

Dictamen nº: **658/12**  
Consulta: **Consejera de Educación, Juventud y Deporte**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **12.12.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 12 de diciembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación, Cultura y Deporte al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la resolución del contrato de obras “Ampliación de tres unidades de educación infantil en el Colegio Villa de Cobeña, en Cobeña” adjudicado a la empresa A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 28 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo una solicitud de dictamen de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, sobre la resolución del contrato antes referida. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 621/12, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por Don Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 12 de diciembre de 2012, por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sres. De la

Oliva y Bardisa, formulando este último 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:

Por Orden de 15 de noviembre de 2011, la Consejera de Educación y Empleo aprobó el Proyecto de ejecución de la obra “*Ampliación de tres unidades de educación infantil en el Colegio Villa de Cobeña en Cobeña*”.

Por Orden de 2 de diciembre de 2011 se aprobaron los pliegos que debían regir el citado contrato a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio y con tramitación ordinaria (documento nº 15).

El 12 de marzo de 2012 mediante Orden de la Consejera de Educación y Empleo se procede a la adjudicación del contrato a favor de la empresa A por un importe total de adjudicación de 348.562,78 euros y un periodo de ejecución de cinco meses.

Con fecha 4 de abril de 2012 se procede a formalizar el contrato constituyendo el contratista la garantía definitiva mediante aval depositado en la Tesorería General de la Comunidad de Madrid de fecha 7 de marzo de 2012 otorgado por B por importe de 14.769,61 euros (documento nº 14).

La cláusula 3<sup>a</sup> del contrato establecía que el plazo de ejecución del contrato comenzaría a contarse desde la aprobación del acta de replanteo, que se llevaría a cabo en el plazo de un mes desde la firma del contrato. El contratista se comprometía a cumplir el contrato en el plazo total de cinco meses, debiendo ajustarse a los plazos parciales que, en su caso, se fijen en la aprobación del programa de trabajo de las obras, que el contratista se comprometía a presentar en 30 días naturales.

El acta de comprobación del replanteo se aprobó el 26 de abril de 2012 (documento nº 13).

Con fecha 19 de septiembre de 2012, el asesor técnico de Proyectos, Construcciones y Supervisión remite un escrito al subdirector general de Infraestructuras y Servicios al que adjunta una serie de informes técnicos sobre el incumplimiento de plazos en algunos contratos, entre los que se encuentra el que es objeto del presente dictamen, advirtiendo que no parece que las obras se vayan a ejecutar en los plazos previstos, por lo que entiende que han de adoptarse medidas con carácter inmediato.

Acompaña a ese escrito un informe de 19 de septiembre de 2012 del arquitecto-director de la obra en el que manifiesta que es evidente que se incumplirá la fecha de finalización de las obras (26 de septiembre de 2012), encontrándose ejecutada la obra aproximadamente en un 10%. Añade que el ritmo de obra es lentísimo, no pudiendo preverse cuando terminarán, sin que exista justificación para el retraso producido (documento nº 12).

**TERCERO.-** El 21 de septiembre de 2012 el director general de Infraestructuras y Servicios, por delegación de la consejera de Educación y Empleo, acuerda el inicio de los expedientes de resolución del contrato y de incautación de la garantía definitiva (documento nº 11),

El 27 de septiembre de 2012 el jefe de área de Contratación solicita al asesor técnico de Proyectos, Construcciones y Supervisión y al director facultativo el acta de comprobación material de la obra, medición y liquidación de las obras conforme al proyecto, para determinar los saldos a favor o en contra del contratista.

El 26 de septiembre se notifica la iniciación de los expedientes de resolución e incautación de la garantía a la empresa contratista y a la avalista (documento nº 9) concediendo plazo para alegaciones.

La contratista presenta escrito de alegaciones el 11 de octubre de 2012 manifestando, en síntesis, que en las obligaciones sinalagmáticas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple lo que le corresponde, conforme establece el artículo 1100 del Código Civil. Entiende que es de aplicación subsidiaria el derecho privado y que, al no haber abonado la Administración, las certificaciones de 31 de mayo, 30 de junio y 31 de agosto por importe de 62.211,98 euros, no procede la resolución del contrato.

