



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 10/2013

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent

CONTR 2011/5291

Conselleria de Presidència

Recurrent: Lireba Serveis Integrats, SL

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 20 de febrer de 2014, pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Lireba Serveis Integrats, SL, contra la Resolució del conseller de Presidència per la qual s'aprova la liquidació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent¹

Fets

1. El 23 de juny de 2011, el conseller de Presidència va aprovar l'expedient de contractació, els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent, per procediment negociat sense publicitat.
2. El 25 de juliol de 2011, el conseller de Presidència va adjudicar el contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent a l'empresa Lireba Serveis Integrats, SL.

¹ El 31 de març de 2014, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va aprovar l'Acord pel qual es rectifiquen els errors materials observats en aquesta Resolució. Concretament, aquests errors afecten les referències que, en relació amb la resolució del contracte per incompliment culpable del contractista i amb el fet que l'acord de resolució ha de contenir un pronunciament exprés sobre la garantia que, si s'escau, hagi estat constituïda, es feien als apartats 4 i 5 de l'article 208 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, i que són errònies, atès que, en realitat, en la redacció de la Llei 30/2007 aplicable al contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent, la regulació d'aquestes qüestions s'inclou, respectivament, en els apartats 3 i 4. Els fonaments de dret que es corregeixen són el 7, el 8 i el 9.



3. El 28 de juliol de 2011, el conseller de Presidència i els representants de l'empresa Lireba Serveis Integrats, SL, varen signar el contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent.
4. El 15 d'octubre de 2012, el conseller de Presidència va dictar la Resolució per la qual es va resoldre el contracte de serveis de manteniment i neteja de Marivent per l'incompliment culpable del contractista de les seves obligacions essencials, i es va retenir la garantia, per tal de garantir la indemnització a l'Administració pels danys i perjudicis que s'haguessin pogut ocasionar i que s'havien de determinar i quantificar en la fase de liquidació del contracte. Aquesta Resolució es va notificar a Lireba Serveis Integrats, SL, el 18 d'octubre.
5. El 7 de desembre de 2012, la cap del Servei de Coordinació de Contractació i Subvencions de la Conselleria de Presidència va comunicar per telèfon i per correu electrònic al representant de Lireba Serveis Integrats, SL, que, atès que el contracte s'havia resolt per incompliment culpable, no tindria lloc l'acte de recepció que inicialment s'havia previst —i que la Llei preveu per constatar el compliment del contracte—, sinó que es liquidaria directament el contracte.
6. El 25 de febrer de 2013, la cap del Servei de Coordinació de Contractació i Subvencions de la Conselleria de Presidència i la coordinadora de Marivent, amb el vistiplau de la secretària general de la Conselleria de Presidència, varen emetre un informe referent al càlcul de la liquidació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent.
7. El 26 de febrer de 2013 —per error la data que s'indica en el document és el 26 de gener—, la secretària general de la Conselleria de Presidència va elevar a l'òrgan de contractació la proposta de resolució per la qual s'aprova la liquidació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial Marivent, es retornen diverses factures al contractista perquè les rectifiqui, i es confisca la garantia dipositada com a conseqüència de la resolució del contracte per l'incompliment culpable del contractista. Aquesta proposta es va notificar al contractista el 5 de març de 2013, amb la indicació que disposava d'un termini de deu dies naturals per efectuar les al·legacions que consideràs pertinents.
8. El 21 de març de 2013, el representant de Lireba Serveis Integrats, SL, va presentar davant la Conselleria de Presidència un escrit d'al·legacions en el qual manifestava la seva disconformitat amb la liquidació del contracte, atès que entenia que la liquidació del contracte era extemporània i errònia pel que fa al



càlcul dels interessos de demora i a les factures que s'havien d'abonar, i considerava que la confiscació de la garantia no es podia fer de forma automàtica.

9. El 20 de setembre de 2013, el conseller de Presidència va dictar la Resolució per la qual s'aprova la liquidació del contracte i es confisca la garantia com a conseqüència de la resolució del contracte per incompliment culpable del contractista i per a la indemnització de danys i perjudicis. Aquesta Resolució es va notificar a Lireba Serveis Integrats, SL, el 25 de setembre de 2013, i a l'avalador l'1 d'octubre de 2013.
10. El 24 d'octubre de 2013, el representant de Lireba Serveis Integrats, SL, va interposar, davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del conseller de Presidència per la qual s'aprova la liquidació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial Marivent.
11. D'acord amb l'article 112 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, s'ha donat audiència a l'avalador.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual es liquida un contracte de serveis, tramitat per la Conselleria de Presidència.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveia l'article 310 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, en la redacció donada per la Llei 34/2010, de 5 d'agost, i vigent en el moment en què es varen aprovar els plecs, s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.



Atès que la tramitació de l'expedient de contractació es va iniciar l'any 2011, hi és aplicable la normativa vigent en aquell moment, en concret, la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), tot això d'acord amb la disposició transitòria primera del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de Lireba Serveis Integrats, SL, es fonamenta en les al·legacions següents:

— La caducitat del procediment de liquidació.

El recurrent al·lega que la Resolució del conseller de Presidència per la qual s'aprova la liquidació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent es va dictar quan el procediment ja havia caducat, atès que havien transcorregut més de sis mesos entre la data en què es va iniciar el procediment, el 26 de gener de 2013, i les dates en què es va resoldre i es va notificar la liquidació, respectivament, el 20 i el 24 de setembre de 2013.

El recurrent considera que, a falta de previsió expressa en l'LCSP sobre els efectes del venciment del termini màxim per dictar la resolució en els procediments de liquidació d'un contracte que s'ha resolt per incompliment, és aplicable supletòriament l'article 44.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, que fa referència a la caducitat dels procediments, tot això en relació amb l'article 42 del mateix text legal, referent a l'obligació de resoldre.

— L'extemporaneïtat i "judicialització" de la liquidació i la preclusió.

El recurrent afirma que la liquidació del contracte és extemporània d'acord amb l'article 205.4 de l'LCSP, atès que no s'ha acordat i notificat en el termini d'un mes a comptar des de la data en què es va resoldre el contracte per incompliment culpable, que va tenir lloc el 15 d'octubre de 2012. També afirma que s'ha produït la liquidació tàcita del contracte.

A més, el recurrent al·lega que tots els aspectes que recull la Resolució per la qual s'aprova la liquidació han estat objecte d'un recurs contenciós administratiu i que, per tant, la Conselleria hauria d'abstenir-se de dictar noves resolucions que



poguessin implicar una paraltzació, una demora o confusió en el procediment judicial que s'està tramitant.

– La confiscació de la garantia no opera de forma automàtica.

Finalment, el recurrent manifesta que la confiscació de la garantia és improcedent, atès que no pot operar de manera automàtica pel simple fet que es consideri que hi ha un incompliment culpable del contractista, sinó que cal una declaració prèvia d'uns eventuals danys i perjudicis, els quals no s'han produït en aquest cas.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que es declari la caducitat de l'expedient de liquidació del contracte i s'acordi l'arxivament de les actuacions. Subsidiàriament, sol·licita el següent:

– Que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa indiqui a la Conselleria de Presidència que acati la resolució del recurs contenciós administratiu que dicti el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i que aboni, en el si d'aquell procediment judicial, els interessos que pertocuin.

