad

(...)

25.2.- Social

(...)

25.3.- Responsabilidad Civil

(...)”.

En el Pliego de Condiciones Técnicas para contratación, mediante concurso de los servicios de limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos a los centros de transferencia y gestión del punto limpio del término municipal de Cercedilla, además de recoger una definición de los dos servicios objeto del contrato (apartado 1), servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y servicio de limpieza viaria, determina la forma de realizar esos servicios (apartado 2), el régimen disciplinario (apartado 3). Los apartados 4 y 5 de este pliego tienen por objeto regular la valoración del concurso y el contenido de las ofertas.

En relación con el régimen disciplinario, el Pliego de Prescripciones Técnicas prevé una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves. Así, entre las faltas leves se recoge *“la mera imperfección, no reiterada, en la prestación de los servicios en el transcurso de un mes”*.

Entre las faltas graves se recogen *“la deficiencia y mal estado del material para realizar los servicios”, “la desobediencia reiterada por dos o más veces, respectivamente a una misma función de las órdenes dadas al adjudicatario por la Corporación municipal respecto orden, forma y régimen de prestar el servicio, o no reponer o reparar el material esencial inservible o en mal estado de uso” o “todas aquellas que implicando un incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario en el servicio, no merezcan la clasificación de muy graves y que por su naturaleza no puedan ser consideradas como leves”*. Como faltas muy graves se recogen:

“- La paralización o no prestación del servicio y la interrupción del mismo por cualquier causa y por un plazo superior a doce horas.

- La prestación defectuosa o irregular del servicio y el retraso sistemático del mismo.

- La utilización de medios inadecuados a los exigidos.

- La reiteración por dos o más veces en la comisión de faltas graves que sean de la misma naturaleza.

- Incumplimiento de los plazos ofertados para la puesta en servicio (según criterio de valoración del concurso respecto al tiempo de puesta en marcha del Servicio”.

Como sanciones, el pliego prevé la imposición de multas de de hasta 300 € para las infracciones leves, de 301 € hasta 6.000 € para las infracciones graves y de 6.001 € a 18.000 € para las infracciones muy graves. Además, *“si el concesionario incurriese en infracción de carácter grave o muy grave, que pusiera en peligro la buena prestación del servicio, incluida la desobediencia a órdenes de modificación, la corporación podrá declarar en secuestro la concesión, con el fin de asegurar el servicio provisionalmente”*.

2. Celebrada la mesa de contratación, previo informe favorable de la Comisión Informativa de Seguridad, Infraestructuras, Urbanismo y Servicios de 17 de junio de 2008, por Acuerdo del Pleno Corporativo el contrato fue adjudicado a la empresa B, en sesión ordinaria celebrada el día 3 de julio de 2008, por una duración de ocho años y un importe anual de 557.582,71 €, IVA incluido.

2. La formalización del contrato con la empresa adjudicataria, previa constitución de la garantía definitiva por importe de 22.303,31 €, tuvo lugar el 19 de agosto de 2008.

El contrato firmado el 19 de agosto de 2008 se establecen, las siguientes cláusulas:

“PRIMERA.- La empresa B se compromete a prestar el servicio de gestión del servicio público de limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del Punto Limpio con arreglo al Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que figuran en el contrato como anexo, así como de conformidad con las mejoras por él presentadas, que figuran también anexas al presente contrato, y con expresa sumisión al 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 y su normativa de desarrollo”.

La cláusula tercera del contrato enumera las mejoras ofertadas por la empresa adjudicataria en su proposición a la que se remite, de forma expresa y completa, el contrato.

3. Por escritura pública otorgada el día 22 de septiembre de 2010, la empresa adjudicataria “B”, cambió su denominación por la actual “A”.

4. El día 17 de octubre de 2011, el vigilante de obras y servicios del Ayuntamiento de Cercedilla remite a la empresa contratista un fax al que adjunta informe sobre el listado de faltas de personal y trabajos detectados en el mes de septiembre, *“a petición del concejal de Festejos, Infraestructuras y Servicios”*.

A partir de esa fecha, todos los meses se remite informe sobre los defectos observados en el cumplimiento del contrato, informes a los que da respuesta la empresa contratista.

5. Con fecha 18 de septiembre de 2012, la empresa contratista presenta escrito en el registro del Ayuntamiento de Cercedilla en el que solicita la resolución por mutuo acuerdo del contrato y solicita, por la liquidación del contrato 675.399,48 €. No consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo que, formulada tal solicitud, se hubiera tramitado un procedimiento de resolución por mutuo acuerdo.

6. Por escrito presentado el 27 de noviembre de 2012, la contratista solicita una compensación económica de 144.346,08 € por alteración del equilibrio económico del contrato como consecuencia de la aplicación de la fórmula de revisión de precios prevista en el Pliego de Cláusulas Administrativas. Tampoco consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo que el Ayuntamiento de Cercedilla haya contestado a tal solicitud.

7. Con fecha 10 de enero de 2013, el ayudante de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Cercedilla emite informe sobre la relación de faltas de personal y trabajos en el servicio de recogida de basuras prestado por la empresa A entre los días 1 de junio de 2010 y 6 de enero de 2013, a solicitud de la Concejalía de Infraestructuras. El informe analiza incumplimientos relativos a la recogida de residuos con carga trasera; recogida de residuos con carga lateral; peón de barrido manual; barredora; peón de servicio de limpieza itinerante; limpieza de contenedores; recogida

de vidrio; recogida de papel y cartón; recogida de la hoja; recogida de aceites usados: recogida de podas; recogida de voluminosos; camión Ampliroll de nueva adquisición; página WEB con link desde la municipal; cartografía del municipio; punto limpio; construcción de la nave industrial; contenedores soterrados y, finalmente, incidencias sobre la huelga de los trabajadores de la empresa. El informe valora los perjuicios causados por los incumplimientos del contrato en un total de 1.006.720,45 €.

Este informe es nuevamente emitido por el ayudante de Obras y Servicios y por el arquitecto técnico municipal, al que se añade como incumplimiento las incidencias situación de huelga y señala que *“el día 1 de enero de 2013 no se realizó ningún servicio tal y como se indica en el parte de trabajo (anexo XXIV). El resto de incidencias están indicadas en el anexo XXV.*

En aplicación del Capítulo 3.1 Clasificación de las infracciones, éstas se consideran como falta muy grave al tratarse de la paralización o no prestación del servicio de este vehículo».