Añade que no procede el inicio del expediente de resolución contractual iniciado el 21 de septiembre por cuanto el plazo de ejecución de las obras finalizaba el 27 de dicho mes (documento nº 8).

B presenta escrito de alegaciones el 15 de octubre de 2012 exponiendo que su aval responde de las penalizaciones impuestas al contratista en la ejecución del contrato por lo que solicitan que se cuantifique económicamente la penalización de que se trata y que conforme el artículo 212.8 de la Ley 3/2011 (sic) deben descontarse las penalizaciones de la deuda que se tenga con la concesionaria (sic) puesto que a la misma se le deben cantidades por encima de cuatro meses, siendo causa de resolución del contrato (documento nº 8).

El día 25 de octubre de 2012 se levanta acta material de comprobación material previa a la resolución reconociendo un total de 97.759,84 euros como obra ejecutada, de la cual 87.762,73 euros ya habían sido reconocidos en certificaciones anteriores, por lo que emite una nueva certificación por importe de 9.997,11 euros. La contratista se opone porque considera que no procede esa comprobación hasta que no se dicte acuerdo de resolución del contrato (documento nº 7).

Con fecha 30 de octubre de 2012 se remite el expediente a la Intervención General de la Comunidad de Madrid para que emita su

preceptivo informe, acordando la suspensión del procedimiento, lo que se notifica a la contratista y a la avalista (documento nº 6).

El 16 de noviembre de 2012 la interventora delegada-jefe solicita aclaración sobre el pago de unas certificaciones y requiere que la propuesta de orden sea corregida haciendo constar las certificaciones pagadas (documento nº 5). Por escrito de 19 de noviembre el jefe de área de Contratación contesta esas observaciones.

El 22 de noviembre de 2012 el interventor general de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato (documento nº 3).

Con fecha 23 de noviembre de 2012 se suspende el procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud de informe al Consejo Consultivo y la recepción del dictamen. Se notifica dicho acuerdo a la contratista y al avalista (documento nº 2).

Consta una propuesta de orden de resolución en la que se destaca que el contratista no ha ejecutado la obra en el plazo previsto, como lo demuestra el informe técnico de la dirección de obra. Se rechaza la aplicación de normas de derecho civil al presente contrato y se afirma, tanto que existía crédito adecuado y suficiente como que el expediente de resolución por incumplimiento del plazo puede iniciarse antes de que expire este, cuando, como ocurre en el presente caso, es evidente que no se cumplirá el contrato en el plazo establecido.

Por ello la citada propuesta acuerda resolver el contrato e incautar la garantía (documento nº 1).

En tal estado se remite a este Consejo para su informe.

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

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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*”.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación a la contratista el 2 de diciembre de 2011.

Puesto que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) establece en su Disposición transitoria 1<sup>a</sup>:

“*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 regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

Habida cuenta que el Texto Refundido entró en vigor el 16 de diciembre de 2011 conforme la Disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011 resulta, en puridad, aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con la redacción vigente en ese momento, especialmente con las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). No obstante y por la propia naturaleza de la delegación legislativa de mera refundición (Disposición final 32<sup>a</sup> LES) no existen diferencias en la normativa sustantiva a aplicar.

Por el contrario, 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).

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 195.3 LCSP al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** Al informar el presente procedimiento de resolución contractual, procede analizar separadamente la tramitación del mismo y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En cuanto al procedimiento seguido y por lo que respecta a la duración del mismo y la posible caducidad, debemos señalar que el procedimiento de resolución se inició por Orden de 21 de septiembre de 2012, siendo suspendido del 30 de octubre al 22 de noviembre para recabar el informe preceptivo de la Intervención General de la Comunidad de Madrid y

volviéndose a suspender el 23 de noviembre para recabar el dictamen de este Consejo.

La aplicación del artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha sido recogida por este Consejo en numerosas ocasiones (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 10/10, de 20 de enero, 140/11, de 6 de abril y 445/12, de 18 de julio, entre otros).

Ahora bien, el artículo 44 de la LRJ-PAC alude a la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver, determinado por el artículo 42 de la LRJ-PAC que fija dicho plazo en el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses (apartado 3).

Por ello no se ha superado el plazo máximo de duración de tres meses previsto en el artículo 42.3 LRJ-PAC.

