

Dictamen n^o: **659/12**
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, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1. de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras *“Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón”* celebrado con la entidad A (en adelante el contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras *“Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón”* celebrado con la entidad anteriormente citada.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M^a. José Campos Bucé, quien 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.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Por Orden de la consejera de Educación, Juventud y Deporte de 8 de junio de 2011 se aprobó el proyecto de ejecución de obras de *“Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón”*.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas por los que había de regirse el contrato el citado contrato de obras fueron aprobados por Orden de la consejera de Educación y Empleo el 19 de julio de 2011, para su adjudicación por procedimiento abierto mediante el criterio precio (documento nº 15).

La adjudicación del contrato se acordó mediante Orden de la consejera de Educación y Empleo de 10 de octubre de 2011 a favor de la empresa contratista por importe de 344.807,32 euros (IVA incluido).

Con fecha 24 de octubre de 2011 se firmó el contrato por el Director General de Infraestructuras y Servicios en representación de la Comunidad de Madrid, en virtud de la delegación efectuada por la Consejera de Educación y Empleo por Orden 5147 de 14 de noviembre, y el representante de la entidad contratista (documento nº 14). En virtud del contrato, la empresa contratista se comprometía a la ejecución de la ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón, en un plazo, según la cláusula tercera, de 4 meses, a contar desde el día siguiente a aquel en que

tuviera lugar la comprobación del replanteo, la cual debía realizarse en el plazo de un mes desde la firma del contrato. El precio del contrato ascendía a 292.209,59 euros más 52.597,73 en concepto de IVA.

Previamente, el 7 de octubre de 2011, la contratista había constituido una garantía definitiva para responder del cumplimiento del contrato por importe de 14.610,48 euros.

Con fecha 23 de noviembre de 2011 se levantó acta de comprobación de replanteo (documento nº 13).

Con fecha 19 de septiembre de 2012, esto es, transcurridos casi diez meses desde el acta de comprobación del replanteo y, por ende, casi seis meses del plazo en que debía haber concluido la obra, 23 de marzo de 2012, el jefe del Área Funcional de Proyectos y Obras IV emite informe de situación de obra según el cual:

“La fecha de finalización, 23 de marzo de 2012, ha sido superada ampliamente, sin que exista justificación del retraso.

Se han alterado unidades del proyecto, sin previo conocimiento de la Dirección Facultativa.

La obra se estima ejecutada en aproximadamente un 30%.

El ritmo de obra es lentísimo y no se puede prever la fecha real de finalización”.

TERCERO.- Por Orden de la consejera de Educación y Empleo (por delegación 5147/2011, de 7 de noviembre, el Director General de Infraestructuras y Servicios) de 21 de septiembre de 2012 se acordó el inicio del expediente de resolución del contrato por haber incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total y el inicio de un expediente de incautación de la garantía definitiva (Documento nº 11).

El día 18 de octubre de 2012 se notifica a la empresa contratista la Orden de 21 de septiembre de 2012 de inicio del expediente de resolución del contrato y se le concede un plazo de diez días para efectuar alegaciones. Asimismo, con fecha 4 de octubre de 2012 se notifica a la entidad avalista la Orden de 21 de septiembre de 2012 (Documento nº 9).

La empresa contratista presenta escrito de alegaciones el día 17 de octubre de 2012. En él se opone a la resolución del contrato y considera que el incumplimiento es imputable a la Administración que ha incumplido su obligación de emisión mensual de las certificaciones de obras de los meses de julio y agosto y no ha efectuado el pago de las certificaciones emitidas y aprobadas los días 31 de diciembre de 2011, 31 de enero de 2012, 28 de febrero de 2012, 31 de marzo de 2012, 30 de abril de 2012, 31 de mayo de 2012 y 31 de junio de 2012. Además, denuncia que la Administración, no solo ha incumplido su obligación de pago en el presente contrato, sino en el resto de las obras que tiene contratadas con la entidad contratista:

“(…) adeudando, a la fecha en que se acuerda el inicio del expediente de resolución más de 310.935,92 €, en concepto de certificaciones de obra emitidas, aprobadas y no abonadas, liquidaciones emitidas (aunque con un importante retraso), aprobadas y no abonadas, y certificaciones pendientes de emitir”. Según refiere la empresa contratista, “dicho incumplimiento por parte de la Administración a la que me dirijo, dado lo prolongado en el tiempo del mismo, ha provocado a mi representada unos daños y perjuicios muy considerables y una situación económico-financiera muy complicada”.