– Que la Junta Consultiva aprovi una liquidació de 167.599,34 euros a favor seu, més 15.664,45 euros d'interessos, i declari que no és procedent la confiscació de l'aval i que se li retorni.

3. El primer motiu d'impugnació es refereix a la caducitat del procediment de liquidació del contracte. El recurrent al·lega que entre la data en què es va iniciar el procediment i la data en què es va dictar i posteriorment notificar la Resolució per la qual s'aprova la liquidació del contracte han transcorregut més de sis mesos i que, per tant, s'ha produït la caducitat del procediment.

Com ja hem dit abans, el recurrent considera que, a falta de previsió expressa en l'LCSP sobre els efectes del venciment del termini màxim per dictar la resolució en els procediments de liquidació d'un contracte que s'ha resolt per incompliment, és aplicable supletòriament l'article 44.2 de la Llei 30/1992, que fa referència a la caducitat dels procediments, tot això en relació amb l'article 42 del mateix text legal, que disposa que l'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments i a notificar-la sigui quina sigui la seva forma d'iniciació.

L'apartat 2 de l'article 44 de la Llei 30/1992 estableix, sota l'epígraf "Falta de resolució expressa en procediments iniciats d'ofici", el següent:



En els procediments iniciats d'ofici, el venciment del termini màxim establert sense que s'hagi dictat i notificat la resolució expressa no eximeix l'Administració del compliment de l'obligació legal de resoldre, i té els efectes següents:

[...]

2. En els procediments en què l'Administració exerceixi potestats sancionadores o, en general, d'intervenció, susceptibles de produir efectes desfavorables o de gravamen, es produeix la caducitat. En aquests casos, la resolució que declari la caducitat ha d'ordenar l'arxivament de les actuacions, amb els efectes que preveu l'article 92.

En cas que el procediment s'hagi paraitzat per causa imputable a l'interessat, s'interromp el còmput del termini per emetre i notificar la resolució.

Com a fonament de la seva pretensió addueix la Sentència de l'Audiència Nacional de 27 de febrer de 2007, que es pronuncia sobre l'aplicabilitat de la caducitat que preveu l'article 44 de la Llei 30/1992 a un procediment de resolució contractual —i no a la liquidació d'un contracte, com és el cas de la Resolució objecte de recurs.

En concret, aquesta Sentència configura la resolució del contracte com un procediment administratiu autònom de la relació contractual en si mateixa, amb una regulació específica, que té per objecte resoldre la relació contractual existent, i també afirma que s'ha de considerar que el fet que la normativa en matèria de contractació no reguli un termini de caducitat d'aquest procediment no implica que no hi sigui aplicable l'institut de la caducitat, sinó que, contràriament, s'ha d'aplicar supletòriament la Llei 30/1992 atès que és la normativa general aplicable a tots els procediments administratius i que la mateixa Llei de contractes remet expressament a la Llei 30/1992 com a norma supletòria.

4. Certament, ni l'LCSP ni el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, regulen el termini per acordar i notificar la resolució d'un contracte. També és cert, com ho era amb la normativa aplicada en la Sentència esmentada, que la disposició final vuitena de l'LCSP disposava que els procediments que regula aquesta Llei es regien, en primer terme, pels preceptes que aquesta conté i les seves normes de desplegament i, subsidiàriament, pels de la Llei 30/1992 i les normes complementàries.



La manca de regulació del termini per acordar i notificar la resolució dels contractes i la manca de regulació dels efectes de l'incompliment de l'obligació de resoldre i notificar és una qüestió amb rellevància pràctica que no ha quedat resolta en la normativa de contractació pública i que ha donat lloc a un debat i a nombrosos pronunciaments, tant en l'àmbit jurisdiccional com en l'àmbit consultiu, sobre si s'ha d'aplicar a aquesta qüestió la regulació que en relació amb això conté la Llei 30/1992, cosa que evidencia que la postura de la Sentència al·legada pel recurrent no és unànimement compartida.

Vegem, a continuació, les dues interpretacions que hi ha sobre aquesta qüestió.

D'una banda, pel que fa a la primera interpretació, diverses sentències consideren que l'institut de la caducitat no és aplicable a la resolució d'un contracte.

En aquest sentit es pronuncien, entre d'altres, la Sentència de 14 de juliol de 2006 del Tribunal Superior de Justícia de Madrid i la Sentència de 20 de setembre de 2002 del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

També hi ha diversos pronunciaments d'òrgans consultius en aquest mateix sentit. Així, el Consell d'Estat, arran d'expedients relatius a procediments de resolució de contractes per causa imputable al contractista, ha conclòs que no resulta aplicable a aquests procediments la caducitat que preveu l'article 44.2 de la Llei 30/1992 i això amb base en diferents arguments, que es recullen, entre d'altres, en els dictàmens 277/2002, 1077/2002, 78/2003, 2294/2004, 370/2005, 1379/2005, 692/2006, 1255/2006 i 265/2007.

El Consell d'Estat ha utilitzat principalment els arguments següents:

- En matèria de contractació l'aplicació de la Llei 30/1992 és només supletòria, i l'existència d'una regulació legal i reglamentària del procediment de resolució dels contractes determina la improcedència d'aplicar la caducitat a què fa referència l'article 44.2 de la Llei 30/1992. El Consell d'Estat considera que l'absència de regulació del termini per resoldre el procediment o de la caducitat és una especialitat d'aquests procediments, en els quals hi ha una relació contractual continuada entre l'Administració i el contractista, i que la subjecció d'aquest a les prerrogatives de què gaudeix l'Administració fan inaplicable a aquesta relació la *ratio legis* que inspira l'article 44.2 de la Llei 30/1992.



– L'article 44.2 de la Llei 30/1992 circumscriu l'efecte de la caducitat als procediments en què l'Administració exerceix potestats sancionadores o, en general, d'intervenció, i, en canvi, això no succeeix en matèria de contractació, atès que hi ha una relació contractual que pressuposa necessàriament un vincle entre les parts que exclou la relació general de subjecció en què poden exercir-se les potestats de sanció o d'intervenció; i en relació amb aquestes darreres, l'òrgan consultiu ha afirmat que en l'exercici de les potestats d'intervenció l'Administració normalment actua sobre relacions jurídiques de les quals no forma part, cosa que no succeeix en el cas dels contractes, en els quals l'Administració, com a part contractual, gaudeix de les potestats contractuals que li concedeix la normativa i no té necessitat de fer servir potestats d'intervenció alienes al contracte.