En cuanto a los trámites procedimentales se ha concedido audiencia al contratista y al avalista y se ha recabado informe de la Intervención General sin que sea necesario el informe del Servicio Jurídico conforme el artículo 109 RGLCAP.

**TERCERA.** - En lo que respecta al fondo de la cuestión, esto es, la resolución del contrato, la misma se basa en la demora en la ejecución del contrato por parte de la empresa contratista.

El artículo 196 LCSP establece en sus apartados 2, 3 y 4:

*“2. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.*

*3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.*

*4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.*

*El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.”*

De igual forma el artículo 206 d) LCSP considera causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En el presente contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares establecía como plazo de ejecución de la obra el de cinco meses y así lo recogía igualmente el contrato suscrito entre la Administración y el contratista, finalizando dicho plazo el 26 de septiembre de 2012

Sin embargo el informe del arquitecto director de la obra fechado el 19 de septiembre de 2012 indica que, a esa fecha, tan solo se encontraba ejecutado un 10%, aproximadamente, de la obra siendo el ritmo de ejecución lentísimo sin que existiera justificación alguna para ello y sin que se pudiera prever la fecha de terminación.

El contratista en su escrito de alegaciones no niega estos hechos sino que considera la Administración no puede reclamar el cumplimiento del contrato ya que ha incurrido en demora en el pago de las certificaciones y, además, en la fecha de inicio del expediente de resolución (21 de septiembre) no había concluido la totalidad del plazo de ejecución.

**CUARTA.-** Ha de partirse de la consideración del contrato de obra como un contrato de resultado, razón por la que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989 considera que:

*“De ahí que tanto la Ley como el Reglamento al desarrollar la ejecución de este contrato, haga hincapié en los preceptos mencionados en resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpellación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato”.*

La empresa contratista no niega que haya incumplido el contrato sin que llegue a desvirtuar, en modo alguno, el informe del arquitecto-director de las obras, según el cual, a falta tan solo de siete días para la finalización del plazo de ejecución, únicamente se había ejecutado en torno a un 10% de la obra, existiendo una clara falta de diligencia en la ejecución de la misma (*“el ritmo de obra es lentísimo”*).

Como causa justificativa de su actuación la empresa contratista señala el impago por la Administración de diversas certificaciones, lo cual, en virtud de los artículos 1100 y 1124 del Código Civil, daría cobertura a su actuación.

Sin embargo ha de destacarse, en primer lugar, que como señala la propuesta de resolución que las certificaciones 1 y 2 están ya pagadas y la contestación del jefe de área de contratación a la solicitud de aclaración de la Intervención General destaca que las certificaciones 3 y 4 están siendo tramitadas para su pago, encontrándose cargadas en las aplicaciones informáticas "*SIEF*" y "*SICA*".

Ello demuestra que la Administración ha cumplido sus obligaciones, por más que lo pueda haber hecho con retraso. El retraso de la Administración en el pago del precio del contrato está perfectamente previsto en los artículos 200 LCSP (redactado por Ley 15/2010, de 5 de julio) que prevé:

1º La obligación de la Administración de abonar intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, si no abona el precio en los treinta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra (la disposición transitoria 8ª LCSP establece un calendario transitorio para llegar a ese plazo de treinta días).

2º La posibilidad del contratista de suspender la ejecución del contrato si la Administración se demora más de cuatro meses.

3º Si la demora fuera superior a ocho meses podrá resolver el contrato con derecho a ser resarcido de los perjuicios que se le causen.

Para obtener el pago de los intereses previstos en el artículo 200.4, el artículo 200 bis (redactado igualmente por la Ley 15/2010) establece un procedimiento específico con especiales garantías para el contratista.

Esta específica regulación legal en la normativa de contratación pública excluye el tener que acudir a lo dispuesto en el derecho privado tal y como resulta del artículo 19.2 LCSP que únicamente acude a sus normas a falta

de regulación en las normas de contratación pública y, supletoriamente, en las restantes normas de derecho administrativo.