Se adjuntan al citado informe todos los anexos relacionados de informes de seguimiento realizado por el vigilante de obras y servicios y los partes comunicados a la empresa adjudicataria (folios 21 a 113 del expediente administrativo).

A la vista del anterior informe, una asesoría jurídica externa del Ayuntamiento de Cercedilla emite un informe jurídico (folios 114 a 124) en el que concluye:

«Atendiendo al objeto del contrato, que como su propio nombre indica, comprende diferentes aspectos, como son; la limpieza viaria, la recogida domiciliaria de basuras, el transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y la gestión del punto limpio, los incumplimientos desglosados, acreditados y conocidos por la empresa

adjudicataria, pero que nunca fueron subsanados, deben considerarse esenciales.

De lo precedente, resulta que poniendo en relación los incumplimientos desglosados que constan acreditados, con las causas que dan lugar a la resolución de los contratos, según lo dispuesto en el artículo 111 de la LCAP, y lo establecido en la Cláusula 24.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que dispone; “El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato, autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento, o bien acordar la resolución del mismo”, quedaría facultada la Administración para la resolución del contrato, al haber infringido el contratista obligaciones legalmente establecidas, dado que el pliego de cláusulas y el contrato son los instrumentos en los que las partes determinan aquello a lo que se obligan, así como los efectos que se pueden derivar de su incumplimiento».

Con fecha 19 de abril de 2013, el secretario del Ayuntamiento de Cercedilla emite informe sobre la resolución del contrato (folios 129 a 131). Consta igualmente emitido informe por la Intervención Municipal de fecha 30 de abril de 2013 (folios 132 a 134).

A la vista de los anteriores informes, con fecha 9 de mayo de 2013, previo dictamen favorable de la Comisión Informativa de Festejos, Infraestructuras y Servicios, el Pleno del Ayuntamiento de Cercedilla acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato de gestión de servicio público denominado “*Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla*”, declarar la incautación de la fianza definitiva, dar audiencia al contratista y a la entidad avalista e incoar expediente para determinar el importe definitivo de la indemnización por daños y perjuicios (folios 138 a 146).

Con fecha 30 de mayo de 2005, la empresa contratista presenta alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato tanto por defectos en la tramitación del procedimiento como en cuanto al fondo, al considerar que no ha habido incumplimiento. Acompaña su escrito con abundante documentación (folios 198 a 599) consistente en los escritos dirigidos al Ayuntamiento en diversas fechas sobre los incumplimientos y defectos alegados en la ejecución del contrato, la solicitud de resolución del contrato por mutuo acuerdo presentada el 18 de septiembre de 2012 y copia del escrito presentado por la empresa el 27 de noviembre de 2012 solicitando 144.346,08 € por alteración del equilibrio económico del contrato.

Efectuadas alegaciones por la empresa contratista, han emitido informe conjunto el arquitecto técnico y el ayudante de obras y servicios con fecha 4 de junio de 2013, en respuesta a las alegaciones efectuadas por la empresa contratista sobre los incumplimientos que se le imputan (folios 600 a 602).

Constan, igualmente, informes del secretario (folios 603 y 604) y del Interventor del Ayuntamiento (folio 605).

Emitido el Dictamen 428/13, de 2 de octubre por el Consejo Consultivo, en relación con el expediente de resolución del citado contrato, en el que se concluía la necesidad de retroacción del procedimiento para cumplimentar correctamente el trámite de audiencia a la empresa contratista, consta en el expediente la remisión al contratista del informe emitido por el arquitecto técnico y el ayudante de obras y servicios de 4 de junio de 2013, el del Secretario del Ayuntamiento y el del Interventor Municipal. Con fecha 17 de octubre de 2013 se han presentado alegaciones por el contratista.

El Pleno Corporativo del Ayuntamiento de Cercedilla, en sesión celebrada el día 23 de octubre de 2013, acordó nueva solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo, la suspensión del procedimiento de resolución del

contrato, de conformidad con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC y su notificación a la empresa contratista y a la entidad avalista.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.*

Con carácter previo, es preciso determinar la normativa aplicable al contrato. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el

momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el presente caso, el anuncio de la convocatoria del concurso fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el día 28 de marzo de 2008, cuando todavía estaba vigente 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 (TRLCAP) y el contrato fue adjudicado el 3 de julio de 2008, ya vigente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que entró en vigor el 30 de abril de 2008.

Por tanto, con una aplicación literal de esta disposición transitoria, la normativa sustantiva aplicable al contrato sería la establecida en la LCSP. Sin embargo, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/08, de 28 de julio, *“esta conclusión debe ser matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aún cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos pueda ser distintos”.*

En cualquier caso, la normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre), el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

SEGUNDA.- En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. El apartado tercero de dicho artículo dispone que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Por su parte el artículo 224.1 TRLCSP, dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

El presente procedimiento se ha iniciado por el Pleno de la Corporación Municipal de Cercedilla, órgano competente para acordar la resolución del contrato.

El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, estableciendo:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 211.1 TRLCSP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP).

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, 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). Constan en el expediente los informes del Secretario, de 20 de junio de 2013 y el informe del Interventor, de 21 de junio de 2013.

Consta, igualmente, la emisión de informe conjunto, de 4 de junio de 2013, por el arquitecto técnico y el ayudante de obras y servicios.

Tras la incorporación de estos informes y, de acuerdo con el Dictamen 428/13, de 2 de octubre, emitido por este Consejo Consultivo, se ha dado audiencia a la empresa contratista que por escrito presentado el día 17 de octubre de 2013 formula alegaciones.

El interesado alega en el trámite de audiencia que no se le ha hecho entrega del Dictamen del Consejo Consultivo, lo que le genera indefensión.

Alegación que debe ser rechazada porque, como ha quedado expuesto en la relación de los hechos, el Dictamen declaraba, sin entrar a examinar la concurrencia o no de causa de resolución imputable al contratista, la existencia de un defecto en la tramitación del procedimiento al haberse incorporado, después del trámite de audiencia, nuevos informes sobre los hechos en los que se fundamenta la resolución. La Administración consultante, de acuerdo con el dictamen, ha procedido a dar traslado de los informes emitidos y la concesión de un nuevo trámite de audiencia a la empresa contratista, audiencia en la que pone de manifiesto su oposición a la resolución y determina, por tanto, la necesidad de emitir Dictamen por parte del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con la solicitud de resolución por mutuo acuerdo instada por el contratista el 18 de septiembre de 2012, así como la reclamación para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, presentada el 27 de noviembre de 2012, resulta de aplicación lo dispuesto en la disposición final Tercera del TRLCSP, que señala:

“En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, 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.