A més, la memòria del Consell d'Estat de 2008 afirmava que l'aplicació de l'institut de la caducitat a aquests casos no és conforme a l'esperit de la Llei ni el seu tenor literal, ni tampoc respecta adequadament la necessària ponderació dels interessos públics que hi concorren, i que la prerrogativa de resoldre els contractes no era una mesura d'intervenció sinó una facultat que s'inseria plenament en la relació contractual. Finalment, suggeria una modificació normativa per evitar l'aplicació de la caducitat als procediments de resolució contractual.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat es va pronunciar en l'Informe 16/2000, d'11 d'abril, sobre l'aplicació de la Llei 30/1992 als procediments de contractació i va manifestar el següent:

La primera afirmación, que no puede ser obviada, es que los procedimientos en materia de contratación administrativa se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo y, por tanto, la aplicación supletoria únicamente puede entrar en juego, no solo cuando la normativa a aplicar en primer lugar guarde silencio sobre un determinado extremo, sino, sobre todo, cuando la normativa supletoria no sea contraria al contenido general y principios generales que inspiran aquélla, pues en estos casos debe entenderse que la materia aparece regulada por la primera.

En el caso concreto que se examina, la duración y efectos de los procedimientos de adjudicación de los contratos y de los llamados procedimientos para la modificación, resolución, cesión de los contratos y subcontratación debe quedar subordinada al cumplimiento de los trámites y al despliegue de efectos que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas consagra y si tales trámites y efectos son incompatibles con los plazos y efectos que la Ley de Régimen Jurídico de



las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala esta última debe quedar descartada en su aplicación puramente supletoria.

En aquest Informe la Junta Consultiva va concloure que en els procediments per adjudicar, modificar, resoldre i cedir contractes s'han de complir els tràmits i s'han de produir els efectes que preveu la legislació de contractes, amb independència de les normes que conté la Llei 30/1992 sobre duració i efectes del silenci.

D'altra banda, pel que fa a la segona interpretació, altres sentències consideren que l'institut de la caducitat sí és aplicable a la resolució d'un contracte.

En aquest sentit, entre d'altres, les sentències de 14 d'octubre de 2004, de 17 de gener de 2005 i de 27 de febrer de 2007 de l'Audiència Nacional; la Sentència de 23 de maig de 2005 del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, i les sentències de 27 de gener de 2006, de 14 de març de 2006, de 18 de setembre de 2006 i dues de 19 de setembre de 2006 del Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura.

El Tribunal Suprem s'ha pronunciat en aquest mateix sentit en les sentències de 2 d'octubre de 2007, de 13 de març de 2008, de 9 de setembre de 2009, de 8 de setembre de 2010, de 28 de juny de 2011 i de 22 de març de 2012.

Cal destacar la importància de la Sentència de 2 d'octubre de 2007, que va tenir una gran influència en posteriors pronunciaments judicials i consultius. Aquesta Sentència distingeix entre les incidències de l'execució del contracte que s'emmarquen en el desenvolupament de la relació contractual —que no considera veritables procediments administratius i, per tant, no se sotmeten a la caducitat— i els procediments independents i autònoms, amb substantivitat pròpia —entre els quals es troba el procediment de resolució contractual, que està regulat reglamentàriament—, als quals és aplicable l'article 44.2 de la Llei 30/1992 i, per tant, l'institut de la caducitat.

A més, la Sentència de 13 de març de 2008 assenyala que no hi ha cap incompatibilitat entre la caducitat del procediment que preveu la Llei 30/1992 i els principis generals que inspiren la matèria de la contractació administrativa.

També hi ha diversos pronunciaments d'òrgans consultius que consideren aplicable l'institut de la caducitat.



En aquest sentit, entre d'altres, els dictàmens 479/2010, 1940/2010, 2116/2010 i 604/2013 del Consell d'Estat —que, tot mantenint la seva opinió originària, segueix la línia jurisprudencial més recent—, el dictamen 232/2012 del Consell Consultiu de Canàries, i els dictàmens 270/2009 i 466/2009 del Consell Consultiu de la Comunitat de Madrid.

5. Tot i que el recurrent al·lega, com a fonament perquè es declari la caducitat del procediment de liquidació del contracte, la Sentència de l'Audiència Nacional de 27 de febrer de 2007 abans esmentada, el cert és que l'acte objecte del recurs no és la resolució del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial de Marivent, sinó la seva liquidació, motiu pel qual el debat sobre l'aplicació de l'institut de la caducitat a la resolució dels contractes i els pronunciaments a què s'ha fet referència no són aplicables automàticament a un acte diferent, com és la liquidació del contracte.

La liquidació del contracte és una conseqüència de l'extinció del contracte i està prevista o esmentada en els articles 35, 82, 90, 205, 207, 218, 222 i 279 de l'LCSP, i també en el Reglament general, concretament, pel que fa al contingut del plec de clàusules administratives generals, en l'article 66, i, pel que fa a la liquidació dels contractes d'obres, en els articles 106, 120, 149, 166, 169, 172 i 179. El Decret 3854/1970, de 31 de desembre, pel qual s'aprova el plec de clàusules administratives generals per a la contractació d'obres de l'Estat, també es refereix a la liquidació en les clàusules 75, 78 i 79.

L'article 204 de l'LCSP disposa que els contractes s'extingeixen per compliment o per resolució. L'article 205, sota l'epígraf "Compliment del contracte i recepció de la prestació", disposa el següent:

1. El contracte s'entén complert pel contractista quan aquest ha realitzat, d'acord amb els termes del mateix contracte i a satisfacció de l'Administració, la totalitat de la prestació.
2. En tot cas, la seva constatació exigeix per part de l'Administració un acte formal i positiu de recepció o conformitat dins el mes següent al lliurament o la realització de l'objecte del contracte, o en el termini que es determini en el plec de clàusules administratives particulars per raó de les seves característiques. [...]
[...]
4. Tret dels contractes d'obres, que es regeixen pel que disposa l'article 218, dins el termini d'un mes a comptar de la data de l'acta de recepció o conformitat, s'ha d'acordar i ha de ser notificada al contractista la



liquidació corresponent del contracte i se li ha d'abonar, si s'escau, el saldo resultant. Si es produeix demora en el pagament del saldo de liquidació, el contractista té dret a percebre els interessos de demora i la indemnització pels costos de cobrament en els termes que preveu la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.

Per tant, la finalitat i el contingut essencial de la liquidació dels contractes és l'abonament, si s'escau, dels saldos resultants, com també s'indica en l'apartat 1 de l'article 35 de l'LCSP, el qual, sota l'epígraf "Efectes de la declaració de nul·litat", disposa que:

La declaració de nul·litat dels actes preparatoris del contracte o de l'adjudicació quan sigui ferma, comporta en tot cas la del mateix contracte, que entra en fase de liquidació, i les parts s'han de restituir recíprocament les coses que hagin rebut en virtut del mateix contracte o retornar-ne el valor si això no és possible.

I també en l'apartat 1 de l'article 222, relatiu als efectes de la resolució dels contractes d'obres, que estableix que:

La resolució del contracte dóna lloc a la comprovació, el mesurament i la liquidació de les obres realitzades d'acord amb el projecte, fixant els saldos pertinents a favor o en contra del contractista.