Invocado expresamente por la contratista el artículo 1100 del Código Civil debe recordarse que es reiterada la jurisprudencia que lo declara inaplicable a la contratación administrativa. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (recurso 8686/1996)

*“La referencia que se contiene a la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1100 y 1106 no resulta aplicable a la cuestión examinada, pues con independencia de que ya hemos indicado en algunas sentencias de este Tribunal (por todas, la sentencia de 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5153), que recoge la precedente sentencia de la misma Sala de 22 de enero de 1999) que no es aplicable a los contratos administrativos las disposiciones especiales contenidas en dichos preceptos del Código Civil, interesa poner de manifiesto que en la cuestión examinada, no se acredita por la parte recurrente la vulneración del artículo 1100 del Código Civil de quienes incurren en mora respecto de los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, siendo así que en la sentencia impugnada, se hace expresa imputación de responsabilidad y causa resolutoria del contrato de obra a la empresa Construcciones Atocha, SA por el retraso causante de la resolución, máxime cuando por oficio de 5 de julio de 1991 el Ayuntamiento de Coslada se dirige a dicha empresa alegando el notable retraso de la obra y la intención de rescisión, conforme a la cláusula 23 del pliego de condiciones económico-administrativas, frente al criterio de la parte recurrente en casación, que imputa al Ayuntamiento la demora en la rescisión (222 días generadores de lucro cesante) y esta apreciación de la Sala de instancia no es revisable en sede*

*casacional, lo que conduce, en consecuencia, a la ausencia de vulneración del artículo 1100 del Código Civil”.*

Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1982 recordaba que:

*“Que acordada (...) la resolución del contrato de adjudicación de la mencionada obra, con incautación de la fianza e indemnización por el contratista de los daños y perjuicios causados a la Administración por haber incumplido los plazos de ejecución establecidos, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 137, 157, 159.2, 160 y concordantes del Reg. Gral. de Contratación del Estado, han de estimarse las referidas Resoluciones administrativas conformes a derecho, ya que -como en ellas acertadamente se expresa- la demora o el incumplimiento por la Administración en el pago de las certificaciones no autoriza al contratista a retrasar o paralizar la ejecución de la obra adjudicada y al hacerlo así incide en la causa apreciada de resolución del contrato con las consecuencias legales que quedan señaladas; sin que en los contratos concertados por la Administración atendida la posición preeminente que a este ha de reconocerse, sea admisible alegar frente a ella la excepción «non adimpleti contractus», admitida en los de carácter civil, en que las partes actúan en plano de igualdad”.*

Si bien con carácter general no se exige culpa del contratista para acordar la resolución del contrato, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2001 (recurso 7199/1996) siguiendo así lo establecido en la jurisprudencia civil, en la resolución por demora del contratista en la ejecución si el contratista no ha cumplido el plazo sin culpa la Administración ha de concederle una prórroga si así lo solicita (artículo 197.2 LCSP).

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2008 (recurso 4486/2006) al analizar la resolución por demora en los plazos señala que la actuación culpable del contratista requiere ser analizada en función del estándar ordinario en el cumplimiento de las obligaciones.

En este caso ha de destacarse que, de las alegaciones del contratista, se desprende que ha existido un incumplimiento culpable puesto que destaca que ha incumplido porque no se le han pagado unas certificaciones en los plazos legales, no asume el compromiso de culminar la obra y, además, destaca que todavía no había expirado el plazo al inicio del procedimiento de resolución cuando es palpable que en los pocos días que quedaban no podían culminarse unas obras ejecutadas tan solo en un 10%.

Existe así una actuación consciente y voluntaria de incumplimiento del contratista de los plazos de ejecución a los que se obligó al formalizar el contrato, momento en que se perfeccionó surgiendo las obligaciones de las partes.

**QUINTA.-** Habiendo optado la Administración por resolver el contrato en lugar de la imposición de penalidades que ya no podrían asegurar el cumplimiento en plazo –sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001 (recurso 8177/1997) e Informe 5/2006, de 4 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, han de analizarse las consecuencias de la resolución.

El artículo 208.3 LCSP establece que, en los casos en que se resuelva el contrato por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios causados. La indemnización se hará efectiva en primer lugar sobre la garantía constituida sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en cuanto al importe que excede del importe de la garantía.

Del precepto transscrito 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”.*

El artículo 208.4 de la LCSP, a diferencia de la normativa anterior, 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 transcritto 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 Pùblicas, 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).