Es jurisprudencia consolidada, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2009, que el artículo 44.2 LRJ-PAC establece la caducidad en los expedientes que, iniciados de oficio, *“impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen”*, caducidad que, salvo que una norma prevea otro plazo, será de tres meses (artículo 42.2, letra a). Supuesto que se produce, inexorablemente según la interpretación jurisprudencial que hemos visto, en todos aquellos casos en que la Administración ejerce las prerrogativas, que la ley le reconoce, en materia de contratación administrativa (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 339/09, de 10 de junio, 447/09, de 16 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 479/09, de 7 de octubre, 129/10, de 19 de mayo, 140/11, de 6 de abril y 515/12, de 19 de septiembre).

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

En el presente expediente, el inicio del procedimiento de resolución del contrato tuvo lugar el 9 de mayo de 2013, cuando el órgano de contratación, el Pleno de la Corporación de Cercedilla, a la vista de los informes elaborados sobre los posibles incumplimientos del contrato, acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato. Consta en el expediente que, con fecha 4 de julio de 2013, el Pleno del Ayuntamiento consultante acordó la suspensión del procedimiento para solicitar dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, notificándose este acuerdo al contratista y a la entidad avalista. De acuerdo con el artículo

42.5.c) LRJ-PAC, *“este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*.

Emitido el Dictamen 428/13, de 2 de octubre, de este Consejo Consultivo en el que se observaba un defecto en la tramitación del procedimiento, con fecha 4 de octubre de 2013, se reanudó el plazo de tramitación del procedimiento, plazo que se ha suspendido nuevamente, de acuerdo con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC, para la solicitud de Dictamen a este Consejo Consultivo, el día 23 de octubre de 2013.

Teniendo en cuenta que, en la fecha en que se acordó la suspensión del procedimiento de resolución contractual, 4 de julio de 2013, quedaban un mes y cinco días del plazo para resolver el procedimiento, y que desde el día 4 de octubre de 2013 hasta el día 23 de octubre han transcurrido 19 días, restan todavía 16 días para la conclusión del procedimiento, por lo que éste no ha caducado.

TERCERA.- Con carácter previo al examen de la concurrencia de la causa de resolución alegada por el Ayuntamiento de Cercedilla, resulta necesario examinar, como alega la empresa reclamante, la existencia de varios procedimiento sancionadores incoados por la Administración contra la empresa contratista por los mismos hechos.

Se plantea, en primer lugar, si es posible la iniciación de un expediente de resolución de contrato por incumplimiento del plazo cuando se encuentra incoado otro expediente para la imposición de penalidades. De las alegaciones de la empresa contratista resulta que se iniciaron diversos procedimientos para la imposición de penalidades por el incumplimiento del contrato, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin que conste la finalización de los mismos. La existencia de dichos procedimientos sancionadores por los mismos hechos impediría que se pueda acordar la resolución del contrato.

Ahora bien, los procedimientos de imposición de sanciones, como procedimientos iniciados de oficio y susceptibles de producir efectos desfavorables para el administrado, están sujetos a un plazo de caducidad que, en defecto de disposición legal que establezca otro término, será de tres meses. Por tanto, siempre que hubieran transcurrido tres meses desde el acuerdo de inicio del expediente de imposición de penalidades sin que haya recaído resolución sancionadora, deberán entenderse caducados los citados procedimientos y, por tanto, sería compatible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual.

La alegación formulada por la empresa contratista sobre la posible caducidad o prescripción de las infracciones cometidas supone entrar a examinar la naturaleza jurídica de las penalidades contractuales pactadas.

En primer lugar, debe advertirse que esta figura no es exactamente idéntica a las penalidades contractuales del artículo 1152 del Código Civil, pues su función no es cuantificar a tanto alzado el importe de la indemnización los daños y perjuicios causados a la contraparte del contrato.

Por otro lado, es evidente que estamos ante actos administrativos de contenido desfavorable para el adjudicatario del contrato, pero ello no significa que estemos ante auténticas sanciones para cuya imposición se deban respetar las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución como pretende la empresa contratista. La consecuencia desfavorable de la imposición de una multa no tiene consecuencias al margen de la relación contractual, y la imposición de la penalidad no está sujeta a la tramitación del mismo procedimiento que se exige para las sanciones en sentido estricto; en principio, basta con el trámite de la previa audiencia al concesionario que ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997 (rec nº 4318/1991): *“La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular*

de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante. En el presente caso, la parte apelante reconoce que el Pliego de Condiciones del contrato de prestación de servicios en litigio, contiene el sistema de multas que se ha aplicado, por lo que es claro que nos encontramos ante sanciones previamente pactadas entre las partes, a semejanza de la multa convencional del artículo 1152 del Código civil (CC), aunque la multa convencional no ostente en la contratación administrativa las finalidades que cumple en la esfera civil de pena convencional que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1152.1 y 1153.2 CC), ni lo que la doctrina privatista ha denominado dinero de arrepentimiento (artículo 1153.1 CC) (...) Precisamente por la naturaleza que se acaba de expresar, la Sentencia de esta Sección de 30 de octubre de 1995 ha declarado, en un proceso entre las mismas partes, en el que las pretensiones y alegaciones eran similares, que cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato, y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto”.

Según la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1995: «El complejo de potestades que la Administración ostenta en materia contractual tiene su legitimación en el aseguramiento de los fines públicos que con la actividad contractual se pretende, en cada caso, alcanzar. Entre esas potestades se encuentra también la sancionadora. No siempre, sin embargo, las denominadas sanciones contractuales, tienen la naturaleza de sanciones en sentido estricto. Solamente tienen esta naturaleza cuando la sanción impuesta comporta la privación de bienes jurídicos que rebasan el ámbito contractual, por ejemplo, prohibición de contratar en lo sucesivo con las Administraciones Públicas. Cuando esta sanción se impone es obligado

acudir, para que pueda ser declarada procedente, al procedimiento sancionador general. Por el contrario, cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, sino ante el ejercicio del privilegio de interpretación, o el de decisión ejecutiva, en un aspecto específico del contrato, como es el de las “cláusulas penales”. El contrato que analizamos, en el pliego de condiciones, en la cláusula 32, prevé unas denominadas sanciones para el caso de incumplimiento de la prestación del contratista, y que no son otra cosa que la transposición a la contratación administrativa de las multas pecuniarias que se contemplan en los contratos privados como cláusulas penales. Establecida la naturaleza de la medida impugnada, interpretación y ejecución, de una cláusula contractual para el caso de incumplimiento por el contratista de la prestación a que venía obligado, es vista la innecesariedad de aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto (...) El único requisito que se requiere es el de audiencia previa al interesado».