Així doncs, cal tenir en compte que en el cas de la liquidació, igualment com succeeix en relació amb la resolució dels contractes, ni l'LCSP ni el Reglament general regulen el termini per acordar i notificar la liquidació d'un contracte. Tot i així s'ha de dir que la liquidació del contracte és un acte de naturalesa diferent.

A diferència de la resolució del contracte —que constitueix una de les prerrogatives de què gaudeix l'Administració, que es pot exercir o no, i l'exercici de la qual està sotmès al compliment dels requisits que estableixen l'LCSP i el Reglament general, que inclouen fins i tot la intervenció del Consell d'Estat o de l'òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma en el cas d'oposició per part del contractista, i a la qual, segons la interpretació per la qual s'opti, pot ser aplicable l'institut de la caducitat a què fa referència l'article 44.2 de la Llei 30/1992—, la liquidació d'un contracte és, alhora, una obligació que té l'Administració de reposar al contractista en els seus havers, i un dret del contractista de caràcter econòmic per garantir que rep íntegrament l'abonament de la prestació duita a terme i que no hi ha un desequilibri econòmic ni un enriquiment injust de cap de les parts del contracte, de manera que en la



liquidació del contracte es determinen els saldos a favor o en contra de cada una de les parts.

En aquest sentit, es pot entendre que la liquidació d'un contracte, que és un acte obligat en tots els contractes una vegada han finalitzat, d'acord amb l'article 205.4 de l'LCSP, no és cap procediment administratiu autònom ni tan sols té un vertader caràcter de procediment, no suposa l'exercici de cap potestat sancionadora ni d'intervenció, i difícilment pot considerar-se que tenguí efectes desfavorables per al contractista,² sinó que, atenent la seva consideració d'obligació de l'Administració i, fonamentalment, de dret del contractista, és la conseqüència natural de l'extinció del contracte, un mer tràmit dins l'expedient de contractació, una fase del contracte (la fase final), o, dit d'una altra manera, un acte o un procediment connex i accessori de la recepció o finalització del contracte, al qual no és d'aplicació l'article 44.2 de la Llei 30/1992 ni, per tant, l'institut de la caducitat. Es tracta, això sí, d'un acte susceptible de recurs.

En conseqüència, el primer motiu d'impugnació del recurrent s'ha de desestimar.

Certament, crida l'atenció que el recurrent, que té un dret de cobrament i és el beneficiari del saldo que l'Administració li ha d'abonar arran de la liquidació del contracte, hi hagi interposat en contra un recurs en el qual no ataca el contingut material de la resolució de liquidació ni manifesta que hi hagi cap error en els càlculs que hi figuren, sinó que per mitjà de l'al·legació de la caducitat de la liquidació pretén que es torni a dur a terme aquest tràmit, amb l'efecte d'un retard en el reconeixement dels saldos a favor seu, cosa que fa plantejar-se si, en realitat, la interposició d'aquest recurs, en el qual s'al·lega simultàniament a la caducitat —amb la contradicció que això suposa— que la liquidació s'ha produït de manera tàcita, no té sinó un propòsit dilatori i obstructiu de l'actuació de l'Administració adreçada a posar fi a la relació contractual.

² D'acord amb la memòria del Consell d'Estat de 2008, l'expressió *efectes desfavorables o de gravamen* a què fa referència l'article 44.2 de la Llei 30/1992 és una expressió típica del dret públic que al·ludeix als supòsits en què la situació general de llibertat dels particulars sofreix restriccions i limitacions per raó de la intervenció administrativa i, més concretament, quan l'acció dels particulars se sotmet al requisit de l'autorització. L'alt òrgan consultiu afirma que en el marc de la relació contractual els efectes derivats de l'exercici de la facultat de resolució són, igualment que en el dret privat, els propis de les obligacions i del vincle contractual, però que no suposa cap efecte desfavorable sinó una simple conseqüència adversa de les vicissituds d'un contracte. En el mateix sentit es pronuncia pel que fa a la liquidació d'un contracte, respecte de la qual afirma que és una conseqüència econòmica de l'extinció del contracte que no es desfavorable sinó que respecta la commutativitat essencial del contracte en els termes que preveu la Llei, i també pel que fa a la confiscació de la garantia.



6. El segon motiu d'impugnació fa referència al fet que, d'una banda, la liquidació del contracte és extemporània, i, de l'altra, que tots els aspectes que recull la Resolució per la qual s'aprova la liquidació han estat objecte d'un recurs contenciós administratiu, cosa que implica la "judicialització" de la liquidació i la preclusió, i que, per tant, la Conselleria hauria d'abstenir-se de dictar noves resolucions que poguessin implicar una paralització, una demora o una confusió en el procediment judicial que s'està tramitant.

Pel que fa a l'al·legació relativa al fet que la liquidació del contracte és extemporània, el recurrent manifesta que segons el seu parer la liquidació és extemporània d'acord amb l'article 205.4 de l'LCSP, atès que no s'ha acordat i notificat en el termini d'un mes a comptar des de la data en què es va resoldre el contracte per incompliment culpable, fet que va tenir lloc el 15 d'octubre de 2012. A més, afirma que s'ha produït la liquidació tàcita del contracte.

A diferència del que es preveu per als casos en què el contracte s'ha complert a satisfacció de l'Administració, en què l'article 205.4 de l'LCSP disposa que la liquidació del contracte s'ha d'acordar i notificar en el termini d'un mes a comptar des de la data de recepció o conformitat —que és l'acte que té lloc quan el contracte s'ha complert adequadament—, l'LCSP no conté cap precepte anàleg per als casos en què el contracte es resol per incompliment culpable del contractista, com és el cas objecte de recurs.

Per tant, en principi aquest termini no seria aplicable a aquest cas, sobretot si es té en compte que quan l'execució del contracte no és fluida ni pacífica sinó que és accidentada i plena de discrepàncies sobre l'adequat compliment, com en el cas que ens ocupa —que efectivament està "judicialitzat", no només en via contenciosa sinó també en via penal—, el termini d'un mes resulta molt difícil de complir.

A més, s'ha de dir que la mateixa LCSP preveu la possibilitat que la liquidació es dugui a terme en un moment diferent i hi lliga unes conseqüències. Concretament, l'apartat 5 de l'article 90, relatiu a la "Devolució i cancel·lació de les garanties", disposa que:

Transcorregut un any des de la data de terminació del contracte sense que la recepció formal i la liquidació hagin tingut lloc per causes no imputables al contractista, s'han de tornar o cancel·lar, sense més demora, les garanties una vegada depurades les responsabilitats a què es refereix l'article 88.



Si l'import del contracte és inferior a 1.000.000 d'euros, tractant-se de contractes d'obres, o a 100.000 euros, en el cas d'altres contractes, el termini es redueix a sis mesos.