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución de las obras imputable al contratista. 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. En la valoración entendemos que la Administración sin perjuicio de los evidentes daños que le ha supuesto el incumplimiento del contratista, entre ellos el de tener que acudir a una nueva licitación, no puede obviar el hecho de que en el incumplimiento del contratista ha podido tener incidencia el retraso de la Administración en el abono de las certificaciones de obra dentro de los plazos legalmente establecidos, pues no puede desconocerse la doctrina jurisprudencial que, aplicando los principios de buena fe y equidad, prevé, aun cuando conste el incumplimiento del contratista, que la pérdida de la fianza puede verse modulada en atención a circunstancias de muy diversa índole entre las que se encuentran los incumplimientos de la propia Administración. En este sentido nos hemos pronunciado en nuestro Dictamen 335/12.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 208.4 de la LCSP 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 conforme a lo que hemos señalado en la Consideración Segunda de este dictamen.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC. Esta postura es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen 646/12, de 5 de julio, cuando señala que:

“*(...) en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella*”.

En la misma línea se ha manifestado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre.

Por último procede recordar a la Administración que el contratista ha incurrido en la causa de declaración de prohibición de contratar prevista

en el artículo 60.2 a) del TRLCSP por lo que puede acordar la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 61 para su declaración.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del mencionado contrato por demora en la ejecución imputable al 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.

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, DON 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 12 de diciembre de 2012, respecto de la resolución del contrato de obras para la ampliación de tres unidades de educación

infantil en el Colegio Villa de Cobeña, en Cobeña, expediente remitido para su preceptivo dictamen por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte.

El consejero que suscribe, 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.

El Dictamen considera que el artículo 225.3 del TRLCSP (anterior artículo 208. 3 LCSP) determina el que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista solo conlleva la incautación de la garantía definitiva en lo necesario para cubrir el importe de los daños y perjuicios.

Aun reconociendo que la redacción de la LCSP en este punto es bastante desafortunada, lo cierto es que no considero que existan razones jurídicas convincentes que nos permitan establecer esa interpretación, apartándonos de nuestros anteriores dictámenes.

Si acudimos a los criterios interpretativos del artículo 3 del Código Civil ha de considerarse que la interpretación literal del citado precepto no limita la incautación de la garantía sino que permite entender que la resolución culpable del contrato determina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, indemnización que se hará efectiva sobre la garantía " *(...) sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que excede del de la garantía incautada.*" El precepto no excluye la incautación de la garantía sino que únicamente establece la subsistencia de la responsabilidad del contratista si la garantía incautada no cubre la totalidad de los daños y perjuicios causados. Esta era la solución que recogía el artículo 113.4 del TRLCAP. Por tanto no

puede entenderse que el artículo opte claramente por la solución propugnada en el dictamen.

A esta misma solución conduce una interpretación del artículo 225.3 TRLCSP si lo ponemos en relación con los demás preceptos del mismo texto legal. El artículo 102 del TRLCSP establece que la garantía no se devolverá "*(...) 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.*" Se mantiene, así, a mi juicio, la función de la garantía como mecanismo de protección del interés público por el que se celebra el contrato administrativo y cuya titularidad ostenta la Administración contratante.

De igual manera el artículo 100 del TRLCSP al recoger las responsabilidades a que están afectas la garantías distingue como conceptos distintos; de un lado, la responsabilidad por la correcta ejecución, los gastos originados a la Administración por demora del contratista y los daños y perjuicios ocasionados por la Administración cuando no proceda la resolución (apartado b)) y, de otro, la incautación de la misma (apartado c)).

Si acudimos a la regulación de los contratos típicos, vemos como en los de concesión de obra pública (artículo 271.4 del TRLCSP) y en las especialidades del contrato de servicios para la elaboración de proyectos de obra (artículo 310.3 del TRLCSP) se establece expresamente la indemnización de la garantía, independientemente de los posibles daños y perjuicios, imponiéndose además en el segundo supuesto una penalización al contratista incumplidor. Carece de explicación lógica el que se establezca la incautación en estos dos contratos y no, por ejemplo, en el de obras con el que están manifiestamente relacionados.

