



Expediente 6/19

Materia: Incautación de la garantía definitiva en caso de incumplimiento de contrato.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Torrejón de Velasco ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Tipo de contrato: contrato administrativo especial de prestación de servicios de educación formación no reglada en edificios de actividades múltiples del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco (MADRID).

Duración inicial: dos años con efectos desde la firma del contrato administrativo. El contrato fue suscrito el 9 de diciembre de 2013.

Fecha en la cual dejaron de cumplir el contrato de prestación de servicios de educación formación no reglada en edificios de actividades múltiples del ayuntamiento de Torrejón de Velasco (Madrid). 31 de mayo de 2015.

Con fecha 17 de junio de 2015, mediante Providencia de Alcaldía se incoa expediente 360/2015 para la llevar a cabo la resolución del contrato administrativo especial contrato de prestación de servicios de educación formación no reglada en edificios de actividades múltiples del ayuntamiento de Torrejón de Velasco.



Que en fecha 27 de octubre de 2015 fue remitido al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (hoy denominado Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid), el expediente 360/2015 a fin de la emisión del informe preceptivo al haber formulado oposición el contratista.

Que en fecha 28 de noviembre de 2018 fue reclamado el citado informe al no tener constancia esta administración de la recepción del mismo, recibiendo contestación esta Administración de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en la cual hacen constar que dado el tiempo transcurrido no les consta ningún expediente sin dictaminar.

Que no se establecía plazo de garantía, según la cláusula 16 -garantía definitiva- del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Que el contratista está solicitando la devolución de la garantía definitiva.

En definitiva, tras la solicitud de devolución de garantía definitiva por el contratista recientemente, habiendo transcurrido tres años desde la fecha de finalización del contrato, habiendo caducado el expediente de resolución y habiéndose incumplido por el contratista la ejecución de la prestación durante los últimos meses:

- *¿Procede devolver la garantía definitiva?*
- *¿Existe posibilidad de incautar la garantía definitiva en este momento por el incumplimiento del contratista?*



- *¿Existe alguna otra acción que pueda ejercitar el Ayuntamiento en este momento ante el incumplimiento del contratista?”*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como primera consideración cabe recordar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos. Por tanto, el informe de la Junta se pronunciará declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones sometidas a consulta.



2. Por lo que se refiere a la legislación aplicable al contrato, según afirma la consulta éste se firmó el 9 de diciembre de 2013, momento en que se hallaba en vigor el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. De acuerdo con la Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán por la legislación anterior en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por lo que aquella será la legislación aplicable al contrato.

3. La primera cuestión que se nos plantea consiste en determinar si en los casos en que, a pesar de la posible existencia de un incumplimiento de un contrato, no se ha dictado resolución expresa declarándolo puede el órgano de contratación incautar la garantía definitiva que se constituyó o viene obligado a devolverla cuando le sea reclamada.

Como es conocido, la exigencia de una garantía definitiva responde a la necesidad de asegurar la correcta ejecución del contrato público, garantizando la satisfacción del interés público que con él se persigue. De este modo, en caso de incumplimiento del contratista la Administración cuenta con una forma de paliar, al menos parcialmente, los daños que ocasione la inobservancia de las obligaciones derivadas del contrato, todo ello sin perjuicio de que también deban indemnizarse los daños que excedan del importe de la citada garantía.

4. El artículo 100 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), dispone que la garantía responderá, entre otros



conceptos, *“de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.”*

Por su parte, el artículo 102 de la citada norma establece 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.”*

Habrà de tenerse en cuenta, de igual modo, lo previsto en el artículo 225.3 que prevé, con carácter general, que *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, debiendo hacerse efectiva la indemnización, en primer término, sobre la garantía si esta se hubiere 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.”* Asimismo, en el apartado 4, se consigna que el acuerdo de resolución contendrà, en todo caso, pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que se hubiese constituido.

5. La interpretación conjunta y sistemática de estos preceptos nos debe llevar a concluir que el legislador prevé tres posibilidades:

1. Que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y se haya cumplido el contrato a satisfacción de la entidad contratante.



2. Que el contrato se haya resuelto sin culpa del contratista.
3. Que el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista.

En los dos primeros casos procede la devolución de la garantía al contratista. En los casos en que no haya plazo de garantía, el momento a tener en cuenta ha de ser el del vencimiento del periodo de duración del contrato.

En el último de ellos, solo ante la existencia declarada de un incumplimiento culpable del contratista, procede la incautación. A esta circunstancia se refiere la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 de noviembre de 2.012 cuando señala lo siguiente:

“La incautación de la garantía al contratista solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución del contrato, pero no por cualquier causa, sino exclusivamente en caso de incumplimiento culpable.”

El artículo 211.1 TRLCSP nos recuerda que en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista. El 224.1 añade 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. Cabe destacar igualmente que procede la retención de la garantía por el órgano contratante hasta la finalización del mentado expediente, toda vez



que la indemnización se hará efectiva, de modo preferente, con cargo a ella (Dictamen 1121/2012, de 8 de noviembre, del Consejo de Estado).