Com es pot apreciar, la liquidació tàcita que pretén el recurrent no és cap de les conseqüències de la normativa, ni té cap sentit en aquest context. A més, aquesta al·legació del recurrent resulta contradictòria amb la seva primera al·legació relativa a la caducitat de l'expedient, ja que si s'hagués produït una liquidació tàcita seria incoherent que el recurrent pretengués la caducitat, com fa en el primer motiu d'impugnació.

Com a dret que és del contractista, res no obsta perquè sol·liciti la liquidació del contracte.

El Tribunal Suprem es va pronunciar en la Sentència d'1 de febrer de 1988 sobre el termini per liquidar el contracte i va manifestar que no es tractava d'un termini de caducitat sinó d'un termini de protecció a favor del contractista. En concret, aquesta Sentència indicava el següent:

Tercero: Que la decisión administrativa que se impugna, deniega la pretensión a la empresa constructora con base en la sola consideración de lo preceptuado en los artículos 57 de la Ley de Contratación del Estado y 176 de su Reglamento, que establece un plazo de seis meses desde la recepción definitiva de la obra, para su liquidación final y abono de su saldo resultante; pero la decisión administrativa incide en error, porque el plazo contemplado en los citados preceptos, no lo es de caducidad en perjuicio de los contratistas, antes bien, se trata de un término de protección establecido en su favor, como se desprende de la propia redacción de las normas citadas que previenen de inmediato las consecuencias derivadas de la demora en el pago, del saldo, sin que a estos efectos pueda ser significativa o relevante la incoación del expediente para la devolución de la fianza, porque esta actuación tiene lugar cuando el contratista ha cumplido correctamente sus deberes y entregado la obra, que es la finalidad de su cobertura, pero no libera a la Administración del abono de lo debido.

I és que en efecte la normativa preveu, en l'apartat 4 de l'article 205, els efectes de la demora en el pagament del saldo de la liquidació en els casos en què el contracte s'ha complert a satisfacció de l'Administració, que consisteixen en un dret a percebre els interessos de demora i la indemnització pels costos de cobrament en els termes que preveu la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.



Si bé és cert que entre la Resolució per la qual es resol el contracte de serveis de manteniment i neteja de Marivent per incompliment culpable del contractista de les obligacions essencials i la Resolució per la qual s'aprova la liquidació del contracte varen transcórrer més de quatre mesos, aquest fet no té cap transcendència jurídica, més enllà de considerar que s'ha produït un retard per part de l'Administració —comprensible si ens atenem a les circumstàncies del cas, afectat per la contínua rectificació de factures en què s'han facturat uns serveis que suposadament no s'han prestat o la prestació dels quals no ha quedat suficientment acreditada.

Fins i tot en el cas que es consideràs que el termini d'un mes que estableix l'article 205.4 és aplicable als casos de resolució del contracte, aquest incompliment seria una irregularitat administrativa no invalidant i no una causa de nul·litat o d'anul·labilitat de la liquidació impugnada.

Per tant, aquest segon motiu d'impugnació, pel que fa a l'extemporaneïtat, s'ha de desestimar. També s'ha de desestimar la pretensió del recurrent que la Junta Consultiva aprovi una liquidació del contracte i reconegui un saldo a favor de la recurrent per un principal de 167.599,34 euros i uns interessos de demora per factures ja abonades de 15.664,45 euros, no només perquè això és una competència que correspon a l'òrgan de contractació i que excedeix clarament les competències que té aquesta Junta Consultiva, sinó també perquè, com ja hem dit abans, el recurs no conté cap al·legació que faci referència a possibles errors en els saldos de la liquidació, motiu pel qual la pretensió del recurrent resulta incoherent.

Pel que fa al fet que, a parer del recurrent, tots els aspectes que recull la Resolució per la qual s'aprova la liquidació han estat objecte d'un recurs contenciós administratiu i que, per tant, la Conselleria hauria d'abstenir-se de dictar noves resolucions que poguessin implicar una paralització, una demora o una confusió en el procediment judicial que s'està tramitant, cal recordar que l'article 56 de la Llei 30/1992 disposa que els actes de les administracions públiques subjectes al dret administratiu són executius d'acord amb el que disposa aquesta Llei, i l'apartat 1 de l'article 57 disposa que els actes de les administracions públiques subjectes al dret administratiu es presumeixen vàlids i produeixen efectes des de la data en què es dicten, llevat que s'hi disposi altrament.



Així, doncs, la liquidació objecte de recurs és un acte plenament executiu i, per tant, produeix efectes immediatament. En conseqüència, la pretensió del recurrent que l'Administració s'abstengui d'actuar mentre el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears no dicti una sentència sobre el recurs contenciós interposat contra diverses resolucions prèvies del mateix procediment de contractació, no és ajustada a dret i, en conseqüència, s'ha de desestimar. Com és obvi, l'Administració de la Comunitat Autònoma acatarà la sentència que es dicti o, en l'exercici dels seus drets, la impugnarà, sense que sigui necessari que aquesta Junta Consultiva faci cap indicació o recomanació sobre això.

7. El tercer motiu d'impugnació fa referència al fet que, segons el recurrent, la confiscació de la garantia no és procedent atès que la confiscació no pot operar de manera automàtica pel simple fet que es consideri que hi ha un incompliment culpable del contractista, sinó que cal una declaració prèvia d'uns eventuais danys i perjudicis, els quals no s'han produït en aquest cas.

Així, el recurrent manifesta que l'LCSP ha suposat un canvi normatiu respecte de la legislació anterior i que ara, d'acord amb aquesta norma, la confiscació de la garantia ha deixat de ser automàtica. Com a fonament d'aquesta afirmació el recurrent esmenta el Dictamen 54/2012, de 28 de març, del Consell Consultiu de Castella-la Manxa, que, després de destacar l'existència d'una polèmica doctrinal sobre aquesta qüestió, sosté que en el cas en què hi hagi un incompliment culpable del contractista la resolució del contracte no duu aparellada la confiscació automàtica i directa de la fiança, sinó que aquesta queda vinculada a la determinació dels eventuais danys i perjudicis que hagi sofert l'Administració.

Vegem a continuació quina és la regulació de la garantia definitiva en els contractes i quin ha estat el canvi normatiu que ha donat lloc a un debat sobre si la confiscació de la garantia en els casos de la resolució d'un contracte per causa imputable al contractista és automàtica o no.

Pel que fa a la regulació de la garantia definitiva aplicable al contracte objecte de recurs, l'article 88 de l'LCSP, sota l'epígraf "Responsabilitats a què estan afectes les garanties", assenjala que la garantia exigida a l'adjudicatari d'un contracte respon dels conceptes següents:

- a) De les penalitats imposades al contractista de conformitat amb l'article 196.
- b) De l'execució correcta de les prestacions establertes en el contracte, de les despeses originades a l'Administració per la demora del contractista en



el compliment de les seves obligacions, i dels danys i perjudicis ocasionats a aquesta amb motiu de l'execució del contracte o pel seu incompliment, quan no escaigui resoldre'l.

c) De la confiscació que es pot decretar en els casos de resolució del contracte, d'acord amb el que estableixi el mateix contracte o aquesta Llei.

d) A més, en el contracte de subministrament la garantia definitiva respon de la inexistència de vicis o defectes dels béns subministrats durant el termini de garantia que s'hagi previst en el contracte.