Por último, el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, modificó la

LCSP, a los efectos de favorecer a los contratistas en concurso, recogiendo el preámbulo de dicha norma que "*Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos.*

*En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 % de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario."*

Se permite así que el contratista en concurso continúe ejecutando el contrato y, solo cuando el concurso entre en fase de liquidación, se resolverá el contrato (artículo 224.2 del TRLCSP) y, si el concurso es calificado como culpable, se acordará automáticamente la incautación de la garantía.

Se observa que el legislador (aunque sea el Gobierno de la Nación por medio de decreto-ley) impone la incautación de la garantía al contratista cuyo concurso sea declarado culpable con independencia de los daños y perjuicios causados.

Sería incoherente incautar automáticamente la garantía al concursado culpable y, en cambio, no incautarla al contratista que, culpablemente, incumple el contrato suscrito con la Administración, exigiendo a ésta que pruebe unos daños y perjuicios, que con frecuencia serán difíciles de

valorar (retraso en la satisfacción del interés público por el cual se licitó el contrato, costes derivados de sacar a licitación un nuevo contrato, etc.).

Es por ello que el Consejo Jurídico de la Región de Murcia no ha dudado en matizar su doctrina en los dictámenes 208/11, de 17 de octubre y 89/12, de 11 de abril considerando que "*(...) este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada.*"

De seguirse la tesis del dictamen resultaría indiferente, a los efectos de la incautación de la garantía, la culpabilidad o no del contratista, algo que choca contra la razón jurídica.

A ello debemos unir el que en ningún momento de la tramitación parlamentaria de la LCSP se aludió al supuesto cambio en la finalidad de la garantía definitiva en los términos a los que alude el dictamen. Ni en la exposición de motivos, ni en los debates parlamentarios, ni en las comparecencias de determinados expertos ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados se alude a ningún cambio en la concepción y finalidad de la garantía definitiva mientras que sí se alude con frecuencia a los cambios en la garantía provisional. Por tanto tampoco los antecedentes legislativos permiten respaldar la opinión mayoritaria del dictamen.

La memoria justificativa del proyecto de ley (artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del gobierno) en su apartado dedicado a "*Examen del contenido del anteproyecto: Justificación de las principales novedades*" al mencionar la garantía definitiva se limita a indicar: "*En materia de*

*garantías se han introducido las siguientes novedades respecto de la ley vigente: (...) b) Garantía definitiva: se permite que el órgano de contratación exima al adjudicatario de su prestación en contratos distintos a los de obras y de concesión de obras públicas; se eleva su cuantía básica de un 4% a un 5%; y, en general, se simplifica su régimen jurídico”.*

Tampoco aparecía referencia alguna a este supuesto cambio normativo en el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo del Consejo de Estado (Pleno) sobre el anteproyecto de ley.

No parece razonable que un cambio en un aspecto tan frecuente en la contratación administrativa como los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista sobre la garantía definitiva, no se destaque en ningún momento del procedimiento de elaboración de la norma.

Por último, quedaría por analizar el espíritu y la finalidad de la norma y la realidad social del tiempo en que es aplicada (artículo 3 del Código Civil). A este respecto hay que concluir que no hay en toda la LCSP ningún indicio de que la nueva norma se aparte de la tradicional concepción de la normativa de contratación administrativa como una modulación de la contratación privada en función de los fines -giro o tráfico jurídico- propios de la Administración.

Apartarse de la concepción tradicional del carácter punitivo de la garantía sin perjuicio de modulaciones en caso de incumplimiento de la Administración (en palabras literales de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 (recurso 192/2003)) supondría alterar un aspecto importante de la contratación administrativo sin un sólido respaldo interpretativo.

A estos efectos la sentencia del Alto Tribunal de 14 de junio de 2002 (recurso 3008/1997) recuerda que "*En fin, la relación existente entre la*

*incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 de julio de 1988, donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización.*

*De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera. Como coinciden en alegar las dos partes enfrentadas en este recurso de casación –aunque en sentido divergente– no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista."*

Lo expuesto me lleva a entender que no existen en la fundamentación del dictamen del que discrepo argumentos suficientes, mas allá de la cita de otros órganos consultivos y tampoco unánimes, para abandonar nuestra anterior postura respecto a la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan del importe de esta.

Madrid, 17 de diciembre de 2012».

Madrid, 18 de diciembre de 2012