Argumenta que, ante este incumplimiento de la obligación de pago, no solo resulta de aplicación el artículo 200 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (LCSP) sino que procede la

aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado, prevista en el artículo 19.2 LCSP y en la cláusula sexta del contrato. En concreto, considera aplicables los artículos 1124 y 1100 del Código Civil y, en virtud de los cuales, debe aplicarse el principio básico en los contratos de que *“en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas quien incumple no puede exigir el cumplimiento”*. La empresa contratista afirma en sus alegaciones:

“Para que dicho principio no fuera de aplicación a la Administración contratante la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público tendría que disponerlo de forma expresa y ni lo dispone de forma expresa ni tácita (entre otros motivos debido a que sería de muy dudosa constitucionalidad y atentaría contra gran parte de los principios básicos de la contratación). Pues bien, nos encontramos con un contrato celebrado entre la Consejería de Educación y mi representada del que dimanar derechos y obligaciones para ambas partes y como quiera que la parte que insta la resolución contractual, la Administración contratante, ha incumplido su principal obligación contractual, el pago del precio, de acuerdo con el principio antes expuesto, es evidente que no puede exigir el cumplimiento”.

No consta en el expediente que la entidad avalista haya efectuado alegaciones.

Con fecha 25 de octubre de 2012, se levanta acta de comprobación material previa a resolución de contratos donde se hace constar que, si el importe de la adjudicación de la obra era de 344.807,32 €, el importe objeto de comprobación es de 163.066,13 €. Consta que la empresa manifiesta su disconformidad con dicha acta, toda vez que dicha comprobación debe realizarse una vez acordada la resolución y esta resolución sea firme y *“se notifica al adjudicatario de la obra a mantener el control y vigilancia de la misma hasta que se proceda hasta la resolución”*

del contrato, igualmente a mantener las medidas de seguridad necesarias en especial las concernientes a la seguridad de los niños en el patio de juegos colindante con la obra” (Documento nº 7).

El arquitecto asesor técnico de Proyectos, Construcciones y Supervisión, en respuesta a la aclaración solicitada por la Intervención General, por escrito de 15 de noviembre de 2012 señala que:

“(…) las unidades de obra realizadas sin autorización de la Dirección Facultativa, fueron demolidas siguiendo instrucciones de la misma y ejecutadas de acuerdo al proyecto que obra como documentación contractual.

No se ha incorporado relación valorada de unidades de obra en la certificación nº 11, al ser a cero, al igual que la 10, aportándose copia de la nº 9, en que figura dicha relación valorada.

Se aporta proyecto correspondiente a las obras adjudicadas”.

La Intervención General de la Comunidad de Madrid ha emitido informe favorable a la resolución propuesta, de fecha 19 de noviembre de 2012.

Consta en el expediente remitido un proyecto de orden que desestima las alegaciones de la empresa contratista y acuerda:

“(…) aprobar la resolución del contrato por demora en el cumplimiento del plazo para realizar la obra por parte del contratista en relación a las obras de “Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón, que fueron adjudicadas a la empresa A y autorizar la incautación de la garantía definitiva a la empresa A (...) por importe de 14.610,48 euros...”.

Con fecha 23 de noviembre de 2012, la consejera de Educación, Juventud y Deporte firma la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo. Consta en el expediente que el procedimiento de resolución ha sido previamente suspendido para la solicitud de dictamen a este órgano consultivo y se ha notificado la suspensión del procedimiento tanto a la empresa contratista como a la entidad avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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”.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LCC.

Respecto al carácter urgente de la consulta efectuada, debe señalarse la necesidad de motivación por parte de la entidad consultante, debido al carácter excepcional de la medida consistente en la reducción de plazos,

siendo oportuno recordar, como ha señalado este Consejo en anteriores dictámenes, que es característica de la Administración consultiva la de operar con sosiego y reflexión, lo que puede quedar frustrado si se le trasladan, en demasía –e injustificadamente, cabe añadir- las exigencias y apremios propios de la Administración activa .