L'article 90 de l'LCSP, sota l'epígraf "Devolució i cancel·lació de les garanties", estableix en els apartats 1 i 2 que:

1. La garantia no es torna o cancel·la fins que no venci el termini de garantia i s'hagi complert satisfactòriament el contracte de què es tracti, o fins que no es declari la resolució d'aquest sense culpa del contractista.

2. Aprovada la liquidació del contracte i transcorregut el termini de garantia, si no en resulten responsabilitats s'ha de tornar la garantia constituïda o s'ha de cancel·lar l'aval o assegurança de caució.

L'acord de devolució s'ha d'adoptar i notificar a l'interessat en el termini de dos mesos des de la finalització del termini de garantia. Una vegada hagi transcorregut, l'Administració ha d'abonar al contractista la quantitat deguda incrementada amb l'interès legal del diner corresponent al període transcorregut des del venciment del termini esmentat fins a la data de la devolució de la garantia, si aquesta no s'ha fet efectiva per una causa imputable a l'Administració.

Pel que fa al canvi normatiu que ha donat lloc a aquest debat, és necessari prestar atenció a la redacció dels preceptes sobre aquesta qüestió.

L'article 113.4 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP), preveia la confiscació de la garantia com a efecte propi i necessari de la resolució del contracte per incompliment culpable del contractista, i establia que:

Quan el contracte es resolgui per incompliment culpable del contractista li ha de ser confiscada la garantia i, a més, ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats en el que superin l'import de la garantia confiscada.



Posteriorment, l'LCSP, en la redacció aplicable al contracte objecte de recurs, va establir en els apartats 3 i 4 de l'article 208, que regulava els efectes de la resolució dels contractes, el següent:

3. Quan el contracte es resolgui per incompliment culpable del contractista, aquest ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats. La indemnització s'ha de fer efectiva, en primer terme, sobre la garantia que, si s'escau, s'hagi constituït, sens perjudici de la subsistència de la responsabilitat del contractista pel que fa a l'import que excedeixi el de la garantia confiscada.

4. En tot cas l'acord de resolució ha de contenir el pronunciament exprés sobre la procedència o no de la pèrdua, devolució o cancel·lació de la garantia que, si s'escau, s'hagi constituït. Només s'ha d'acordar la pèrdua de la garantia en cas de resolució del contracte per concurs del contractista quan el concurs hagi estat qualificat de culpable.

Així, si bé el TRLCAP manifestava expressament que en aquests casos s'havia de confiscar la garantia, que operava així com un mínim —i si els danys i perjudicis reals superaven l'import de la garantia confiscada l'Administració podia reclamar-ne al contractista l'excés—, l'article 208 de l'LCSP no és tan clar, atès que no conté aquesta frase, sinó que tan sols imposa expressament la necessària indemnització a l'Administració de la totalitat dels danys i perjudicis que se li hagin causat.

Aquest canvi en la redacció del precepte ha generat dues interpretacions clarament diferenciades sobre si la confiscació de la garantia en els casos de la resolució d'un contracte per causa imputable al contractista segueix essent automàtica o ja no ho és.

El debat s'ha evidenciat, principalment, en els pronunciaments dels òrgans consultius, sent escassa la jurisprudència sobre el règim de l'LCSP, ja que aquesta norma es va aprovar l'any 2007.

8. Pel que fa a la primera interpretació, hi ha pronunciaments a favor de considerar que hi ha hagut un canvi substancial en la regulació i que, per tant, la confiscació de la garantia definitiva en els casos de resolució del contracte per incompliment culpable del contractista ja no és automàtica.

Possiblement la lectura inicial dels apartats 3 i 4 de l'article 208 de l'LCSP podria dur a concloure que la nova llei ha volgut alterar el règim fins aquell moment aplicable, en el sentit d'entendre que en el cas que el contracte es resolgui per



causa imputable al contractista aquest únicament ha d'indemnitzar els danys i perjudicis causats, i la garantia definitiva seria un instrument per assegurar, almenys fins al seu import, aquests danys i perjudicis, de manera que la pèrdua de la garantia no seria un efecte necessari associat a la resolució del contracte amb culpa del contractista. És a dir, l'article 208 de l'LCSP ja no imposaria, a diferència de la regulació anterior, la confiscació automàtica de la garantia si no s'han ocasionat danys i perjudicis a l'Administració o aquests són inferiors a la totalitat de la garantia.

Així, el Consell d'Estat sembla que considera que la confiscació de la fiança ja no és automàtica, si bé la fiança pot retenir-se fins a l'aprovació de l'expedient contradictori en el qual es quantifiquin els danys causats a l'Administració. En aquest sentit es pronuncien els dictàmens 318/2012, 1121/2012 i 646/2012.

En el Dictamen 318/2012 el Consell d'Estat va manifestar el següent:

En cuanto a las consecuencias de dicha resolución por incumplimiento culpable de la contratista, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone lo siguiente [...]

Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la confiscación 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 [...], precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la confiscación 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 [...]. Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe. Ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la confiscación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización.

I en el Dictamen 646/2012 el Consell d'Estat va manifestar el següent:



No cabe duda de que el incumplimiento culpable del contratista supone un daño a los intereses públicos pero la cuantificación y valoración de los perjuicios debe hacerse mediante expediente contradictorio, excluyendo de ellos, en todo caso, el precio de instalación de los equipos informáticos en el nuevo edificio. Por otra parte, en el caso presente, no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afectada al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración.

En aquesta mateixa línia s'han pronunciat diversos òrgans consultius autonòmics. Així, cal destacar, entre d'altres, el Dictamen 992/2011 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, els dictàmens 286/2011 i 54/2012 del Consell Consultiu de Castella-la Manxa, el Dictamen 297/2012 del Consell Consultiu del Principat d'Astúries, i diversos dictàmens del Consell Consultiu de la Comunitat de Madrid, com ara els dictàmens 656/2012, 657/2012, 658/2012, 659/2012 i 660/2012.

El Dictamen 297/2012 del Consell Consultiu del Principat d'Astúries assenyala que:

debe tenerse en cuenta que en el régimen legal que resulta del artículo 208 de la LCSP la pérdida de la garantía se vincula al estricto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración.

Els dictàmens del Consell Consultiu de la Comunitat de Madrid varen manifestar, amb un vot particular, el següent:

Del precepto transcrito [amb referència a l'apartat 3 de l'article 208 de l'LCSP] no puede inferirse la confiscación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. [...]

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 confiscación 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 confiscación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.