6. De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que para la incautación de la garantía no es suficiente con que el expediente de resolución del contrato por incumplimiento haya sido iniciado, sino que la norma exige nitidamente que se declare la resolución del mismo por incumplimiento imputable al contratista. Lo que con toda lógica no prevé la ley es que, existiendo un incumplimiento culpable, la entidad contratante, por error, por desidia o por otra causa, no resuelva el contrato. En este supuesto, siendo la incautación de la garantía la consecuencia directa del derecho de la Administración a ser indemnizada por el contratista y constituyendo un acto desfavorable para el administrado, no cabe hacer una interpretación extensiva de los supuestos en que la ley autoriza la incautación, que están descritos y prefijados perfectamente en la norma. Incluso desde el punto de vista del derecho privado la consecuencia ha de ser la misma. Es reiterada la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la fianza no puede ser objeto de una interpretación extensiva, debiendo estarse al plazo de vencimiento de la obligación en la forma prevista, más allá del cual no puede ejecutarse el aval (SSTS de 15-3-1999, 30-4-2001 y 22-3-2005, entre otras).

A todo ello cabe añadir que la legislación de contratos anuda un efecto específico a la falta de cumplimiento del contrato en los que consistan en la prestación de servicios. El artículo 307 TRLCSP establece varias reglas a estos efectos:

1. La Administración debe determinar si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su



ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

2. Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los trabajos efectuados el órgano de contratación tendrá derecho a reclamar al contratista la subsanación de los mismos. Si no hubiese tal plazo la reclamación debe hacerse a la finalización del periodo de duración del contrato.
3. Terminado el plazo de garantía, si lo hubiere, sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refieren los apartados anteriores, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de la prestación efectuada, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 310, 311 y 312 sobre subsanación de errores y responsabilidad en los contratos que tengan por objeto la elaboración de proyectos de obras.

Por tanto, de la propia configuración legal de los pasos que debe seguir la Administración al finalizar el contrato resulta patente que se exige una conducta activa para poder corregir las deficiencias en la ejecución y que, de no producirse tal conducta activa durante la vigencia del plazo de garantía o a la finalización del periodo contractual, la incuria de la entidad contratante le veda la posibilidad de reclamar la responsabilidad del contratista, que



quedará extinguida. El mismo principio ha de seguirse cuando observamos una insuficiente diligencia a la hora de tramitar la resolución del contrato.

En este sentido cabe recordar que, si bien la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público fija un plazo máximo de ocho meses para la instrucción y resolución de los expedientes de resolución del contrato, no existía tal previsión en el TRLCSP. Por tanto, había que acudir a la regulación supletoria, esto es, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que fijaba un plazo de tres meses. En el momento de la consulta este plazo había sido superado con mucho de modo que, al tratarse de un procedimiento con efectos desfavorables para los interesados, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 44 de la LRJ/PAC, se entenderá producida la caducidad, que deberá ser declarada por el órgano instructor, ordenando el archivo de las actuaciones con los efectos que prevé el artículo 92 de la misma (Cf. SSTs de 13-3-2008, 9-9-2009, 28-6-2011 y 22-3-2012, entre otras).

Ha de tenerse presente que el plazo máximo previsto para resolver puede suspenderse en los supuestos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la LRJ/PAC, que cita, entre otros, la solicitud de informes que tengan la consideración de preceptivos y determinantes del contenido de la resolución (literal c), por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe. Ambas circunstancias deberán ser notificadas a los interesados, no pudiendo exceder la suspensión acordada por tal causa, en ningún caso, de tres meses -lo que permite atemperar, en parte, la brevedad del plazo legal de tramitación del procedimiento-, si bien resulta imprescindible para que pueda computarse como suspendido el plazo, la práctica correcta de las



citadas comunicaciones a los interesados (Cf. STS, en casación, de 19-2-2016). No consta que se haya realizado notificación alguna.

Como colofón de todo lo expuesto debemos responder a las dos primeras cuestiones planteadas señalando que, en aquellos supuestos en que, a pesar de la posible existencia de un incumplimiento culpable del contrato por parte de contratista, no hubiera sido declarada en forma tal circunstancia por la Administración, no procederá la incautación de la garantía definitiva y sí la devolución de la misma.

7. La segunda cuestión que se nos plantea está referida a las posibles acciones que el Ayuntamiento de Torrejón de Velasco podría ejercitar contra el contratista por incumplimiento del contrato.

Cabe reiterar, en este punto, la falta de competencia de este órgano para resolver las cuestiones que se le someten a consulta de modo específico para la entidad consultante. En cualquier caso, para poder resolver las cuestiones relativas a los derechos y acciones de las partes habrá de estarse tanto a las previsiones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas por el que se rige el contrato suscrito, como al plazo de prescripción general de las acciones previsto en la normativa vigente y a los motivos de interrupción contemplados en ella. En este sentido cabría, una vez caducado el procedimiento previo, y siempre dentro del plazo de prescripción, iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato que las consecuencias que conlleva.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes



CONCLUSIONES

- En aquellos supuestos en que, a pesar de la posible existencia de un incumplimiento culpable del contrato por parte de contratista, no hubiera sido declarada en forma tal circunstancia por la Administración, no procederá la incautación de la garantía definitiva y sí la devolución de la misma.
- No procede que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronuncie sobre las acciones a ejercitar en este caso concreto.