Por tanto, descartada la naturaleza sancionadora del procedimiento de imposición de penalidades, no puede pretenderse la aplicación del instituto de la prescripción de las infracciones previsto en el artículo 132 LRJ-PAC, como alega la empresa contratista.

La Administración ostenta, como manifestación de la potestad general de autotutela de que goza, en aras de una mejor protección del interés público, una serie de prerrogativas que se consagran en el artículo 210 TRCLSP (artículo 195 LCSP):

“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, resolver las dudas que ofrezca su

cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

Dentro de estas prerrogativas se encuadra la prerrogativa de dirección, inspección y control. La Administración contratante no puede desentenderse del fin último del contrato, sino que debe actuar asegurando, en un contrato de gestión de servicios públicos, como es el caso, la buena prestación del servicio. En el ejercicio de estas medidas de dirección, inspección y control se encuadra la posibilidad de imponer penalidades.

Junto con la prerrogativa de dirección, inspección y control, la Administración ostenta, entre otras, la potestad de resolución, regulada en el artículo 210 TRLCSP. El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar unilateralmente la resolución del contrato, en los casos tasados en la ley o que se hayan previsto específicamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y determinar los efectos de ésta. Como señala el Dictamen 367/12, de 20 de junio, *“la resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 59 del TRLCAP como una facultad exorbitante de la misma. No obstante ello, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000)”*.

El ejercicio de esta prerrogativa debe realizarse de acuerdo con los principios de equidad y buena fe. Así lo recoge el citado Dictamen 367/12, al señalar que *«la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser*

ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: “... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista-Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”».

CUARTA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta.

La Administración considera que procede la resolución por incumplimiento culpable del contratista fundado en los apartados f) y h) del artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, vigente al tiempo de la adjudicación del contrato. Así, son causas de resolución del contrato “*el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*” y “*las establecidas expresamente en el contrato*”.

Como se ha señalado en la Consideración de Derecho Primera, con una aplicación literal de la disposición transitoria primera TRLCSP, la normativa sustantiva aplicable al contrato sería la establecida en la LCSP y no sería de aplicación el TRLCAP, a pesar de la constante remisión que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el contrato hacen a este último.

La normativa aplicable al contrato no es una cuestión baladí, dado el cambio normativo operado entre la causa de resolución prevista en el artículo 111.g) TRLCAP: *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”* y la prevista en el artículo 206.g) LCSP: *“el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

Así, en la regulación contenida en el artículo 111.g) TRLCAP, no era necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución. En este sentido, el Dictamen 443/09, de 16 de septiembre de este Consejo Consultivo señala:

«El artículo 111.g) TRLCAP, a diferencia de la actual LCSP que exige en su artículo 206.g) que estas obligaciones esenciales hayan sido calificadas así en los pliegos o en el contrato, no exigía esta concreción, debiendo determinarse cuando una obligación era de carácter esencial en atención a las circunstancias concurrentes, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2002 que “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial” y debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».

Ahora bien, como también se ha indicado anteriormente, el informe 43/08, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado matiza la aplicación automática de la LCSP para aquellos contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de ésta y cuyo expediente de contratación se hubiese tramitado con anterioridad a la misma, como sucede en el presente caso, que el expediente se inició el 17 de noviembre de 2007, la publicación de la convocatoria del

contrato se realizó en el BOCM el 28 de marzo de 2008 (vigente el TRLCAP) y se adjudicó por el Pleno de la Corporación de Cercedilla el 3 de julio de 2008, ya entrada en vigor la Ley 30/2007.

En aplicación del anterior informe, que tiene en cuenta como causas de resolución las previstas en el artículo 111 TRLCAP con un régimen, en su apartado g) más flexible, en cuanto a la exigencia de que las obligaciones esenciales tienen que haber sido calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, que el previsto en el artículo 206 g) LCSP, puede concluirse que la causa de resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales debe regirse por la normativa vigente al tiempo de aprobación de los pliegos, que era el TRLCAP.

Además, debe tenerse en cuenta que este Consejo se ha planteado en anteriores ocasiones (dictámenes 631/11, 324/13 y 403/13), la posibilidad de resolver aun cuando no se hubiera consignado expresamente el carácter esencial de determinada obligación en los pliegos o en el contrato. Como se señala en el último Dictamen citado, Dictamen 403/13, de 25 de septiembre, se trata de evitar las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales no recogidos expresamente, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del contrato.

En el presente caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares además de remitirse en su cláusula 24.4 a las causas de resolución previstas en los artículos 111 y 167 TRLCAP y dispone en su apartado 2 de la cláusula 24 que *“el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato, autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento, o bien acordar la resolución del mismo”*.

Además, el Pliego de Prescripciones Técnicas prevé la posibilidad de que *“si el concesionario incurriese en infracción de carácter grave o muy*

grave, que pusiera en peligro la buena prestación del servicio, incluida la desobediencia a órdenes de modificación, la corporación podrá declarar en secuestro la concesión, con el fin de asegurar el servicio provisionalmente”.

QUINTA.- Alcanzada la conclusión de que, en el presente caso, procedería, de acuerdo con el TRLCAP, vigente en el momento de la publicación de la convocatoria del contrato, la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales, aunque no hubieran sido calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, resta por examinar si los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento de Cercedilla constituyen, o no, incumplimiento de las obligaciones del contrato. Como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas son los documentos en los que se contienen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, la adjudicación y la ejecución de los contratos que celebren las Administraciones Públicas. Así el artículo 208 TRLCSP (artículo 94 TRLCAP) dispone que *“los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2, y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”.*

En interpretación de este precepto legal, la Jurisprudencia viene señalando, sin solución de continuidad, que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012 (recurso de casación 719/2010). Hasta el punto de que el propio Alto Tribunal ha considerado improcedente que, ni siquiera en el documento en que se formalice la adjudicación definitiva, se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el pliego, so pena de vulnerar el principio de la buena fe contractual (STS de 20 de marzo de 1992, y las que cita). En definitiva,

pues, habrá que estar a lo que resulte de los pliegos, por mor del principio *pacta sunt servanda*.