El Consell Consultiu de les Illes Balears també s'ha pronunciat en aquest mateix sentit en el Dictamen 18/2012, de 15 de febrer, en el qual va manifestar que:

Com és sabut, l'article 113.4 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques de 2000 disposava una automaticitat en la confiscació de la garantia davant un incompliment culpable. En canvi, amb la Llei 30/2007 es va suprimir aquesta automaticitat, tal com abans ja havia matisat el Tribunal Suprem, per exemple en la Sentència de 9 d'abril de 2008. La doctrina del Consell Consultiu continguda, entre d'altres, en els dictàmens 172/2010 i 31 i 32/2011 manifesta que l'article 208.4 esmentat estableix que, en cas d'incompliment culpós del contractista, aquest haurà d'indemnitzar pels danys i perjudicis, els quals, si n'hi ha, es faran efectius, en primer terme, sobre la garantia.

La confiscació de la garantia no es preveu, doncs, com un efecte inherent i automàtic a la resolució per incompliment culpable del contractista, sinó que queda vinculada als danys i perjudicis que la situació d'incompliment ha causat a l'Administració i, per tant, cal, abans, determinar-los i quantificar-los. [...]

9. Pel que fa a la segona interpretació, hi ha pronunciaments a favor de considerar que no hi ha hagut cap canvi substancial en la regulació i que, per tant, la confiscació de la garantia definitiva en els casos de resolució del contracte per incompliment culpable del contractista segueix sent automàtica.

D'acord amb aquesta posició, l'article 208 de l'LCSP permet que la confiscació de la fiança operi de forma automàtica, igualment que amb el TRLCAP, es demostrï o no que hi ha danys i perjudicis reals i efectius que s'hagin d'indemnitzar, atès que la confiscació respon, en tot cas, dels perjudicis que és evident que l'incompliment del contracte imputable al contractista ha causat a l'Administració. D'aquesta manera, la garantia definitiva operaria com un mínim i si es demostra l'existència de danys i perjudicis el contractista els haurà d'indemnitzar en allò que excedeixi l'import de la garantia confiscada.

En aquest sentit s'han pronunciat el Tribunal Superior de Justícia de Galícia en la Sentència de 31 de maig de 2012, que entén que la confiscació de la fiança és adequada a dret, i diversos òrgans consultius.

Així, cal destacar, entre d'altres, el Dictamen 403/2012, de 16 de maig, del Consell Consultiu d'Andalusia, els dictàmens 232/2012 i 447/2012 del Consell Consultiu de Canàries, el Dictamen 85/2011 del Consell Consultiu d'Extremadura, els dictàmens 153/2010 i 481/12 del Consell Consultiu de la Comunitat de Madrid, el Dictamen 163/2012 del Consell Consultiu d'Aragó, el



Dictamen 149/2011 de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, el Dictamen 575/2012 del Consell Consultiu de Galícia, el Dictamen 261/2012 de la Comissió Jurídica de la Regió de Múrcia i el Dictamen 261/2011 de la Comissió Jurídica Assessora del País Basc.

El Consell Consultiu d'Andalusia, en el Dictamen 403/2012, de 16 de maig, va manifestar el següent:

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales “puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido”. La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la LCSP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de “en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente más importantes ya vienen cubiertos a priori por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la confiscación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.

En lo que se refiere a la eficacia restitutoria derivada de la resolución del contrato, bien distinta de la eficacia resarcitoria de los daños, la LCSP guarda silencio. No queda más remedio que acudir a las normas de Derecho Privado, y concretamente al artículo 1124 del Código Civil. Su simple lectura indica que pedir la resolución es compatible con pedir el resarcimiento de daños. Dicho de otro modo, la pretensión de resolución y la pretensión de indemnización son distintas. [...] la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la confiscación de la fianza y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de ésta.



Para efectuar esta reclamación debe liquidar el contrato, liquidación en la que puede valerse sin duda de sus privilegios de interpretación del contrato y de la decisión ejecutoria, saldando el valor de lo que ha prestado con el valor de lo que eventualmente haya podido recibir y ser de su provecho; y ello, se repite, aunque el contrato esté resuelto, dado que si no procede así podría enriquecerse injustamente a costa del contratista.

Sobre la base de lo expuesto, es momento de analizar cuáles son los efectos de la resolución del contrato. La cuestión viene resuelta por la LCSP en un sentido sustancialmente idéntico a la doctrina de este Consejo sentada en el dictamen 613/2007.

Los efectos de la resolución, como se indica en el artículo 208.3 de la LCSP serán la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios que se le pudieran haber ocasionado, habiéndose efectiva dicha cantidad en principio sobre la garantía depositada, sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad del contratista en cuanto al importe que exceda de la garantía incautada. [...]

El Consell Consultiu de la Comunitat de Madrid, en el Dictamen 481/2012, de 26 de juliol, va considerar, de la interpretació sistemàtica dels articles 208 i 90 de l'LCSP, que la confiscació de la garantia era automàtica, i va manifestar el següent:

De la redacción de este precepto [amb referència als apartats 3 i 4 de l'article 208 de l'LCSP] en combinació con lo dispuesto en el artículo 90 LCSP, debemos concluir que se permite la confiscación de la garantía con independencia de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a la Administración, siempre que la causa de la resolución sea imputable al contratista. Así el artículo 90 LCSP 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”*.

De ello se considera, siempre referido a la fecha que nos ocupa en cuanto la redacción de los preceptos aplicables de contratación pública, que la confiscación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista, que permite así resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución total o parcial de un contrato. [...]

Atendidas las circunstancias fácticas del caso, la confiscación de la garantía se encuentra justificada, habida cuenta que el contratista ha dejado de cumplir con su obligación esencial de ejecución del contrato [...].



El Dictamen 447/2012 del Consell Consultiu de Canàries va afirmar que:

no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la confiscación de la fianza al existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón (art. 208.3 LCSP) [...].

Al contingut d'aquests pronunciaments és possible afegir els arguments següents:

- La literalitat de l'article 88 de l'LCSP, relatiu a les responsabilitats a què estan afectes les garanties, que no només afirma expressament, en la lletra *b*, que la garantia respon de l'execució correcta de les prestacions establertes en el contracte —com a qüestió diferent dels danys i perjudicis, a què fa referència a continuació—, sinó que, de fet, la resta de responsabilitats que s'enumeren són circumstàncies relacionades precisament amb l'execució correcta del contracte.
- Des d'un punt de vista pràctic, si s'interpreta que la confiscació de la garantia no és automàtica això suposaria que en la majoria de casos la resolució del contracte per culpa del contractista no tindria efectes econòmics negatius directes per al contractista, a causa de la dificultat que pot tenir l'Administració de demostrar i quantificar els danys i perjudicis soferts.
- La literalitat de la redacció dels apartats 3 i 4 de l'article 208 de l'LCSP no permeten arribar a una conclusió clara i definitiva. Tot i que la redacció de l'apartat 3 atorga un gran protagonisme a la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats, una lectura atenta del precepte, en relació amb l'article 88 *c*, permetria sostenir que el règim de l'LCSP és similar a l'anterior, atès que en definitiva disposa que l'import dels danys i perjudicis es cobra amb càrrec a la garantia constituïda, i que la responsabilitat del contractista subsisteix en allò que excedeixi de l'import de la garantia.
- L'LCSP preveu que la garantia definitiva pugui confiscar-se en els casos de resolució del contracte, d'acord amb el que estableixi el mateix contracte o aquesta Llei. Aquesta possibilitat s'enuncia amb caràcter general en l'article 88 *c*, i també amb caràcter particular, per a determinats contractes, en dos preceptes en els quals preveu que si el contracte es resol per causa imputable al contractista es confisqui la garantia i també que el contractista indemnitzi l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats. Així succeeix en els articles



247.4 i 286.3 de l'LCSP, que es refereixen respectivament al concessionari d'una obra pública i al contractista d'un contracte de serveis que consisteixi en l'elaboració íntegra d'un projecte d'obres. Si això es posa en relació amb l'article 208, que es refereix expressament a la confiscació o pèrdua de la garantia, es dedueix fàcilment que es tracta d'una possibilitat que ha d'operar en tots els contractes, atès que, a més, no tindria cap sentit que tan sols fos així en determinats contractes.