En este caso, el escrito de solicitud de dictamen no justifica expresamente la urgencia, si bien puede deducirse del expediente la perentoriedad de resolver el contrato e iniciar un nuevo expediente de contratación para atender un servicio público esencial, como es el de la enseñanza, evitando de esta manera la posible desprotección de los destinatarios del servicio objeto del 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 regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establece que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín

Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de diciembre de 2011 y, a su vez, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público entró en vigor el 30 de abril de 2008.

En el presente caso, dado que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por Orden de la consejera de Educación y Empleo de 10 de octubre de 2011, resulta 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^a 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. Además, habrá de tenerse en cuenta, en defecto de una normativa que desarrolle el procedimiento de resolución de contratos, lo establecido en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP).

SEGUNDA.- En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP, exige que en el procedimiento de resolución contractual se de audiencia al contratista, siendo asimismo 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.

Tratándose de un caso de resolución por demora, el artículo 213 TRLCSP (197 LCSP) prevé:

“1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (demora), si la Administración optase por la resolución esta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Por su parte, el artículo 224 del TRLCSP, atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley.

En el presente caso, el inicio del procedimiento de resolución contractual se ha acordado por el órgano de contratación, la consejera de Educación y Empleo.

Se ha concedido trámite de audiencia al contratista y la avalista, que han presentado alegaciones por sendos escritos presentados los días 11 de octubre de 2012 y 15 de octubre de 2012.

Al tratarse de una resolución por demora, por aplicación del artículo 213 TRLCSP, ante expuesto, no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico.

Ha emitido informe la Intervención General de la Comunidad de Madrid, de conformidad con los artículos 16, 82 y siguientes de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid y el artículo 8.a)2. del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el

que se desarrolla el Control Interno y Contable Ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. El Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 270/09 de 20 de mayo, 140/11, de 6 de abril y 515/12, de 19 de septiembre.

En el presente caso, el inicio del mismo tuvo lugar el 21 de septiembre de 2012, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 23 de noviembre de 2012, si bien consta Acuerdo de la Consejera de Educación, Juventud y Empleo, notificado al contratista y a la entidad avalista, por el que se acuerda la suspensión del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen de este Órgano Consultivo y la recepción del mismo, por lo que el expediente de resolución del contrato no ha caducado.

TERCERA.- La propuesta de resolución del contrato de obras “*Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón*” se fundamenta en la demora en la ejecución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 196 LCSP (212 TRLCSP), cuyo apartado 2 establece que:

“(...) 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” y su apartado

prevé que “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”.

En el presente caso, habiéndose estipulado en la cláusula tercera del contrato un plazo total de ejecución de cuatro meses, que se inició el día 23 de noviembre de 2012, el plazo de ejecución de la obra finalizó el día 23 de marzo de 2012. Consta en el expediente de resolución del contrato un informe de situación de la obra a 19 de septiembre de 2012 según el cual, a esa fecha la obra se estima ejecutada en un 30%, por lo que es indudable que existe demora en la ejecución del contrato y, por tanto, la Administración tiene derecho –de conformidad con el artículo 212 TRLCSP- a optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades.

La empresa contratista se opone a la resolución propuesta y considera que, por aplicación de los artículos 1124 y 1100 del Código Civil, no existe incumplimiento por su parte, toda vez que se trata de una obligación sinalagmática y, por tanto, la Administración ha incumplido su obligación de pago y, por tanto, quien incumple no puede exigir el cumplimiento. Así, de acuerdo con el artículo 1100 del Código Civil, *“en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”*. La contratista alega que, tanto por aplicación del artículo 19.2 TRLCSP, como por lo estipulado en la cláusula sexta del contrato, resulta de aplicación las normas de derecho privado y, por ende, el artículo 1100 del Código Civil.