Por tanto, para examinar si ha habido incumplimiento del presente contrato deberá atenderse especialmente al contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas que define y determina la forma en que deben prestarse los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos (recogida y transporte de residuos domiciliarios, residuos selectivos, residuos voluminosos, muebles y enseres fuera de uso y, finalmente, podas y siegas) y de limpieza viaria (barrido manual, limpieza itinerante, barrido mecánico, baldeo de calles y calzadas y limpieza de contenedores), gestión del punto limpio y construcción de una nave industrial.

Se pretende la resolución del contrato, en primer lugar, por incumplimiento de la prestación del servicio de recogida de residuos con carga trasera durante los días 20 de diciembre de 2012, y 1 y 2 de enero de 2013.

De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas y la oferta de la empresa contratista, la recogida de residuos con carga trasera se realiza de lunes a domingo todos los días del año, incluyendo los festivos y con sustitución vacacional para todo el personal. Al no existir problemas de congestión de tráfico, el servicio de recogida de residuos se efectuará en horario diurno en turno de mañana. El equipo, según el pliego de prescripciones técnicas, debe estar compuesto con un vehículo 12 m³ de capacidad, con sistema de aportación hidráulica para el izado de contenedores soterrados, un conductor y dos peones.

La empresa contratista reconoce no haber prestado dicho servicio el día 20 de diciembre de 2012 porque había un vehículo mal aparcado que impedía la circulación del camión, sin que haya prueba alguna de esta afirmación, como podía haber sido una denuncia ante la Policía Local.

Afirma haber prestado el servicio por la tarde, sin que haya dato alguno en el expediente que acredite esta circunstancia.

En relación con el día 1 de enero de 2013, la empresa reconoce la falta de circulación del citado camión porque *“tras conversaciones con la antigua corporación municipal (Concejal), se llegó al acuerdo desde el inicio de contrato, en que la fecha del 1 de enero de cada año no se prestaría servicio alguno dado lo singular de la festividad acontecida; año nuevo”*. La empresa no aporta prueba alguna de este *“acuerdo”*, acuerdo que, en todo caso, sería contrario a los pliegos donde se recoge expresamente la obligación de prestar el servicio de lunes a domingo, todos los días del año, incluyendo los festivos con sustitución vacacional. Además, en la cláusula tercera del contrato aparece como mejora el *“incremento del servicio en días especiales”* y la *“campana de limpieza de fiesta que se valorará en treinta y cuatro mil cincuenta y ocho euros con treinta céntimos (34.058,30 €)”*. De todos es sabido que la madrugada del día 1 de enero es un día especial, por el gran número de fiestas que se celebran con motivo de la entrada del año nuevo y de la suciedad que queda en las calles de todos los municipios de España.

En relación con el incumplimiento del día 2 de enero de 2013, parece que fue debido a la huelga convocada por los trabajadores del servicio. Se desconoce si los servicios mínimos incluían la circulación del camión de recogida de residuos sólidos con carga trasera.

La Administración considera, además, que hay un incumplimiento del servicio de recogida de residuos con carga lateral los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2012 y 1 y 2 de enero de 2013.

La falta de cumplimiento de los tres primeros días, según la empresa fue debida a las condiciones climatológicas, que impidieron la prestación normal del servicio velando por la seguridad de los trabajadores y vecinos del municipio. Sobre las faltas de prestación del servicio de los días 1 de enero y

2 de enero de 2013, reitera sus alegaciones sobre el acuerdo con la anterior corporación municipal y la huelga de los trabajadores.

Resulta sorprendente esta alegación cuando se atiende al municipio al que la empresa contratista se compromete a prestar el servicio: Cercedilla, cuyo término municipal comprende el Puerto de Navacerrada con 1.858 metros de altitud con una estación de esquí y donde, lógicamente, son frecuentes las condiciones climatológicas adversas. Condiciones climatológicas conocidas tanto por el Ayuntamiento como por la empresa contratista al realizar su oferta y comprometerse a prestar un servicio de recogida de residuos domiciliarios con un conductor y un camión recolector mono compartimentado de 22 m³ de capacidad, con sistema de monitorización, de lunes a domingo, todos los días del año (365), incluidos los festivos y con sustitución vacacional.

Llama la atención que la empresa contratista alegue que el servicio no pudo prestarse adecuadamente por las condiciones climatológicas cuando no consta en el expediente que estuviera activado el Plan de Nevadas. Plan exigido por el Pliego de Prescripciones Técnicas al disponer que *“los concurrentes deberán presentar un plan de actuación en caso de nevadas con el fin de mantener libres las calzadas, aceras y viales de todo el término municipal con especial atención a las zonas más transitadas”*.

Se imputa a la empresa contratista, también, un incumplimiento del servicio de limpieza viaria consistente en barrido manual, limpieza itinerante y barrido mecánico.

De acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas, el barrido manual consiste en que se efectúe la limpieza detallada de aceras, paseos, plazas, calzadas, etc, especialmente en las proximidades de los bordillos con limpieza y vaciado de papeleras y recogida de excrementos de animales. Este servicio debe realizarse todos los días del año (365), de lunes a domingo, incluyendo los festivos y con sustitución vacacional para todo el personal

“con un número de peones suficiente”. La empresa en su propuesta ofertaba la existencia de dos equipos compuestos por un peón 365 jornadas más un refuerzo de tres equipos adicionales en época estival (de junio a septiembre) con un total de 122 jornadas anuales y un refuerzo para sábados, domingos y festivos compuesto de dos equipos con un total de 119 jornadas anuales.

Para la limpieza itinerante el pliego exige dos peones y un furgón con capacidad de carga suficiente como para llevar en su caja (cerrada) dos carros, una hidro-limpiadora autónoma, dos sopladoras y dos desbrozadoras. el servicio se llevará de lunes a sábado, incluyendo festivos y con sustitución vacacional para todo el personal.

El barrido mecánico, según el pliego, se debe realizar de lunes a domingo todos los días del año (365), incluyendo los festivos y con sustitución vacacional para todo el personal. El equipo se compone de un conductor y una barredora de aceras tipo Scarab Minor o similar.