– La redacció de l'apartat 1 de article 90 de l'LCSP *a contrario sensu*. Aquest precepte lliga la devolució o cancel·lació de la garantia al fet que es compleixi satisfactòriament el contracte o al fet que, si es resol el contracte, sigui sense culpa del contractista. Així doncs, si el contracte no es compleix satisfactòriament o es resol amb culpa del contractista la garantia no s'ha de tornar ni cancel·lar.

– La necessitat de fer una interpretació integradora de l'LCSP que atengui no només la literalitat dels apartats 3 i 4 de l'article 208 sinó també la resta de preceptes que es refereixen a la resolució dels contractes i, molt especialment, a la naturalesa, finalitat i regulació de la garantia definitiva, de manera que no es faci una interpretació aïllada i excloent d'un precepte legal. Certament, que l'article 208 no indiqui expressament que s'hagi de confiscar la garantia no significa que això no sigui així per aplicació d'altres preceptes.

10. Sigui com sigui, amb independència de la posició que es consideri més encertada pel que fa a la confiscació de la garantia en els casos de la resolució d'un contracte per causa imputable al contractista, cal tenir en compte alguns altres pronunciaments que es refereixen al fet que els plecs de clàusules administratives particulars del contracte, en línia amb la lletra c de l'article 88 de l'LCSP —que disposa que el contracte i, per tant, els plecs, es pronunciïn sobre la confiscació de la garantia en els casos de la resolució d'un contracte—, prevegin que en aquests casos s'ha de confiscar la garantia.

Diversos òrgans consultius que mantenen la tesi relativa a la impossibilitat de confiscar la garantia de forma automàtica han afirmat que aquesta confiscació, si està prevista en els plecs, és ajustada a dret. En aquest sentit, el Dictamen 646/2012 del Consell d'Estat i també el Dictamen 286/2011 del Consell Consultiu de Castilla-la Manxa. Aquest darrer indica el següent:

Resta por último hacer referencia a las consecuencias que la resolución contractual acordada debe llevar aparejada, que el Ayuntamiento instructor concreta, en el acuerdo de inicio, en la confiscación de la



garantía constituida en su día, y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía.

En la actualidad, la redacción del artículo 208.3 de la LCSP, novedosa con respecto a lo que sobre el destino de la fianza establecía su antecesor el artículo 113.4 del TRLCAP, en cuanto aquel no parece imponer la confiscación automática de la garantía como efecto propio y necesario de la resolución del contrato administrativo por incumplimiento culpable del contratista, si no se han ocasionado daños y perjuicios a la Administración o estos no alcanzan a la totalidad de aquella, a diferencia de lo que establecía éste, ha dado lugar a un debate doctrinal todavía no resuelto, en forma definitiva, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de los órganos consultivos.

Tal debate, sin embargo, no afecta al presente caso, ya que, en el contrato cuya resolución da lugar al presente dictamen, la confiscación de la fianza se encuentra prevista expresamente en la cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el contrato, en la que se dispone que *“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en los que excedan del importe de la garantía incautada”*.

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

Con arreglo a este criterio, en múltiples Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración del Estado elaborados después de la entrada en vigor de la LCSP, se establecen cláusulas del siguiente tenor *“Cuando el contrato se resuelva por culpa del adjudicatario, le será incautada la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización, en su caso, por daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

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



En cuanto a la determinación de los daños y perjuicios, resulta de aplicación lo también estipulado en la cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas, en el que se añade lo siguiente: “*La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación, previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique la inversión proyectada y los mayores gastos que ocasione a la Administración*”, cláusula que es totalmente compatible con lo establecido en el artículo 208.3 de LCSP anteriormente transcrito.

El Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial Marivent conté una previsió pel que fa a l'execució incorrecta o defectuosa de la prestació, com és el cas que ens ocupa. En concret, la clàusula 25.5 del Plec estableix el següent:

En el cas que el contractista realitzi defectuosament l'objecte del contracte, o incompleixi el compromís de dedicar o adscriure a l'execució del contracte els mitjans personals o materials suficients per fer-ho, a què es refereixen les clàusules 5.2 i 14.1.1.f i la lletra F.5 del Quadre de característiques del contracte d'aquest Plec, l'òrgan de contractació podrà optar per resoldre el contracte amb confiscació de la garantia constituïda, o bé imposar una penalització econòmica proporcional a la gravetat de l'incompliment, en una quantia que podrà assolir el 10% del pressupost del contracte.

L'article 129.1 de l'LCSP disposa que les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i que el fet de presentar-les suposa l'acceptació incondicionada de l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció ni reserva.

El Tribunal Suprem manté una línia interpretativa molt clara quant a aquest aspecte. Així, per exemple, en les sentències de 18 d'abril de 1986, de 3 d'abril de 1990, de 12 de maig de 1992, de 4 de novembre de 1997, de 9 de febrer de 2001 i de 28 de juny de 2004. També la mantenen altres tribunals, com ara el Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó en la Sentència 42/2003, de 14 de gener.

En aquest expedient no consta que el recurrent hagi presentat cap al·legació ni recurs contra el Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte, motiu pel qual el recurrent hi queda sotmès plenament i és procedent confiscar la garantia definitiva, d'acord amb la clàusula 25.5 i el fet que s'ha resolt el contracte per causa imputable al contractista, i tot això amb independència que es determini que s'han produït danys i perjudicis. En conseqüència, el tercer motiu d'impugnació s'ha de desestimar.



11. Un cop examinat el contingut del recurs, el Plec de clàusules administratives particulars, els documents que consten en l'expedient, el procediment seguit i la Resolució impugnada, no consta que l'òrgan de contractació hagi actuat de manera arbitrària, ni s'adverteix que s'hagi estat vulnerat la normativa en cap aspecte.

En conseqüència, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució impugnada.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per Lireba Serveis Integrats, SL, contra la Resolució del conseller de Presidència per la qual s'aprova la liquidació del contracte de serveis de neteja i manteniment del complex residencial Marivent i, en conseqüència, confirmar l'acte.
2. Notificar aquest Acord als interessats i a la Conselleria de Presidència.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.