Esta alegación debe ser rechazada de plano pues, como es sabido, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de mayo de 2000 –recurso de casación 5746/1994- y de 27 de marzo de 2001 –recurso de casación 8686/1996) que estos preceptos del Código Civil no son aplicables “a los contratos administrativos regidos en este particular por sus disposiciones especiales”.

Las prerrogativas que ostenta la Administración Pública en el ámbito de la contratación administrativa y, entre ellas, la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta, es una manifestación de la potestad general de autotutela de que goza en aras de una mejor protección del interés público.

La ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato. Este Consejo Consultivo ya señaló en su Dictamen 532/09, la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como “negocios jurídicos a plazo fijo”, debido al interés público que revisten los plazos. Así, el Tribunal Supremo califica el plazo como trascendental, en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 (RJ 1987\3944) al señalar:

“Para resolver con acierto este problema hay que empezar por conceder al plazo, en el presente supuesto, la importancia que tiene en él, necesaria para evitar dilaciones retardatorias en la ejecución de la obra, que a su vez condicionan la puesta en marcha del servicio, que con la misma se trata de atender, pero sin llegar al extremo de considerar el plazo esencial para la validez del contrato, sino tan solo como un término calculado con prudencia, bajo el presupuesto de un desarrollo normal de los trabajos, sin interferencias entorpecedoras.”

Que esto es así lo demuestra el que el propio Ordenamiento tenga previsto la concesión de prórrogas a los contratistas ante eventos imprevistos, sin que ello constituya una distorsión en la ejecución de la contrata, ni motivo para penalidades o resoluciones contractuales, ya que existen razones suficientes para que estas medidas solo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”.

Consta acreditado en el expediente que la empresa contratista, el 19 septiembre de 2012 (transcurridos casi seis meses desde el día que expiraba el plazo de ejecución del contrato) no ha completado la ejecución de la obra.

No obstante lo anterior, el mero transcurso del plazo contractual sin que la obra haya sido realizada no determina por sí misma la resolución del contrato, sino que es preciso que concurra culpa del contratista. Así se desprende del artículo 196.2 LCSP, que dispone que *“si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”.*

En el presente caso, resulta acreditado en el procedimiento, y así se refleja en el acta de comprobación material, que la obra no ha sido concluida en plazo, sin que quepa derivar dicha responsabilidad a la Administración o a la dirección de la obra.

Frente a este incumplimiento, alega la empresa contratista como causa exoneratoria de responsabilidad el incumplimiento de la obligación de pago

de la Administración, no solo en este contrato, sino de otros contratos que tiene adjudicados por la Administración.

Alegación que no puede ser admitida porque la demora en el pago de las certificaciones por la Administración no autoriza al contratista a paralizar unilateralmente la obra, que, en cuanto destinada a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en la LCSP.

Así, el impago de las certificaciones emitidas generaría, de conformidad con el artículo 200 en sus apartados 4, 5 y 6 LCSP, además del derecho al abono los intereses de demora (a partir de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras) y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, el derecho del contratista a suspender la ejecución de la obra si la demora fuese superior a 4 meses, previa comunicación y, en caso de que la demora hubiese superado el plazo de 8 meses, a instar la resolución del contrato.

En el caso que nos ocupa, no consta que la empresa contratista haya hecho uso de estos derechos.

Como ya señala este Consejo Consultivo en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3^a, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo dictamen n.º 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos:

“El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas

acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”. Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), “el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]”.

En conclusión, acreditado en el expediente que, habiéndose superado el plazo de ejecución total de la obra, que finalizó el 23 de marzo de 2012, la empresa contratista no ha concluido las obras según lo estipulado en el contrato, en virtud de lo establecido en los artículos 196.4 y 206.d) LCSP, nada se opone a la resolución del contrato que propone la Administración consultante.

CUARTA.- 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 automática de la garantía definitiva por importe de 14.610,48 euros.

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, 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*”. 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).

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 373/12.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida,*

devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada 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.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras *“Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón”* 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 de la Comunidad de Madrid.

**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 *“Ampliación 1+1 uds., aulas de pequeño grupo, informática, biblioteca y espacios complementarios en el colegio de El Vellón”* celebrado con la entidad A, 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 exceda 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 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 destacase 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 administrativa 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