La Administración considera que ha habido diversos incumplimientos en estos servicios por falta de personal comprometido. Así, por ejemplo, en el peón de barrido manual, entre agosto de 2010 y enero de 2013 se consideran incumplidas 41,50 jornadas de mañana ordinaria, 65 jornadas de refuerzo de fin de semana y 183 jornadas de refuerzo de verano, lo que constituye una infracción grave al tratarse de una prestación defectuosa o irregular del servicio.

La empresa alega que en ningún momento faltó ningún peón de barrido manual porque estaba presente en el servicio los citados días desempeñando algunas labores descritas o bien requeridas por los servicios técnicos. Así, en muchas de las contestaciones a los informes del Ayuntamiento en los que se denuncia estos incumplimientos, la empresa contesta: *“el peón se encuentra con la sopladora acompañando al barrido mecánico”*. Esta afirmación supone el reconocimiento del incumplimiento de sus obligaciones contractuales formuladas en su oferta en la que se comprometió a prestar

dos equipos compuestos por un peón con el material requerido en el pliego y unos refuerzos en época estival y en fines de semana sin que puedan destinarse a otros servicios como el de limpieza itinerante.

La empresa contratista debe cumplir con el personal requerido en el pliego y ofertado por ella como mejora, sin que pueda quedar a su arbitrio destinarlo a uno u otro servicio, según los casos, porque haya ofertado la coordinación del barrido mecánico con el barrido manual o barrido mixto. Así, no puede aceptarse la afirmación realizada el día 17 de julio de 2012 cuando reconoce:

“En cuanto a las faltas 5 jornadas de los peones de refuerzo de fin de semana, comentarle que estaban acompañando a la barredora, realizando barrido mixto, que es más eficiente que el barrido manual o mecanizo (sic) por sí solo.

En cuanto a los desbroces le recuerdo, que de los tres peones que realizan el servicio son extraordinarios, por lo que no deberían prestar servicio, si lo hacen es por petición expresa y de favor al concejal”.

El barrido mixto no puede suponer, para la empresa, un ahorro del personal requerido por el barrido manual y el barrido mecanizado exigido por el pliego de prescripciones técnicas.

En relación con la limpieza de contenedores, según el pliego de prescripciones técnicas, el servicio consiste en la limpieza y desinfección de todos los contenedores del término municipal, ya de carga trasera, ya de carga lateral, con una frecuencia mínima de un mes. Incluye la retirada de pegatinas o similares que se fijen en los contenedores y *“los contenedores se mantendrán en perfecto estado de uso, corriendo por cuenta del adjudicatario el mantenimiento, reparación y reposición de los mismos”*. El servicio requiere un conductor las jornadas necesarias para garantizar el

cumplimiento de la frecuencia mínima exigida y un lava-contenedores para carga lateral y carga trasera. Según la oferta de la empresa, el equipo estaba compuesto por un conductor y dos peones con un camión lava-contenedores, incluyendo contenedores de vidrio y cartón. Entre los meses de junio y septiembre, el servicio se reforzará realizándose quincenalmente y no mensualmente.

Sin embargo, a pesar de su oferta, queda acreditado que la empresa no efectuó el servicio de limpieza de los contenedores en el mes de febrero, otra vez alegando las adversas condiciones climatológicas (temperaturas máximas inferiores a 5° C), *“por lo que velando una vez más por la seguridad de los trabajadores y vecinos del municipio, y en previsión de evitar cualquier accidente o lesión grave, se restableció dicho servicio cuando las condiciones climatológicas lo permitieron”*.

Esta alegación merece la misma contestación que la efectuada para el incumplimiento del servicio de recogida de residuos con carga lateral y el pliego exigía y la oferta de la empresa se comprometía a prestar el servicio mensualmente, sin excepción. Es la Administración la que, atendiendo a la adversidad de las condiciones meteorológicas, podría haber exonerado de la no prestación del mismo, sin que quede al arbitrio de la empresa decidir si debe o no prestarlo. Por otro lado, no parece que durante todo el mes de febrero se dieran esas circunstancias climatológicas adversas que impidieran la limpieza mensual comprometida.

Además, denunciado por el ayudante de obras y servicios la existencia de defectos de conservación en los contenedores (tapas con desperfectos o arrancadas) desde febrero de 2012 y reiterado mensualmente este incumplimiento durante todo el año 2012, la empresa se limita a contestar, tras los informes de febrero, marzo y abril de 2012, el día 6 de abril de 2012: *“estamos a la espera de recibir las piezas de reparación de los contenedores estropeados”*. Respuesta que se reitera el día 11 de junio de

2012, sin que aporte prueba alguna que justifique que tales piezas hayan sido solicitadas. Solo en la contestación de noviembre de 2012 al informe de 29 de octubre de 2012 se hace referencia a este incumplimiento para afirmar que la empresa ha colocado 24 contenedores que por contrato debían estar de retén, más otros 22 y 8 nuevo y que se han reparado 15, “*no estando obligados a colocar contenedores nuevos*”. Afirmación que contradice lo estipulado en el pliego de prescripciones técnicas donde en relación con la contenerización se establece:

“Para ello, el adjudicatario deberá suministrar e instalar a su costa todos los contenedores que sean necesarios en todo el Municipio (según Plan de Contenerización).”

Debe hacerse la consideración de que todos los contenedores de residuos de carga lateral y recogida selectiva (sistema de tapa cerrada) serán nuevos...

Con motivo de las operaciones de limpieza de contenedores (periodicidad mensual) se procederá a la sustitución o reparación por cuenta del Adjudicatario de aquellos contenedores que se encuentren en mal estado, necesiten reparaciones o necesitaran ser sustituidos”.

Sobre el incumplimiento de la recogida de aceites usados, la cláusula tercera del contrato recoge esta obligación como mejora ofertada por la empresa sin que se haga ninguna referencia a la previa solicitud de los interesados, por lo que también debe considerarse incumplida esta obligación.

La recogida de voluminosos y podas, según el pliego, requiere la utilización de un camión polivalente con caja abierta, basculante, con pluma para izado y tracción total. La prestación se efectuará todo el año, de lunes a sábado, incluidos los festivos y con sustitución vacacional del personal en turno de mañana con un peón y un conductor.

La empresa contratista en su oferta proponía como mejora la incorporación de un pulpo para la caja abierta para la recogida más eficaz de la poda, que reconoce no utilizar, en su escrito de 4 de marzo de 2013, en el que expone que dicho camión “*está a disposición del Ayuntamiento previa solicitud*” y emplea, para dichos servicios, el vehículo Piaggio Porter ofertado por ella como mejora para el servicio de limpieza de residuos que se encuentren fuera de los contenedores. Así, según la empresa;

«Tal y como le he intentado esclarecer y justificar en múltiples ocasiones, las características del municipio aconsejan el empleo de vehículos de menor envergadura y mayor maniobrabilidad para poder llegar a todos los puntos en el que se haya de realizar alguna recogida de poda o voluminosos. Es por ello que, y siempre con el objetivo claro, de mantener la calidad y presteza con la que se viene ejecutando al totalidad de los servicios, se opta por un vehículo Piaggio Porter, cuya efectividad frente al caja abierta ha sido ampliamente demostrada, no comparto por tanto el adjetivo “inadecuado” que refiere a este en el archivo adjunto con fecha 25 de febrero y que dicho sea de paso, es el vehículo que se ofertó, y con el cual se están realizando los trabajos.

No obstante y de así requerirlo por su parte, habiéndole hecho participe una vez más de las desventajas y penalizaciones en el empleo del caja abierta especificado por usted, y asumiendo por su parte las citadas desventajas traducidas en pérdidas de efectividad en el servicio, se pasará a prestar dichos trabajos con el vehículo expuesto».

La utilización de un vehículo para el servicio de recogida de voluminosos y podas distinto al exigido por los pliegos supone un incumplimiento del contrato.

La empresa contratista también ofertaba y así se refleja en la cláusula tercera del contrato, un camión ampliroll de cuatro ejes de nueva

adquisición que se valorará en 167.827 €, sin que resulte suficiente, como alega la contratista que esté a disposición del Ayuntamiento, previa solicitud de éste.

En relación con otros incumplimientos como el de construcción de una página web, la elaboración de la cartografía del municipio ofertadas por la empresa, no pueden imputarse –como pretende la empresa contratista al Ayuntamiento, quien no es hasta agosto de 2012, cuando se le informa sobre todos los posibles incumplimientos del contrato, cuando afirma que hubo varias reuniones con la concejal de Medio Ambiente de la anterior corporación y que le solicitaron varios documentos para poder construir la web o realizar la cartografía, sin que hubiera respuesta por su parte. Lo cierto es que, desde la fecha de la formalización del contrato, 19 de agosto de 2008, hasta el agosto de 2012, cuando se le requiere para que cumpla estas obligaciones, no hay constancia alguna en el expediente de su intención de cumplirlas. La empresa no aporta, siquiera, los documentos solicitados en su día a la anterior corporación municipal, que le impiden el cumplimiento de su prestación.

De la anterior relación de incumplimientos que se consideran acreditados en el expediente, debe concluirse que existe causa suficiente para considerar que la empresa contratista ha incumplido obligaciones esenciales del contrato y que, por tanto, procede su resolución por causa imputable al mismo.

Incumplimientos que tomados en su conjunto y atendiendo a la obligación contractual de la empresa contratista: la prestación del servicio de limpieza y recogida de residuos sólidos, conducen a la conclusión que ha habido un incumplimiento de las obligaciones esenciales. Así lo entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de octubre de 2000 (recurso de casación 2418/1995) cuando frente a la alegación de la recurrente en un contrato de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos de que, *“aunque se*

apreciara la existencia de algún defecto en el cumplimiento del contrato, éste sería de escasa entidad, por lo que carecería de eficacia resolutoria”, resuelve que “la principal obligación contractual de la empresa contratista era la prestación del servicio de limpieza y recogida de residuos sólidos, obligación que es la que resultó incumplida en los términos ya expresados, por lo que dicho incumplimiento era causa suficiente para decidir la resolución del contrato”.

Este Consejo Consultivo no se pronuncia sobre el posible incumplimiento en la construcción de la nave industrial al no haberse remitido completa toda la documentación relativa a esta obligación. Así, no figura en el expediente administrativo los anexos del Pliego de Prescripciones Técnicas y, en concreto, el anexo VI, relativo a la ficha urbanística y parcela industrial, el anteproyecto de nave industrial ofertado por la empresa adjudicataria y su posterior modificación.

SEXTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma. La propuesta de resolución consigna como tales efectos de la resolución contractual, la incautación de la garantía definitiva por importe de 22.303,31 €.

En el Dictamen 656/12, de 12 de diciembre, ya exponíamos que, 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 este Consejo Consultivo ha señalado reiteradamente (dictámenes 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero, 142/13, de 17 de abril) 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. En base a 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. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 señala lo siguiente:

«Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3856), “las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un

equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330])”, por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos 53.1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante».

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

Esta postura es la que viene sosteniendo el Consejo de Estado, así en su Dictamen de 19 de abril de 2012 indica lo siguiente:

«Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en

lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía».

También es la postura mantenida por otros Consejos Consultivos como el de Castilla-La Mancha (así por ejemplo en el Dictamen 54/2012, de 28 de marzo), el Consejo Consultivo de Asturias (Dictamen 138/2012, de 3 de mayo) o el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 894/2012).

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*, por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato por el contratista, sin incautación automática de la garantía constituida y con su retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ISMAEL BARDISA JORDÁ.

«Ismael Bardisa Jordá, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular al dictamen aprobado por el citado Consejo, en la sesión de la Comisión Permanente del día 25 de septiembre de 2013, respecto de la resolución del contrato de gestión del servicio público denominado *“Limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras, transporte de los residuos urbanos al centro de transferencia y gestión del punto limpio de Cercedilla”*.

En dicho dictamen el Consejero que suscribe este voto particular, si bien comparte el criterio del Consejo en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato por las razones expuestas en el dictamen, lamenta discrepar del parecer mayoritario en lo relativo a la incautación de la garantía definitiva por las razones que se exponen a continuación.

La propuesta de dictamen considera que hay razones suficientes para resolver el contrato por incumplimiento culpable de la empresa y, al mismo tiempo, conforme a una línea doctrinal que arranca del Dictamen 656/12, de 12 de diciembre, entiende que no procede la incautación automática de la garantía definitiva.

A ese Dictamen formulé un voto particular que he reiterado en otros dictámenes en los que el Consejo considera procedente la resolución por incumplimiento culpable del contratista pero entiende que la normativa de contratos públicos que arranca de la LCSP no permite la incautación de la garantía definitiva sino en lo necesario para cubrir los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por el incumplimiento contractual.

Los argumentos recogidos en los citados votos particulares son de aplicación plena al presente supuesto y, además de los mismos, quiero incidir en algunos aspectos que creo que refuerzan mi postura.

El texto del dictamen recoge expresamente que se trata de un contrato cuya tramitación se realizó conforme el TRLCAP al amparo del apartado 1º de la disposición transitoria 1ª de la LCSP ya que la convocatoria se publicó antes de la entrada en vigor de dicha Ley en tanto que, al adjudicarse con posterioridad a la entrada en vigor, es de aplicación dicha Ley a sus efectos y extinción conforme al apartado 2º de la citada disposición transitoria, tal y como fue interpretada por el Informe 43/08, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Ahora bien, ello es especialmente importante en lo que se refiere a la incautación de la garantía ya que, con independencia de que siga manteniendo que la regulación de la LCSP al respecto no varía el régimen anterior en cuanto a la incautación automática de la garantía, al regirse los pliegos que, como señala el propio Dictamen constituyen la ley del contrato, por el TRLCAP que establecía la incautación automática, en este caso debe entenderse que es voluntad de la Administración, aceptada por el contratista, la incautación automática en caso de incumplimiento culpable.

Es más, tanto el Consejo de Estado como el Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha, citados en el dictamen como órganos que defienden el que no se pueda incautar la garantía de forma automática salvo en lo necesario para cubrir los daños y perjuicios que la resolución haya ocasionado a la Administración, han matizado su postura.

Así, el Consejo de Estado en su Dictamen 408/2013, de 6 de junio, considera que *“Respecto a la incautación de la garantía, el artículo 208.3 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que 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 excede del de la garantía incautada.

Además, es doctrina del Consejo de Estado (dictámenes 418/2012 y 519/2012) que, pese a que el mencionado precepto legal, a diferencia de la legislación anterior, la cual señalaba que cuando el contrato se resolviera por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, haya suprimido de su texto la incautación de la fianza, el artículo 88.c) de la misma Ley de Contratos del Sector Público (relativo a las "Responsabilidades a que están afectas las garantías"), dispone que la garantía responderá de los siguientes conceptos: "c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido". Por lo demás, y como antes se señalaba, el artículo 208.4 de la citada Ley obliga a que el acuerdo de resolución se pronuncie expresamente acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

En el presente expediente, procede la incautación de la garantía definitiva, que quedará afecta a las resultas de la responsabilidad del contratista que habrá de determinarse en el expediente instruido al efecto, la cual se hará efectiva en primer término sobre dicha garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada."

De otro lado el Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha en el Dictamen 200/2013, de 19 de junio considera que, pese a que la

Administración consultante no había indicado nada sobre la existencia de daños y perjuicios, *“en el supuesto sometido a dictamen, dado que ante la demora de la empresa contratista en el cumplimiento del plazo total de ejecución, por circunstancias imputables a su voluntad, la Administración ha optado por la resolución del contrato, concurren los requisitos legalmente exigibles para que la autoridad competente al resolver el contrato decrete, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100.c) del TRLCSP, la pérdida o incautación de la garantía definitiva constituida por importe de 27.579,30 euros”*.

Así pues parece que el Consejo Consultivo castellano-manchego admite la incautación automática con independencia de la posterior determinación de los daños y perjuicios.

Previamente había indicado en el Dictamen 137/2013, de 2 de mayo, que *“El artículo 208.3 de la LCSP contiene una redacción novedosa con respecto a lo que sobre el destino de la fianza establecía su antecesor el artículo 113.4 del TRLCAP, en cuanto aquel no parece imponer la incautación automática de la garantía como efecto propio y necesario de la resolución del contrato administrativo por incumplimiento culpable del contratista lo que ha dado lugar a un debate doctrinal respecto a la incautación de la fianza cuando nada se dice en el pliego de cláusulas administrativas. Tal debate, sin embargo, no afecta al presente caso, ya que, en el contrato cuya resolución da lugar al presente dictamen, la incautación de la fianza se encuentra prevista expresamente en la cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el contrato, en la que se dispone que “Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía”*.

Cláusula que es acorde con lo dispuesto en el artículo 88, letra c), de la LCSP, que, al regular las responsabilidades a que están afectas las garantías, establece que éstas responden “de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”, así como con su artículo 90.1, interpretado a sensu contrario, donde se dispone que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, “o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista”.

Por todo ello, dado que, en el presente supuesto, el incumplimiento de la empresa contratista no se debe a circunstancias ajenas a su voluntad, sino que son achacables a una conducta culposa de la misma según ha quedado acreditado en el expediente, concurren los requisitos legalmente exigibles para que la autoridad competente decreta, al resolver el contrato, la incautación de la fianza.”

En el caso que nos ocupa, sin perjuicio de que mantenga mi criterio en cuanto a que la LCSP permite la incautación automática de la garantía, los pliegos preveían expresamente su incautación al remitirse a la aplicación del TRLCAP por lo que me reafirmo en mi criterio y entiendo que en este caso, a diferencia de lo que recoge el Dictamen, procede su incautación.

Por último, entiendo que no procede la retención de la garantía como una medida cautelar, tal y como se ha propuesto por cierta doctrina, ya que tal medida lo sería respecto del procedimiento para la determinación de daños y perjuicios derivado del incumplimiento contractual, procedimiento distinto del de resolución contractual que, tras el dictamen del órgano consultivo, finaliza con la resolución (artículo 89 de la LRJ-PAC) del órgano de contratación.

Por ello, en la medida en que se trata de adoptar una medida cautelar en un procedimiento que todavía no ha comenzado, resulta aplicable lo

dispuesto en el artículo 72.2 de la LRJ-PAC relativo a las llamadas “*medidas cautelarísimas*” según el cual solo pueden adoptarse “*antes de la iniciación del procedimiento administrativo*” y en casos de “*urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados*” las “*medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de ley*”.

La retención de la garantía definitiva a la espera del resultado de un eventual procedimiento de determinación de daños y perjuicios no está prevista en ninguna norma legal y contraría lo dispuesto en el artículo 208.4 de la LCSP (actual artículo 225.4 del TRLCSP) que exige que el acuerdo de resolución se pronuncie sobre la “*pérdida, devolución o cancelación de la garantía*”».

Madrid, 14 de noviembre de 2013